

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Março 2007

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Diretor

Conselho Editorial*

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Presidente
Desembargadora Federal Selene de Almeida
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Juíza Federal Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de Medeiros

*Portaria/Cojud 610-001 de 27/07/2006

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
Fábia Cristina de Barros
Martha Simone Hormann Oliveira
Rejane Cristina Rodrigues de Araújo

Entrevista

Martha Simone Hormann Oliveira

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

Geraldo Martins Teixeira Júnior
Líbio Filho Matini Matos – estagiário
Luciana Fernandes Menezes
Carmozina Vitorina Martins da Costa

Capa e Projeto Gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Controle de Texto e Padronização

Carmen Lucia Prata da Costa
Edleusa Santos da Trindade Züit
Evanildes Carvalho Amorim
Maria Benáurea Santos
Renato Cunha
Samuel Nunes dos Santos

Confecção de fotolitos

TechnoArte 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) 3221-6693 e 3221-6675 – Fax: (61) 3323-2874
E-mail: revista@trf1.gov.br

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

A revisão textual abarca as seções Entrevista, Artigos Doutrinários, Tópicos Jurídicos e Breviário. Quanto às demais (Acórdãos e Decisões Monocráticas), em virtude de sua publicação em meio de comunicação oficial, conservam a escritura original, na qual esta Revista restringiu-se a realizar os trabalhos de diagramação, conferência com os originais 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:

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Aloísio Palmeira Lima*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

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 *José Amilcar Machado*

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel da Silva*

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*

Corte Especial

Presidente:

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Aloísio Palmeira Lima*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *Ítalo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel da Silva*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*

Desembargador Federal *João Batista Moreira*

1ª Seção

Desembargador Federal Carlos Olavo – Presidente
Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargador Federal José Amílcar Machado
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Desembargadora Federal Neuza Alves

2ª Seção

Desembargador Federal Carlos Olavo – Presidente
Desembargador Federal Tourinho Neto
Desembargador Federal Olindo Menezes
Desembargador Federal Mário César Ribeiro
Desembargador Federal Cândido Ribeiro
Desembargador Federal Hilton Queiroz
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes

3ª Seção

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

1ª Turma

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

2ª Turma

Desembargador Federal Carlos Moreira Alves – Presidente
Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima
Desembargadora Federal Neuza Alves

3ª Turma

Desembargador Federal Cândido Ribeiro – Presidente
Desembargador Federal Tourinho Neto
Desembargador Federal Olindo Menezes

4ª Turma

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

5ª Turma

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

6ª Turma

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

7ª Turma

Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva
– Presidente
Desembargador Federal Catão Alves
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral

8ª Turma

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

Conselho de Administração

Desembargadora Federal Assusete Magalhães – Presidente
Desembargador Federal Carlos Olavo – Vice-Presidente
Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
– Corregedor-Geral
Desembargador Federal Cândido Ribeiro
Desembargador Federal Hilton Queiroz
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Desembargador Federal José Amílcar Machado
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva

Comissão de Jurisprudência

Desembargador Federal José Amilcar Machado – Presidente
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva – Efetivo
Desembargador Federal João Batista Gomes 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

Desembargador Federal José Amilcar Machado – Presidente
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva
Desembargador Federal João Batista Moreira

Comissão de Promoção

Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – Presidente
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Desembargadora Federal Neuza Alves
Desembargador Federal Olindo Menezes
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Desembargadora Federal Selene de Almeida
Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral
Desembargador Federal Leomar Amorim

Revista do Tribunal

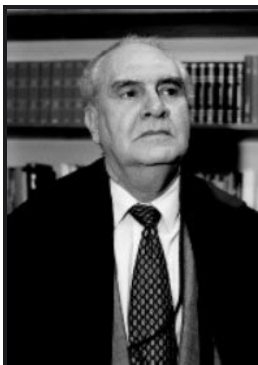
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Diretor

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 do Tocantins



Desembargador Federal
Adhemar Maciel
abril/89 – novembro/92



Desembargador Federal
Catão Alves
novembro/92 – outubro/93



Desembargador Federal
Leite Soares
novembro/93 – junho/94



Desembargador Federal
Tourinho Neto
junho/94 – abril/97



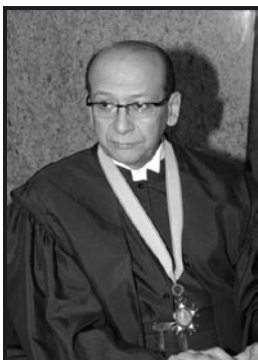
Desembargador Federal
Osmar Tognolo
maio/97 – maio/99



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



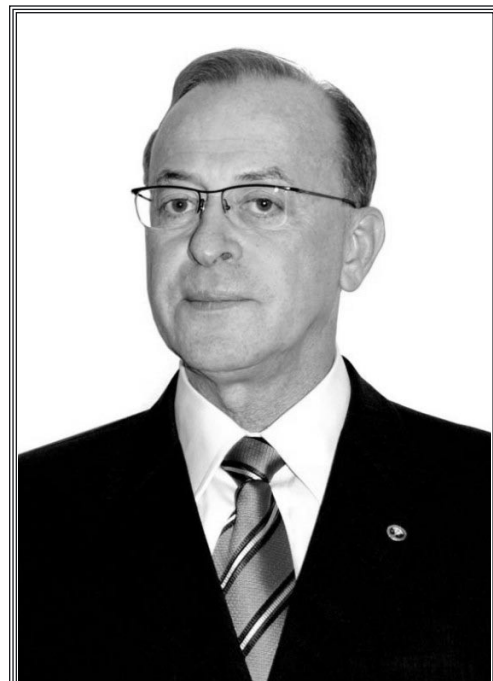
Desembargador Federal
Jirair Aram Meguerian
julho/2001 – maio/2003



Desembargador Federal
Olindo Menezes
maio/2003 – maio/2005



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



Desembargador Federal
Luciano Tolentino Amaral
a partir de junho/2006

Editorial, 13

Juramento, 15

Em Foco, 17

Justiça Federal levada ao interior do País
Selene de Almeida

Atualidades: ponto de vista, 21

A realidade virtual chega à Justiça brasileira
Sérgio Tejada

Gastando o Latim, 25

Habeas Verbum: Língua do Direito

Pontuação, 27
Dad Squarisi

Artigos Doutrinários

A atividade especial para efeito de aposentadoria no regime geral de previdência social. Atualidades, sucessão legislativa e jurisprudência dominante, 29
Roberto Luis Luchi Demo

A autonomia e independência da Ordem dos Advogados do Brasil — parecer, 38
Ives Gandra da Silva Martins

O julgamento de Orestes na *Orestia* de Ésquilo, 45
Filomena Yoshie Hirata

Tópicos Jurídicos

Legitimação das decisões judiciais pela motivação, 51
Marcus Vinicius Reis Bastos

Breves considerações acerca do termo inicial do prazo de prescrição pertinente à repetição do *bis in idem* tributário motivado pelo art. 33 da Lei 9.250/1995, 54
Waldemar Cláudio de Carvalho

Teses e Dissertações — Contribuições ao Direito

O reconhecimento judicial de novos direitos fundamentais, 59
David Wilson de Abreu Pardo

Corte Especial – Mandado de Segurança. Afronta à autoridade do ato jurídico-sentencial perfeito e da coisa julgada. Tutela mandamental específica no agravo de instrumento. Descumprimento de ordem judicial, 73

Rel.: Desembargador Federal Souza Prudente

Mandado de Segurança 2006.01.00.027408-0/DF

1ª Seção – Servidor de Conselho de Fiscalização de Profissões. Natureza do vínculo jurídico. Aposentaria estatutária, 88

Rel.: Juíza Federal Kátia Balbino (convocada)

Embargos Infringentes em Apelação Cível 1997.01.00.002634-5/DF

2ª Seção – Processo Penal. Instauração de inquérito. Investigação de crime ocorrido nas dependências do Senado Federal, 91

Rel.: Desembargador Federal Tourinho Neto

Mandado de Segurança 2006.01.00.027250-1/DF

3ª Seção – SFH. Plano de Equivalência salarial. Redução de vencimentos. Redução do valor das prestações nas mesmas proporções, 95

Rel.: Desembargador Federal João Batista Moreira

Embargos Infringentes em Apelação Cível 1999.01.00.088308-5/DF

4ª Seção – Tributário. Competência do STJ para processar e julgar a ação rescisória, nos termos do art. 105, I e, da CF. Súmula 249 do STF. Extinção do processo, 98

Rel.: Juiz Federal Mark Yshida Brandão (convocado)

Ação Rescisória 2005.01.00.063896-4/DF

1ª Turma – Militar. Ex-combatente da 2ª Guerra Mundial. Assistência médico-hospitalar gratuita em organizações militares de saúde. Auto aplicabilidade do art. 53, IV, do ADCT, 102

Rel.: Desembargador Federal José Amílcar Machado

Apelação Cível 2006.38.01.000258-5/MG

2ª Turma – Previdenciário e Constitucional. Equivalência salarial. Proporcionalidade do percentual do benefício previdenciário, 104

Rel.: Desembargadora Federal Neuza Alves

Remessa *Ex Officio* 2001.34.00.009759-1/DF

3ª Turma – Tráfico internacional de drogas. Dependência toxicológica. Dosimetria da pena. Regime de cumprimento, 109

Rel.: Desembargador Federal Tourinho Neto

Apelação Criminal 2005.36.01.000085-4/MT

4ª Turma – Contrabando. Crime contra a ordem econômica. Interrogatório. Nulidade. Dosimetria da pena. Prescrição, 115

Rel.: Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado)

Apelação Criminal 1999.01.00.069504-7/RR

5ª Turma – Exploração de recursos energéticos em área indígena. Decreto Legislativo que autoriza a construção de complexo hidroelétrico e delega ao Ibama a oitiva das comunidades indígenas potencialmente atingidas. Necessidade de lei complementar. Art. 231, § 6º, da CF, 121

Rel.: Desembargadora Federal Selena de Almeida

Agravo de Instrumento 2006.01.00.017736-8/PA

6ª Turma – Serviço de telefonia fixo comutado – STFC. Serviço de acesso remoto à internet. Licitação. Apresentação de propostas. Concentração de mercado, 144

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

Agravo de Instrumento 2006.01.00.036695-6/DF

7ª Turma – Ibama. Execução de políticas nacionais de meio ambiente. Autorização legislativa expressa para a aplicação de multas. Contravenção penal. Competência privativa do juízo criminal, 147

Rel.: Desembargador Federal Catão Alves

Apelação Cível 93.01.08769-3/GO

8ª Turma – Execução Fiscal. Indeferimento da inicial. Certidão da dívida ativa subscrita por assinatura digitalizada. Princípio da razoabilidade, 151

Rel.: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Apelação Cível 2006.01.99.025384-7/GO

Decisões Monocráticas

Transporte interestadual de passageiros. Reserva de vagas gratuitas e de vagas com desconto a idosos com renda igual ou inferior a dois salários mínimos. Decreto 5.934/2006. Aplicação do art. 40 da Lei 10.741/2003.

Equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, 155

Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

Agravo de Instrumento 2007.01.00.001412-1/DF

Liminar em mandado de segurança suspendendo mandado de procedimento fiscal extensivo. Movimentação financeira incompatível com declaração do IRPF. LC 105/2001. Quebra de sigilo, 158

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral

Agravo de Instrumento 2007.01.00.002706-0/MG

Suspensão da exigibilidade tributária (IPI e II) sobre equipamento médico (ventilador para terapia intensiva) adquirido por entidade de assistência social, 160

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral

Agravo de Instrumento 2007.01.00.002977-6/MG

Suspensão da exigibilidade da contribuição previdenciária sobre pagamentos a empregados a título de férias, salário-maternidade e nos quinze primeiros dias de afastamento do serviço, anteriores à concessão de auxílio-doença e auxílio-acidente, 162

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral

Agravo de Instrumento 2007.01.00.004716-4/DF

Empresa de transporte de cargas interestaduais. Certificado de registro de veículo que contém proibição de saída da Amazônia Ocidental por até três (03) anos. Recolhimento do IPI, 164

Desembargador Federal Antônio Ezequiel

Agravo de Instrumento 2006.01.00.028644-1/AM

JEFs em Revista

Previdenciário. Aposentadoria por tempo de serviço. Ausência de intimação da parte autora. Inocorrência, 167

Rel.: Juiz Federal Paulo Cezar Alves Sodré

Recurso 2007.36.00.700102-0/MT

Breviário

Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região de relevante interesse, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet (www.trf1.gov.br), **169**

Penhora de aluguéis. Natureza alimentar.

Conselhos profissionais. Indústria de Laticínios. Atividade preponderante ligada à medicina veterinária.

Responsabilidade Civil. Indenização por danos morais. Travamento de porta giratória em agência bancária.

Habeas Corpus. Prisão preventiva. Fraude eletrônica via internet.

Mandado de segurança. Direito à privacidade. Informação acerca de dados cadastrais de terminais telefônicos e de e-mail.

Auxílio moradia. Membro do Ministério Público Federal. Natureza indenizatória. Aposentadoria.

Crime contra a honra: difamação. Ato praticado por magistrado no exercício do cargo.

Concurso público. Nomeação. Mera expectativa de direito.

Estatística, **171**

Repositórios Oficiais de Jurisprudência, **181**

Normas para Envio de Artigos Doutrinários e Tópicos Jurídicos à Revista, **183**

Parabéns à Seção Judiciária Decana da Justiça Federal!

No próximo dia 23 de maio, celebrar-se-á o 40º aniversário de instalação da Seção Judiciária da Justiça Federal do Distrito Federal (SJ/DF).

O fato, por si só, tem magna relevância e alto significado porque consagrou essa Seção Judiciária, onde ingressei como Juiz Federal em 12 de abril de 1983, aí permanecendo até 28 de junho de 1996, quando tomei posse neste Tribunal, porque a consagrou, repito, como DECANA das suas congêneres, todas instaladas em datas posteriores.

A sua condição de DECANA, que a faz reluzir em brilho próprio, abrindo, como os primogênitos em geral, novos caminhos aos que vêm depois, lhe robustece esse brilho com o significado de que sua instalação significa, simultaneamente, o reinício das atividades da Justiça Federal, extinta pela Constituição Federal de 1937.

Os primeiros Juizes Federais nomeados foram os da SJ/DF, como primeiros, em todo o Brasil, os seus servidores (Diretores de Secretarias, Oficiais de Justiça etc). Como cada Seção Judiciária teve seu quadro de pessoal, seus primeiros servidores receberam, naturalmente, a carteira funcional a partir do número 01. A desinformação fez, e faz, alguns desses servidores pensarem que são os primeiros nomeados no Brasil. Não o foram. São os primeiros da Seção respectiva. Os primeiros nomeados em termos de Brasil são os primeiros servidores da SJ/DF, cujas carteiras funcionais de número 01 são, ao mesmo tempo, número 01 do Brasil.

Conquanto a SJ/DF faça jus a esse nobre título de DECANA, que a grande maioria desconhece ou desdenha, carrega, por outro lado, triste sina.

Por situar-se na Capital Federal, sede do extinto Tribunal Federal de Recursos, do ainda hoje Conselho da Justiça Federal, e à sombra de todos os Tribunais Superiores, o seu brilho pode parecer ofuscado. O que, talvez, lhe pudesse valer como algo positivo funciona, não raro, em detrimento da sua privilegiada e exclusiva estatura. Não recebe o tratamento ou o reconhecimento que lhe garantiria a sua primogenitura!

Integrei o Quadro de seus Juizes quando havia apenas 3 varas (de direito) embora 6 (de fato): 1ª Vara I e II, 2ª Vara I e II e 3ª Vara I e II. Atuei em auxílio junto aos Juizes Federais Ilmar Galvão e Ana Maria Pimentel (2ª Vara I e II respectivamente).

O prédio imponente (à época) no Setor de Autarquias Sul era pouco conhecido e dificilmente identificado. Certa feita, nos idos de 1987, alertado por uma amiga (Dra. Jovita) que, querendo visitar-me, não sabia localizar o prédio (era-me difícil dar-lhe algum ponto de referência), ocorreu-me brilhante (para mim, claro!) idéia: no dia 21 de setembro, Dia da Árvore, início da primavera no Brasil, plantei (com minhas “próprias” mãos) três mudas enfileiradas de pinheiro (*pinus elliotis*) que teriam vários objetivos: fazer sombra para a parada de ônibus, fazer sombra para os carros no estacionamento (sem uma árvore sequer) e, principalmente, servir de referência (prédio com três pinheiros na sua lateral direita).

Dei-lhes os mesmos nomes dos filhos de Noé: SEM, CAM e JAFET (nessa ordem). Sensibilizava-me o cuidado que vigias e servidores dispensavam às mudinhas, regando, cuidando e protegendo de algum aventureiro que as pudesse surrupiar. Os tais pinheiros, hoje, são frondosos e cumprem, sobranceiros, seus naturais dotes: embelezam a paisagem e dão ampla sombra protetora aos que dela necessitam. Perderam, com o tempo, muito da sua função referencial porque, quando fui Diretor do Foro, mandei colocar reluzente letreiro “Justiça Federal” no frontispício do prédio.

Em 23 de maio de 1992, eu era Diretor do Foro e tive a honra, o privilégio, a missão histórica de presidir, com justificado orgulho, as solenidades do “Jubileu de Prata” da instalação da minha querida Seção Judiciária do DF, que, a reboque, também significou o “Jubileu de Prata” da própria “nova” Justiça Federal, recriada pelo Ato Institucional 02, de 27/10/1965, regulamentado pela Lei 5.010, de 30/05/1966.

Se saudade se tem do que passou e não volta mais, essas, neste exato momento, são, então, lembranças das coisas que permanecem gravadas no meu coração.

Parabéns, Seção Judiciária do Distrito Federal, Decana das Seções Judiciárias. Teu passado é de muito orgulho, teu futuro é de continuado serviço!

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral
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”.

Justiça Federal levada ao interior do País

Selene de Almeida*

Por Martha Hormann



Desembargadora Selene de Almeida em visita a uma comunidade do interior.

Membro do Conselho Editorial da Revista, a Desembargadora Federal Selene de Almeida integra a Justiça Federal desde 1987. Desempenhou papel de destaque na implantação dos Juizados Especiais Federais da Primeira Região, coordenando o trabalho e superando inúmeras dificuldades que se apresentaram. Essa experiência proporcionou-lhe a oportunidade de fazer contato com comunidades tradicionais e indígenas no interior do País, cujos direitos e necessidade de sobrevivência ainda despertam sua preocupação.

A seguir, a Desembargadora Federal Selene de Almeida conta como vê o Judiciário hoje, os cursos jurídicos e os magistrados brasileiros.

Revista: Como a Senhora vê o Poder Judiciário atualmente? O que ainda incluiria na reforma do Judiciário?

Selene de Almeida: O Poder Judiciário tem sido alvo de reiteradas críticas nas últimas quatro décadas, pelo menos. Mas, entre todos os Poderes do Estado, o Judiciário é aquele que tem mais autocrítica. Os juízes, nessas últimas duas décadas, voltaram-se muito para uma análise objetiva das dificuldades do Judiciário, das causas e conseqüências de seus problemas estruturais, o que é muito positivo. Agora, um aspecto relativo à reforma do Poder Judiciário, o que penso, sinceramente, é que a crise da administração da Justiça — a crise do processo — não será solucionada a contento se não se estabelecer um planejamento cauteloso a curto, médio e longo prazo para a operacionalização da função estatal. Pode-se observar que, nos currículos dos cursos de Direito, não existe uma matéria denominada Administração da Justiça. É muito recente, agora, com a criação do Conselho Nacional de Justiça o propósito de se fazer um planejamento orgânico das funções da magistratura, de suas atividades, de suas tarefas básicas para racionalizar o trabalho e conseguir o máximo de eficiência com os recursos disponíveis. Esse planejamento da administração da Justiça ainda é muito empírico e incipiente. Desde a primeira República, com a criação da Justiça dos Estados e da Justiça Federal, nunca hou-

ve uma preocupação por parte dos órgãos de cúpula com o papel dos juízes — organização e método. Tudo se fez segundo a tradição luso-brasileira. Mas, com a avalanche dos processos e com o aumento da população, que se tornou não apenas maior em número mas também mais complexa, com os problemas que vieram para ficar, temos que, sistematicamente, pensar o Poder Judiciário e a sua Administração como um todo. Isso é um ponto positivo. Como disse, inicialmente, existe um órgão de cúpula, o Conselho Nacional de Justiça, que devota seu tempo a essas questões.

Revista: Uma grande conquista da Justiça brasileira foi a implantação dos Juizados Especiais Federais, de que a Senhora participou ativamente na condição de coordenadora. Poderia contar um pouco sobre essa experiência?

Selene de Almeida: Aproveito a oportunidade para dizer que a implantação dos Juizados Especiais Federais no país, assim como a dos Juizados Especiais na Justiça dos Estados, foi uma demonstração da falta de planejamento da instalação de uma Justiça nova, sem nenhuma estrutura, inaugurada devido a um esforço coletivo por parte dos juízes e servidores da Justiça Federal. Muitos dos problemas que se apresentam hoje são decorrentes da ausência de planejamento e estruturação no ano de 2001. Sem dúvida, foi uma experiência extraordinária para a Justiça Federal. A bem da verdade, foi uma revolução. A Justiça Federal na Primeira Região, em particular, se voltou para as populações interioranas e abriu

* Desembargadora Federal do Tribunal Regional Federal da Primeira Região.

suas portas, digamos assim, a milhões de brasileiros que até então não tinham acesso ao Judiciário. Minha experiência como coordenadora, considerando que há mais de quarenta anos moro em Brasília, que cresci em Brasília, significou ter contato com as chamadas populações tradicionais: grupos que moram em paragens remotas do país e que para lá foram, inicialmente, em razão de uma atividade econômica qualquer. Depois, quando aquele ciclo econômico chegou ao fim, aquela comunidade se tornou, de alguma maneira, isolada, perdeu contato com a sociedade nacional e passou a viver numa interação com o ambiente, a preservar costumes grupais, fidelidades e crenças que são típicas de populações isoladas. Estou falando basicamente dos caboclos, dos ribeirinhos, dos habitantes do mangue, de pescadores, pantaneiros e do caipira. Também não posso me esquecer dos ex-quilombolas. O contato da Justiça Federal com essas comunidades remotas, que não tinham nenhum acesso à Justiça Federal, que sequer tinham ouvido falar dela, significou uma interiorização muito grande da instituição e, ao mesmo tempo, permitiu que milhares de pessoas até então abandonadas pelo sistema legal passassem a ter acesso a ele.

Revista: O que despertou, na Senhora, um interesse especial por populações indígenas? A Senhora já visitou alguma comunidade indígena?

Selene de Almeida: O que posso dizer é que, no âmbito da Justiça Federal e, em especial, dentro da competência da Terceira Seção, inevitavelmente, lida-se com questões indígenas e outras questões de interesse nacional. E, como Juíza do Tribunal e Coordenadora dos Juizados Especiais Federais, fui levada a visitar as comunidades indígenas. Fizeram-se juizados federais itinerantes em comunidades indígenas. Tenho atuado como relatora e participado de outros processos, como vogal, da competência da Terceira Seção, envolvendo conflitos indígenas muito agudos. É claro que, na qualidade de Desembargadora Federal, o interesse surge. Não se pode esquecer que o problema da terra indígena é um conflito de quinhentos anos. Não pode ser esquecido também o genocídio que os povos ibéricos causaram às populações indígenas deste país. Outro aspecto preocupante é o avanço contínuo da sociedade nacional para o interior, procurando espaços econômicos e agrícolas. O problema do colonizador português, a sua busca de terra e a sua necessidade de novos espaços se repetem com os neobrasileiros a

partir da independência. A questão é: como conciliar o desenvolvimento nacional, em especial, da agricultura, da situação energética dos recursos naturais? O direito dos índios de viverem como índios? São questões difíceis de se decidir. Tenho, por diversas vezes, dito que o progresso de um país não pode, necessariamente, significar o desaparecimento de uma das suas minorias. A busca é o desenvolvimento sustentável e o respeito às minorias que sobreviverem.

Revista: Voltando aos juizados especiais, grande parte deles está totalmente digitalizada e, agora, estamos implantando esse sistema digital em processos do Judiciário inteiro. Com base na experiência dos JEFs, o que a Senhora poderia dizer a esse respeito?

Selene de Almeida: O juizado virtual na Primeira Região tomou como experiência a realidade do Juizado Federal da Segunda Região, que nasceu totalmente virtualizado.

Temos de considerar que o procedimento do juizado é muito simples, na verdade, um procedimento sumário: pedido do autor, resposta do réu e sentença. É um procedimento concentrado, em que a documentação vem com a petição inicial ou com o pedido do autor, se ele não tem advogado e o seu pedido é atermado com a contestação do réu e não há outra oportunidade para diligência. Como, em geral, são pequenas causas, o número de documentos é relativamente pequeno; as perícias que se fazem não são muito complexas, pois, via de regra, são na área da saúde. Não é impossível, em termos técnicos, da tecnologia da informática, adaptar os procedimentos das ações da Justiça Federal comum para a modalidade virtual; a questão está na complexidade da prova. Claro, você tem aí, também, petição inicial, contestação e sentença, mas nesse ínterim surge uma infinidade de incidentes, de recursos, e, por vezes, os processos são muito volumosos. Quanto à utilização do juizado virtual para processos penais, há que se ter a preocupação com a veracidade de documentos ou com a sua falsidade. Essas são as preocupações que me assaltam.

Revista: A Senhora já foi professora de Direito?

Selene de Almeida: Já dei aula de Processo Civil e de Direito Administrativo.

Revista: Como a Senhora avalia a qualidade dos cursos de Direito e dos profissionais recém-formados?

Selene de Almeida: A qualidade do ensino jurídico é um fator de preocupação. O ensino jurídico não é um negócio. Embora possa ser também um negócio, ele, antes de tudo, constitui a formação de profissionais que têm o *munus publicum*. O médico faz da Medicina uma profissão, um meio de ganhar a vida, mas ele tem uma responsabilidade imensa para com os pacientes, para com as pessoas que atende, em razão do respeito à vida. O mesmo se pode dizer dos bacharéis em Direito, principalmente daqueles que vão advogar: embora a advocacia possa se constituir numa forma de sobreviver financeiramente no mercado, não há que se esquecer que a advocacia é um *munus publicum*. A classe tem responsabilidade para com os direitos da sua clientela, que não pode ser subestimada. O ensino jurídico não é um fim em si mesmo. Esse é um problema que tem de ser atacado de frente pela OAB e pelo Ministério da Educação. Nesse particular, os interesses dos grupos econômicos ligados ao ensino jurídico não podem ser superiores ao benefício que a coletividade terá com um ensino de qualidade.

Revista: Como a Senhora descreveria a magistratura brasileira hoje?

Selene de Almeida: De acordo com o Professor Zaffaroni, um ilustre jurista argentino, a magistratura brasileira é uma das melhores da América Latina, seja pelo seu nível de informação ou pela forma democrática como são selecionados os magistrados. Apesar de todas as deficiências que o ensino jurídico possa comportar, sem dúvida, os juizes brasileiros são os mais bem preparados do mundo. É possível, contudo, que, com a constituição de escolas de magistratura, possamos aperfeiçoar tanto o ingresso como a formação de magistrados. Em todos os países do mundo, uma das grandes dificuldades é o processo seletivo de magistrados, porque, além de a profissão ser particularmente exigente, seus integrantes têm de ter um rol de qualidades, sem as quais a magistratura pode se tornar uma farsa. Isso significa independência, prudência e ao mesmo tempo a coragem e a humanidade necessárias. Além disso, é preciso respeito intransigente à lei e aos princípios. Enfim, uma série de qualidades do sujeito que pretende ser juiz não são identificáveis facilmente em exames acadêmicos teóricos ou em uma mera

entrevista. Esta é uma dificuldade, como já disse, que ocorre em todos os países do mundo, porque se trata de uma profissão muito exigente e muito exigida, que requer, naturalmente, para um bom desempenho dos magistrados, que eles possuam essas qualidades inerentes ao bom juiz. E, se você me permite mencionar Platão: “Não haverá justiça sem homens justos,” portanto a qualidade moral é essencial no bom juiz.

A realidade virtual chega à Justiça brasileira

Sérgio Tejada*

Por Martha Hormann

À frente de um projeto inédito, o Juiz Sérgio Tejada, Secretário-Geral do Conselho Nacional de Justiça, participa ativamente da implantação do processo judicial totalmente informatizado no País. O sistema utiliza exclusivamente *software* livre e fica sediado em um computador central, podendo ser acessado de qualquer lugar.

O Juiz Sérgio Tejada também é Presidente do Comitê Gestor do Processo Eletrônico Nacional, tendo participado da elaboração da Lei 11.419, de 19/12/2006, que dispõe sobre o assunto.

Veja, a seguir, as considerações por ele tecidas em entrevista concedida à Revista do TRF 1ª Região.



Revista: Qual a expectativa, em termos de ganho de tempo e descongestionamento dos tribunais, com a implantação do processo eletrônico?

Sérgio Tejada: O processo virtual tem inúmeras vantagens. Talvez, a mais significativa para o jurisdicionado seja o combate à morosidade. Fizeram-se várias reformas processuais de questões administrativas da Justiça e, na verdade, informatizou-se muito a Justiça, mas, com tudo isso, nós ainda não conseguimos debelar completamente o problema da morosidade. Por que não se consegue debelar? Em razão do que nós chamamos de burocracia do processo. A Ministra Ellen Gracie, atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, mandou fazer um levantamento em 1992, que foi repetido há cerca de um ano. Chegou-se à conclusão de que 60% a 70% do tempo do processo deve-se a atos meramente burocráticos, que ela chamou de tempo neutro. Por exemplo, fazer o cadastro da parte, carimbar o processo, fazer certidões, furar e colocar folhas nos autos — atos meramente burocráticos, que não são da prestação jurisdicional, embora sejam necessários ao processo. Não fazem parte do tempo de ouro do processo. Com o processo eletrônico, esses atos burocráticos deixam de existir: não há folhas para furar, as certidões são

automáticas e entregues em milésimos de segundos; o cadastro do autor é feito pelo advogado, direto do escritório; o ato de distribuição é todo automatizado, não se perde tempo levando processo para guardar no armário, indo ao armário buscá-lo e, depois, registrando que se colocou o processo no armário, para não perdê-lo. Esses atos deixam de existir, são automatizados. O ganho é grande por meio eletrônico, acabamos com 60 a 70% do processo. Esta é a grande vantagem: o processo eletrônico pode ser até cinco vezes mais rápido que um processo comum!

Outro dia me ligou a Desembargadora ex-Presidente do Tribunal de Justiça de Sergipe, onde foi instalado o processo virtual nos juizados. Fora lá fazer uma palestra, um tempo antes. Estava havendo muita resistência. Falei que o processo virtual poderia ser cinco vezes mais rápido. Ela me ligou para dizer que fez um levantamento, um comparativo do tempo que nós estávamos levando antes e depois do processo virtual, queria que eu fosse a primeira pessoa a conhecer o resultado, porque falei que o processo poderia ser rápido. Ela achou um exagero, mas constatou que o prazo da sentença baixou de seis meses para 30 dias. Já tínhamos feito esse levantamento na Justiça Federal, em Porto Alegre, e os números são mais impressionantes ainda. Analisamos todos os processos da área cível com sentenças proferidas no primeiro semestre de 2005. Contamos os prazos corridos, desde o início do processo até o dia da sentença. Encontramos o seguinte: sentença na Justiça Comum: setecentos e poucos dias — dois

* Desembargador Federal do TRF 4ª Região. Especializado em Direito Processual Civil pela Universidade de Brasília e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Vencedor do Prêmio Excelência em Informática Pública, na XI Conferência de Informática Pública, São Paulo, 2005.

anos, em média. Sentenças em juizado: duzentos e poucos dias. Sentença no juizado totalmente eletrônico: 37 dias. Realmente, o processo eletrônico poupa tempo.

Revista: Com essa nova realidade implantada na Justiça, deve diminuir o trabalho dos servidores do Judiciário e suprir-se, ao menos em parte, a carência de pessoal?

Sérgio Tejada: Vou dizer uma coisa que acho muito importante, porque se pode ter a impressão de que a única coisa que o processo eletrônico visa é combater a morosidade — sem dúvida é a melhor ferramenta —, mas há vários efeitos. Esse efeito principal e os colaterais. A transparência, por exemplo. Os advogados ainda conseguem, na Justiça, ler os processos. Já as partes não têm acesso a eles. Entretanto, se o processo está na internet, na íntegra, a justiça é feita de maneira transparente, os processos não estão escondidos em armários, qualquer pessoa pode ter acesso; claro, com algumas limitações. Há muitas informações com relação às pessoas que têm de ser preservadas, mas a transparência da Justiça sai dos armários para os computadores. É diferente, não é? Isso é acesso à Justiça. No meio eletrônico, a Justiça não tem mais portas para serem fechadas, nem horários de atendimento, nem local. A Justiça fica aberta, porque, pela rede mundial, pode-se mandar uma petição de qualquer lugar.

Economia em armários, em prédios... Para se ter uma idéia, só o Supremo Tribunal Federal, no ano passado, movimentou 680 toneladas de processos. Quanto custam 680 toneladas de papel? E, para imprimir, quanto se gasta em tinta, quantas etiquetas? Quantas árvores foram cortadas? Que produtos químicos foram utilizados? E o gasto com água? O meio ambiente só tem a agradecer. Isso nos impressiona!

Revista: E com relação à segurança de autenticidade desses processos?

Sérgio Tejada: Eu não vejo problema. Pelo menos nenhum problema que se justifique, porque qual é a segurança de autenticidade que nós temos no papel, hoje? É zero. Quem tem certeza de que foi o advogado que assinou aquela petição? Quanto à procuração que chega, quem tem certeza de que foi a própria parte que assinou para o advogado e se o que chegou é real? E nunca tivemos problemas com isso. Não seria necessário falar nesse assunto quando se fala em processo virtual, porque, ainda que nós não tivéssemos nenhum mecanismo de segurança no processo todo, o proces-

so eletrônico deixa rastro. Temos condições de chegar ao IP da máquina que enviou um documento, mas não temos como chegar ao IP da máquina de escrever do advogado para saber se foi ele mesmo que assinou e mandou.

É muito mais garantido. É possível fraude? É. Assim mesmo, é muito mais garantido.

O mesmo se pode dizer quanto à assinatura eletrônica. O juiz assina eletronicamente cada vez que ele vai dar uma sentença, ele põe a sua senha.

Revista: Poderia ter algum risco de falsificação? Não em relação à assinatura, mas ao próprio conteúdo.

Sérgio Tejada: Não, porque é gerado um sistema de segurança. Depois que o documento vai para o banco de dados, ele não tem mais como ser alterado. Contrário a um acórdão que esteja no processo: quando os autos saem do cartório, ninguém confere o conteúdo quando ele volta. E mais: essa questão de fazer um acórdão e depois imprimir e incluir no processo nem sempre garante que o acórdão que está no sistema é o mesmo que está no processo. Vocês já devem ter visto isso. Na hora da sessão, combinam de mudar alguma coisa, porém o que fica salvo no sistema é diferente. Com o sistema eletrônico não. O juiz ou o desembargador vai assinar o que está no sistema; é muito mais seguro!

Revista: Há mais projetos tecnológicos em andamento para se melhorar a prestação jurisdicional?

Sérgio Tejada: Há um trabalho sobre a população carcerária, que também já está quase pronto. Já temos data para lançar: dia 5 de março. É um cadastro nacional de presos. A ótica dele não é a questão da segurança. Segurança é assunto do Ministério da Justiça e das Secretarias de Segurança. A ótica desse cadastro — e vai ser uma ótica do Judiciário — é ajudar na concessão dos direitos do preso, quando ele tiver direito a progredir de regime, quando tiver direito à liberdade... É conectado a um programa com uma espécie de biografia do preso. Será feito um programa junto ao Ministério Público. A própria Ministra Ellen Gracie está cuidando disso. Está fazendo contatos com grupos importantes, como a Fiesp, em São Paulo, para, conforme o perfil do preso, quando ele sair, conseguir uma colocação de trabalho, para que não volte a delinquir. É um projeto muito bonito.

Enfim, temos muitas coisas a fazer nessa área de tecnologia.

Revista: Segundo a Juíza Flávia Falcão, Presidente do TRT 10ª Região, “a transição implica, também, uma mudança de ‘processo mental’, que é mais difícil que a mudança de uma ferramenta de trabalho.” A implantação do processo virtual tem enfrentado resistência por parte da comunidade jurídica, dos advogados, dos procuradores, das partes? Ou o senhor tem percebido que estão aceitando bem?

Sérgio Tejada: Não. A Dra. Flávia tem total razão, embora essa resistência esteja diminuindo quase em progressão geométrica. Quem trabalhou na Justiça Federal, na implantação de processos virtuais, em todas as regiões do Brasil, sabe como é difícil. Talvez os que tenham resistido menos tenham sido os advogados; os juízes resistiram muito.

Na verdade, penso que ocorrem duas coisas. Uma, nós somos um pouco conservadores. A nossa formação na própria universidade é um pouco conservadora. Os tribunais, conseqüentemente, por estarem um tempo à frente dos juízes de 1º grau, também tinham esse conservadorismo e, às vezes, alguma medida mais avançada que fosse tomada no 1º grau não encontrava eco no Tribunal e as pessoas desanimavam. Então, os servidores também têm uma resistência e um pouco desse conservadorismo.

O maior problema é o medo do desconhecido. Por exemplo, houve um encontro nacional de oficiais da Justiça Federal e do Trabalho e me convidaram para fazer uma palestra, porque eles estavam achando que iriam perder a finalidade. Eu fui lá para tentar mostrar que os oficiais de justiça são indispensáveis, porque, quando for necessário entrar em um bairro para citar uma pessoa, quem vai é o oficial de justiça; quando for necessário fazer uma inspeção *in loco*, quem vai é o oficial de justiça. Talvez diminua o trabalho, como o de toda a Justiça, mas o oficial de justiça vai continuar indispensável.

Esse medo do desconhecido está diminuindo vertiginosamente. Para minha surpresa, nós estamos com uma agenda cheia de trabalho com os tribunais estaduais — a Justiça Federal já começou há uns cinco anos.

Então, hoje as resistências são mínimas no âmbito federal, mas há cinco anos, ninguém queria ouvir

falar disso. Achei interessante porque pensei que encontraríamos essa mesma resistência nos tribunais estaduais, mas não é assim, não. Eles estão pedindo, estão correndo, estão instalando. Existe algum conservadorismo, desculpas são colocadas, como segurança, mas qualquer argumento já os derruba. Talvez o argumento mais procedente seja o de não se gostar de ler na tela do computador. Realmente, sobre isso não temos o que dizer. Agora, é quase uma questão de costume, porque as pessoas consultam, por exemplo, a jurisprudência na internet e não imprimem para ler. Já vêem o que interessa ou não. Quanto ao processo, é a mesma coisa.

Sempre exemplifico, contando que fui bancário durante muitos anos e houve uma época em que o controle das contas dos clientes era nas fichas. Cada cliente tinha uma ficha que tinha crédito e débito, e o correntista, para saber o saldo, tinha de ir à agência do banco para ver a ficha. Aí, falava-se que haveria um tempo em que nada mais disso iria existir, o cliente teria um cartão para ir ao supermercado, sem precisar nem de cheque. E perguntávamos: “Mas e a segurança? E se tirarem dinheiro da conta?” Hoje, quem imagina ter de ir ao banco para pesquisar uma ficha? Ou as tais das câmeras de compensação dos cheques? Quem imagina uma coisa dessas? Não se volta no tempo. Hoje, pagamos as contas pela internet. Nem se vai mais ao banco. E na Justiça estamos mais ou menos no tempo da ficha.

Contaram-me que — essa sim não foi nem do meu tempo —, quando começaram a surgir máquinas de escrever, os juízes ficavam por conta, pois não podiam, pela caligrafia, conferir se era o advogado mesmo que tinha feito a petição. Eram contra a máquina de escrever. Então, é um processo natural, vamos evoluindo, e na Justiça temos de sair do tempo das fichas. Imagine o imposto de renda. Imagine alguém voltar a fazer imposto de renda manual, daquele jeito, com o formulário completo azul! Ou fazer eleição no Brasil de novo por cédula manual. É um caminho sem volta. Estamos passando por uma adaptação. E há o medo do desconhecido. Por isso nós, que estamos trabalhando nisso, temos de fazer uma coisa muito boa, de muito fácil interação.

- *Affirmanti incumbit probatio*

A prova incumbe a quem acusa

Essa é uma regra jurídica de autor desconhecido, ainda citada e substancialmente respeitada. Conceitualmente, já encontra precedentes no Digesto: Paulo (22,3,2) afirma que *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, “incumbe provar a quem afirma, não a quem nega”, e no *Corpus iuris* de Justiniano (4,19,23) lê-se que o autor não pode transferir para o acusado o ônus da prova, *cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla est*, “pois é da natureza das coisas que não haja prova para quem nega o fato”. Por outro lado, existe vulgarmente uma norma oposta absurda (*Negati ou Neganti? incumbit probatio*), citada por Fumagalli (p. XIV).

- *Accessorium sequitur suum principale*

O acessório segue o principal

Trata-se de um princípio jurídico ainda conhecido, segundo o qual o proprietário de uma coisa tornar-se proprietário de tudo o que lhe está indissolivelmente ligado: na verdade, *principale* é tudo o que subsiste independentemente e *accessorium* é o que está estreitamente vinculado ao principal por fazer parte dele ou por depender completamente dele (é o caso, por exemplo, dos custos e dos benefícios referentes a uma coisa).

- *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*

Quando a lei quis falar, falou; quando não quis, calou

Esse é um “brocardo” medieval anônimo que ainda pertence ao patrimônio comum do direito: pretende impedir que se faça a lei dizer o que não quis, e que dela seja feita uma interpretação extensiva e não rigorosamente restritiva. Há semelhança em *Ubi lex non distinguit nec nostrum est distinguere*, “quando a lei não faz distinções, não nos cabe fazê-las”.

- *Pater familias*

Pai de família

Essa locução ainda é usada para indicar o pai de família ou o chefe incontestado de uma família ou de um clã. Na realidade, em contexto romano designava uma figura jurídica precisa, ou seja, aquele que tinha o domínio de uma casa por não ter ascendentes na linhagem masculina: sua potestas era exercida sobre os filhos, os servos, as coisas e sobre os filii familias de outros, dados em remissão (para as documentações, cf. *ThlL* 6/1,235,58-236,6). Entretanto, no que se refere a *mater familias* (documentações em *ThlL* 6/1,236,29-52), não se sabe ao certo se indicava uma figura com autonomia jurídica ou se era apenas uma expressão lingüística.

(Extraído de Dicionário de sentenças latinas e gregas de Renzo Tosi, Martins Fontes Editora Ltda., 2000.)

Ponto, o sedutor

Vírgula? Ponto-e-vírgula? Na dúvida, use ponto. O minúsculo sinal faz milagres. Em primeiro lugar, facilita a vida do autor. Períodos menores restringem as probabilidades de tropeços em conetivos, vírgulas e correlações verbais. Em segundo, afastam obstáculos da frente do leitor. Ele lê sem dificuldade cerca de 200 toques até que os olhos peçam uma pausa. Sem ela, precisa voltar atrás. Resultado: perde a paciência e o prazer do texto — pior castigo para quem escreve.

Quer ver? Leia os dois parágrafos abaixo. Depois, assinale o mais fácil de ser entendido:

a. O Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior divulgou o saldo da balança comercial correspondente ao período de janeiro a outubro de 2004, que é de US\$ 3,007 bilhões, somando no acumulado do ano o montante de US\$ 79 bilhões nas vendas externas, valor recorde para o período, sendo superior ao registrado em todo o ano de 2003, que foi de R\$ 73,084 bilhões.

b. O Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior divulgou o saldo da balança comercial correspondente aos meses de janeiro a outubro de 2004. A cifra bateu nos US\$ 3,007 bilhões. No acumulado do ano, o montante atinge US\$ 79 bilhões, valor recorde para o período, superior ao registrado em todo o ano de 2003 — US\$ 73,084 bilhões.

Marcou a letra b? Viva! No primeiro texto, o pobre leitor precisa de fôlego e disposição para entender o enunciado. No segundo, a história é outra. Ele mandou pras cucuias gerúndios, quês e certas conjunções. A tesoura e o ponto estão a postos para fazer o que devem — facilitar a leitura:

Ver para crer

Que tal fazer o mesmo com o parágrafo abaixo? O leitor precisa de tempo para respirar e, com o cérebro oxigenado, entender a revoltada mensagem do autor. Ajude-o:

O estudante pobre, que tinha poucas chances de entrar na universidade, mas ainda assim perseguia esse objetivo, pode desistir porque as primeiras vagas estão como sempre estiveram reservadas para a elite econômica do país, sendo que as últimas, que dispensam bom desempenho, agora estão reservadas pelo duvidoso critério da cota a qualquer pessoa sob o enigmático rótulo de “parda” podendo ela usufruir dessas vagas independentemente da origem social, lembrando Lampedusa que disse que é preciso mudar para ficar tudo na mesma.

Veja se seu texto ficou mais ou menos assim:

O estudante pobre, com poucas chances mas muita vontade de entrar em boa universidade, pode desistir do objetivo. As primeiras vagas estão — como sempre estiveram — reservadas para a elite econômica do país. Só as últimas, que dispensam bom desempenho, estão destinadas aos candidatos de baixa renda pelo duvidoso critério da cota. Qualquer pessoa pode usufruir da benesse independentemente da origem social. É, como disse o italiano Giuseppe Lampedusa, o jeito de mudar pra ficar tudo na mesma.

Eles disseram

“Escrevo porque não sei fazer outra coisa.”

Manuel Bandeira

* Textos publicados na coluna Língua Solta do jornal *Correio Braziliense*, de 26/02 e 05/03/2007.

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

Como usar o ponto?

Dica 1 – substitua o gerúndio por ponto:

Alunos recém-aprovados no vestibular chegarão à universidade no segundo semestre podendo, se forem estudiosos, concluir o curso em quatro anos, fazendo em seguida um curso de pós-graduação.

Sem o gerúndio, o ar entra livre nos pulmões e, de quebra, o período ganha charme:

Alunos recém-aprovados no vestibular chegarão à universidade no segundo semestre do ano. Se forem estudiosos, poderão concluir o curso em quatro anos e, em seguida, fazer uma pós-graduação.

Dica 2 – transforme a oração coordenada em novo período:

Pensei em construir uma rodoviária maior e mais moderna, pois a que temos dentro em pouco será insuficiente, mas os trabalhos a que me aventurei, necessários ao conforto dos viajantes, não me permitiram a execução de uma obra, embora útil, prorrogável.

Com o ponto, dá pra respirar fundo:

Pensei em construir uma rodoviária maior e mais moderna, pois a que temos dentro em pouco será insuficiente. Mas os trabalhos a que me aventurei, necessários ao conforto dos viajantes, não me permitiram a execução de uma obra, embora útil, prorrogável.

Dica 3 – livre-se do já que:

Os líderes europeus tiveram de falar em Ronald Reagan, já que a morte do cowboy presidente os surpreendeu reunidos em Paris na comemoração da passagem dos 60 anos do Dia D.

Sem a duplinha:

Os líderes europeus tiveram de falar em Ronald Reagan. A morte do cowboy presidente os surpreendeu reunidos em Paris na comemoração da passagem dos 60 anos do Dia D.

Eles disseram

“Nosso sonho é instruir todo mundo sobre todas as coisas.”

Piere Larousse

A atividade especial para efeito de aposentadoria no regime geral de previdência social. Atualidades, sucessão legislativa e jurisprudência dominante.

Roberto Luis Luchi Demo*

1 Prolegômenos

Na sessão plenária do Supremo Tribunal Federal do dia 27/09/2006, o Ministro Marco Aurélio proferiu seu voto na qualidade de relator do Mandado de Injunção 721, impetrado por servidora pública federal que ocupava o cargo de auxiliar de enfermagem há mais de 25 anos, julgando então parcialmente procedente o pedido para garantir a ela o direito de aposentadoria especial nos termos da Lei 8.213/1991, dado que a lei complementar prevista desde a redação original do art. 40 da CF/1988, para regular a atividade especial no âmbito do serviço público, não fora editada até hoje, passados cerca de 17 anos da promulgação da referida Carta Constitucional, traduzindo inadmissível inércia legislativa. Em seguida, pediu vista o Ministro Eros Grau¹.

Esse julgamento lança luzes sobre o regramento jurídico da atividade especial no regime geral da previdência social, ainda mais quando se tem em conta que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, a partir da assentada de 07/07/2006, julgando os Mandados de Injunção 670 e 712, os quais só não foram concluídos em face do pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski, superou definitivamente o dogma de que o Poder Judiciário somente pode atuar como legislador negativo, para sinalizar então uma mudança jurisprudencial no sentido de admitir, em situações excepcionais, que o Poder Judiciário atue como legislador positivo, sobre que já tivemos inclusive oportunidade de nos manifestar em sede doutrinária².

* Juiz Federal Substituto em Brasília/DF.

¹ Vide, a propósito, o Informativo do STF 442, de 25 a 29/09/2006.

² Vide artigo doutrinário intitulado “As medidas provisórias do Poder Judiciário. O novíssimo perfil constitucional do mandado de injunção a partir da histórica sessão plenária do Supremo Tribunal Federal em 07/06/2006,” in *Revista Jurídica Consulex* 231, de agosto de 2006, p. 30-37.

De fato, estamos diante da possibilidade concreta de o regramento jurídico da atividade especial no regime geral da previdência social – RGPS ser estendido para o regime próprio dos servidores públicos – RPPS, o que torna alvissareira uma revisita a este tema tão empolgante, que representa um número considerável das ações previdenciárias que pululam nos foros da Justiça, particularmente em virtude das diversas alterações legislativas por que passou a atividade especial, dificultando sua compreensão de modo que, nas palavras do mestre Wladimir Novaes Martinez, “os Postos de Seguro Social do INSS nem sempre adotam interpretação sistemática ou uniforme das disposições, rejeitando DSS-8030 e laudos técnicos ou frustrando a pretensão de segurados sem explicitar a causa nas cartas de indeferimento (consagrando o singelo ‘falta de tempo de serviço’)³”. A revisita também se mostra oportuna neste momento em que a jurisprudência já assimilou as mencionadas alterações legislativas e, superadas algumas divergências iniciais, fixou entendimento sobre sua correta interpretação, a seguir explicitada.

2 O regime jurídico da aposentadoria especial e da atividade especial

A aposentadoria especial e, conseqüentemente, a atividade especial para efeito de aposentadoria no RGPS, foram criadas pela Lei 3.807/1960, denominada Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS, a qual estabelecia que “a aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 anos de idade e 15 anos de contribuição, tenha trabalhado durante 15, 20 ou 25 anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços que, para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo” (art. 31, *caput*). A

³ In *Comentários à Lei Básica da Previdência Social*, São Paulo: LTr, 6ª edição, Tomo II, p. 385.

Lei 3.807/1960 foi então regulamentada pelo Decreto 53.831/1964, que fixou relação de serviços e atividades profissionais considerados insalubres, perigosos ou penosos e o tempo de trabalho mínimo exigido. A propósito da idade mínima de 50 anos para aposentadoria especial, muito embora só tenha sido extinta formalmente pela Lei 5.440/1968, a jurisprudência não placitava este requisito, mesmo antes de sua extinção⁴, tanto assim que o próprio INSS dispensou a idade mínima para a concessão de aposentadoria especial, conforme Parecer 223/1995, da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência e Assistência Social.

Posteriormente, foi editada a Lei 5.890/1973, que alterou a legislação da previdência social, revogando o sobredito art. 31 da Lei 3.807/1960 e dispondo que “a aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 5 anos de contribuição, tenha trabalhado durante 15, 20 ou 25 anos, pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços que, para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo” (art. 9º, *caput*). Sobreveio então o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social – RBPS, aprovado pelo Decreto 83.080/1979.

Em seguida, foi editada a Lei 8.213/1991, que dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social – LBPS, estabelecendo que “a aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15, 20 ou 25 anos, conforme a atividade profissional, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física” (art. 57, *caput*, redação original), bem assim que “a relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde será objeto de lei específica” (art. 58, redação original), prevalecendo até a edição desta lei específica a legislação anterior para efeito de aposentadoria especial (art. 152, redação original). Ocorre que esta lei específica jamais foi editada, de modo que o art. 58 da Lei 8.213/1991 foi alterado pela Lei 9.528/1997, para efeito de determinar que “a relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à

integridade física considerados para fins de concessão de aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo”, sendo editado então o Decreto 2.172/1997, passando a ser o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social – RBPS.

Calha referir, neste passo, que o regime jurídico da atividade especial positivado originariamente nos arts. 57 e 58 da Lei 8.213/1991 não foi alterado somente pela susomencionada Lei 9.528/1997, mas também pelas Leis 9.032/1995, 9.711/1998 e 9.732/1998, bem assim pela Emenda Constitucional 20/1998, tornando inclusive complexa a legislação. De fato, a EC 20/1998 alterou o art. 201, §1º, da CF/1988, para vedar “a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar”. Portanto, a partir da EC 20/1998, é exigido lei complementar para disciplinar a atividade especial no âmbito do regime geral da previdência social – RGPS, embora, nos termos do art. 15 da EC 20/1998, enquanto não for editada a necessária lei complementar, permanece em vigor o disposto nos arts. 57 e 58 da Lei 8.213/1991, na redação vigente à data da publicação da Emenda.

Tendo em conta essa sucessão legislativa, vale salientar então que, a propósito do reconhecimento da atividade exercida como especial, o tempo de serviço é disciplinado pela lei em vigor à época em que efetivamente exercido, por força do princípio *tempus regit actum*, passando a integrar, como direito adquirido, o patrimônio jurídico do trabalhador. Desse modo, uma vez prestado o serviço sob a égide de determinada legislação, o segurado adquire o direito à contagem ponderada nos termos então vigentes, bem como à comprovação das condições de trabalho na forma exigida à época, não se aplicando retroativamente uma lei nova que venha a estabelecer restrições à admissão do tempo de serviço especial.

Em outras palavras, a cada dia trabalhado em atividades especiais, realiza-se o suporte fático da norma que autoriza a contagem desse tempo de serviço de forma diferenciada, de modo que o tempo de serviço assim convertido resta imediatamente incorporado ao patrimônio jurídico do segurado, tal como previsto na legislação de regência. Esse entendimento jurispruden-

⁴ A respeito, cito a Súmula 33 do TRF 1ª Região: “A aposentadoria especial decorrente do exercício de atividade insalubre ou penosa não exige idade mínima do segurado.”

cial tranqüilo⁵, aliás, passou a ter previsão legislativa expressa com a edição do Decreto 4.827/2003, o qual introduziu o § 1º ao art. 70 do Decreto 3.048/1999, atual Regulamento da Previdência Social – RPS, *verbis*: “A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço”. Logo, ficou definitivamente superada a antiga e equivocada orientação administrativa do INSS, segundo a qual a norma jurídica de direito público aplica-se de imediato, inexistindo direito adquirido à contagem de tempo de serviço na forma da lei anterior, pois, não preenchidos os requisitos da aposentadoria, ou seja, não ocorrido o fato completo e acabado, constata-se apenas mera expectativa de direito.

Assim, no período de trabalho até 28/04/1995, quando vigentes a Lei 3.807/1960, a Lei 5.890/1973 e, posteriormente, a Lei 8.213/1991, em sua redação original, é possível o reconhecimento da atividade especial mediante comprovação: (i) do exercício das profissões relacionadas no Código 2.0.0 do Quadro Anexo ao Decreto 53.831/1964 e no Anexo II do Decreto 83.080/1979, ou (ii) da exposição aos agentes nocivos relacionados no Código 1.0.0 do Quadro Anexo ao Decreto 53.831/1964 e no Anexos I do Decreto 83.080/1979, mediante informações prestadas pela empresa em formulário específico (SB-40 ou DSS-8030), dispensando destarte dilação probatória e autorizando, inclusive, a via expedita do mandado de segurança⁶. Aqui, quatro considerações.

⁵ STF, RE 174.150, Octavio Gallotti, 1ª T, J04/04/2000; STJ: AGREsp 493.458, Gilson Dipp, 5ª T, DJ 23/06/2003 e REsp 491.338, Hamilton Carvalhido, 6ª T, DJ 23/06/2003.

⁶ Esse raciocínio não se aplica para a atividade de magistério, prevista no Código 2.1.4 do Quadro Anexo ao Decreto 53.831/1964, a qual só admite o reconhecimento de atividade especial até a vigência da EC 18/1981, que criou forma especial de aposentadoria aos professores. Assim, até 09/07/1981, em homenagem ao princípio *tempus regit actum*, tem-se que o ordenamento jurídico assegura aos professores o reconhecimento da atividade especial e sua conversão para tempo de serviço comum. Após 09/07/1981, entretanto, só fazem jus à aposentadoria com tempo de serviço reduzido os professores que se mantiverem na atividade docente de modo e durante todo o período constitucionalmente exigido (30 anos para homens e 25 anos para mulheres), pois a atividade de magistério deixou de ensinar direito à aposentadoria especial para, a partir da EC 18/1981, ensinar direito a uma forma especial de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição. A propósito, *vide*: STF, ADI 755, Marco Aurélio, Pleno, DJ 06/12/1996; STJ, RESP 182.120, Fernando Gonçalves, 6ª T, DJ 10/04/2000; e TRF 4ª Região, EAC 2000.04.01.070389-5, Celso Kipper, 3ª Seção, DJ 09/11/2005.

Primeira: durante esse período, a prova da atividade especial prescinde da apresentação de laudo técnico⁷. Segunda: quando a atividade não for enquadrável como especial nos decretos regulamentadores, ainda assim é possível o reconhecimento da atividade como especial mediante prova pericial que reconheça sua nocividade à saúde, nos termos da Súmula 198/ex-TFR (“Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento”), até porque os róis de atividades descritas nos regulamentos são meramente exemplificativos. Terceira: em relação aos agentes nocivos ruído e calor, é sempre e sempre necessária a aferição do nível de decibéis e da temperatura por meio de perícia técnica, carreada aos autos, noticiada em formulário emitido pela empresa ou ainda feita judicialmente, a fim de se verificar a nocividade ou não desses agentes⁸. Quarta: a divergência existente entre a atividade constante na carteira de trabalho ou no CNIS e a do formulário não é óbice a sua caracterização como especial, desde que devidamente esclarecida⁹.

A partir de 29/04/1995, foi extinto o enquadramento por categoria profissional, dadas as distorções que ocorriam, sendo comum, por exemplo, um engenheiro de minas que nunca entrasse em uma mina, aposentar-se após poucos anos de serviço. Desse modo, no lapso temporal compreendido entre 29/04/1995 e 05/03/1997, em que vigentes as alterações introduzidas pela Lei 9.032/1995 no art. 57 da Lei 8.213/1991, é necessária, para efeito de reconhecimento da atividade especial no Código 1.0.0 do Quadro Anexo ao Decreto 53.831/1964 e no Anexo I do Decreto 83.080/1979, a efetiva demonstração da exposição, de forma habitual e permanente, a agentes nocivos à saúde ou à integridade física, por qualquer meio de prova, considerando-se suficiente para tanto e dispensando assim dilação probatória, a apresentação de formulário-padrão preenchido pela empresa (SB-40 ou DSS-8030), sem a exigência de embasamento em laudo técnico.

⁷ TRF 4ª Região: EAC 2000.04.01.035569-8, A. A. Ramos de Oliveira, 3ª Seção, DJ 27/11/2002 e AG 2005.04.01.052675-2, Luiz Antonio Bonat, 5ª T, DJ 26/04/2006.

⁸ STJ, RESP 689195, Arnaldo Esteves Lima, 5ª T, DJ 22/08/2005.

⁹ TRF 4ª Região, AMS 2000.71.08.001310-0, Luiz Carlos de Castro Lugon, 6ª T, DJ 13/12/2000.

A habitualidade e permanência traduzem o trabalho não ocasional nem intermitente, no qual a exposição do segurado empregado, trabalhador avulso ou contribuinte individual ao agente nocivo seja indissociável à produção do bem ou à prestação do serviço (art. 157, II, da IN INSS/PR 11/06, que atualmente estabelece os critérios a serem adotados pela área de Benefícios). Em outras palavras, os requisitos da habitualidade e da permanência traduzem a não-eventualidade e efetividade da função insalutífera, a continuidade e a não-interrupção da exposição ao agente nocivo. Assim, se o trabalhador desempenha diuturnamente suas funções em locais insalubres, mesmo que apenas em metade de sua jornada de trabalho (leia-se: trabalho intermitente), tem direito ao cômputo do tempo de serviço especial, porque estava exposto ao agente agressivo de modo constante, efetivo, habitual e permanente. Ou seja, o fato de o contato com os agentes nocivos ser intermitente e não permanente não retira a habitualidade, pois a exposição é diuturna, inerente às funções habituais que o segurado exerce na empresa cotidianamente, ensejando destarte o reconhecimento da atividade especial¹⁰.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, o direito ao reconhecimento da atividade especial não é prejudicado quando o segurado possui mais de um vínculo empregatício, com tempo de trabalho concomitante (comum e especial), desde que constatada a nocividade do agente e a permanência em pelo menos um dos vínculos (art. 166 da IN INSS/PR 11/2006). Outrossim, a IN INSS/PR 11/2006 positivou que “não quebra a permanência o exercício de função de supervisão, controle ou comando em geral ou outra atividade equivalente, desde que seja exclusivamente em ambientes de trabalho cuja nocividade tenha sido constatada” (art. 157, §2º), o que aliás já era entendimento jurisprudencial pacífico. Registre-se, ainda, que estão incluídos no conceito de trabalho permanente os períodos de descanso determinados pela legislação trabalhista, inclusive férias, e os afastamentos que ensejam benefício previdenciário, a exemplo do auxílio-doença e salário-maternidade, desde que à data do afastamen-

to o segurado estivesse exercendo atividade considerada especial.

Os agentes nocivos à saúde ou à integridade física podem ser físicos (ruídos, vibrações, calor, frio, umidade, eletricidade, pressões anormais, radiações ionizantes etc), químicos (névoas, neblinas, poeiras, fumos, gases e vapores de substâncias nocivas presentes no ambiente de trabalho, absorvidos pela via respiratória ou por meio de outras vias) e biológicos (bactérias, fungos, parasitas, bacilos, vírus etc). Nas associações de agentes que estejam acima do nível de tolerância, será considerado o enquadramento relativo ao que exigir menor tempo de exposição. Outrossim, como já enfatizado, o conceito de permanência para efeito de atividade especial não exige o cumprimento de jornada integral, de modo que o tempo de exposição é importante tão-só para observar o grau de nocividade do agente em cotejo com o limite de tolerância que, ultrapassado, enseja o reconhecimento da atividade especial.

Por sua vez, no interregno compreendido entre 06/03/1997 e 06/05/1999, em que vigente o Decreto 2.172/1997, que regulamentou as disposições introduzidas no art. 58 da Lei 8.213/1991 pela Lei 9.528/1997 (lei de conversão da MP 1.523/1996), passou-se a exigir, para efeito de reconhecimento de tempo de serviço especial no Anexo IV do Decreto 2.172/1997 e no Anexo IV do Decreto 3.048/1999, a comprovação da efetiva sujeição do segurado a agentes agressivos por meio da apresentação de formulário-padrão, embasado em laudo técnico das condições ambientais de trabalho para todos os agentes nocivos, ou por meio de perícia judicial.

Portanto, a partir de 06/03/1997, já não é mais possível o enquadramento automático da periculosidade, a exemplo das atividades exercidas por vigilante e eletricista, sendo necessária pois a verificação da periculosidade no caso concreto. Na hipótese de a empresa em que o segurado trabalhou ter sido extinta, impossibilitando a coleta de dados *in loco*, é admissível a perícia indireta em empresa ou equipamento similar a fim de não prejudicar o segurado nem inviabilizar o exercício de seu direito¹¹.

No que se refere à conversão do tempo de serviço especial para comum a contar de 28/05/1998, tal limitação temporal restou afastada, por força da de-

¹⁰TRF 4ª Região, AC 96.04.61708-7, Luiz Carlos de Castro Lugon, 6ª T, DJ 07/06/2000. No mesmo sentido: TRF 4ª Região, AC 2003.70.00011786-1, Otavio Roberto Pamplona, 5ª T, DJ 06/07/2005.

¹¹TRF 4ª Região, AC 200304010143040, Celso Kipper, 5ª T, DJ 04/05/2005.

cisão do STF ao não apreciar o mérito da ADI 1.884, por entender que o art. 57, § 5º, da Lei 8.213/1991 não fora revogado pela Lei 9.711/1998, lei de conversão da MP 1.663/1998¹², bem assim em virtude do acréscimo do § 2º ao art. 70 do Decreto 3.048/1999, pelo Decreto 4.827/2003, o qual possibilitou a aplicação das regras de conversão ao trabalho especial exercido em qualquer período, em consonância aliás com a EC 20/1998. Mesmo assim, a jurisprudência que prevalece é no sentido de que após 28/05/1998, já não é mais possível o reconhecimento da atividade especial, por força do art.

¹² Eis a íntegra da decisão da lavra do Ministro Sydney Sanches:

“1. Na petição inicial da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Partido dos Trabalhadores, o Partido Democrático Trabalhista e o Partido Comunista do Brasil impugnavam a revogação do § 5º do art. 57 da Lei 8.213, de 24/07/1991, constante do art. 28 da Medida Provisória 1.663-10 (fls. 02/30 e 35).

2. Após sucessivas reedições da Medida Provisória, com alterações no referido art. 28, este ficou assim redigido, a partir da Medida Provisória 1.663-13, até a 1.663-15 (fls. 97 e 142):

“Art. 28. O Poder Executivo estabelecerá critérios para a conversão do tempo de trabalho exercido até 28/05/1998, sob condições especiais que sejam prejudiciais à saúde ou à integridade física, nos termos dos arts. 57 e 58 da Lei 8.213, de 1991, na redação dada pelas Leis 9.032, de 28/04/1995, e 9.528, de 10/12/1997, e de seu regulamento, em tempo de trabalho exercido em atividade comum, desde que o segurado tenha implementado percentual do tempo necessário para a obtenção da respectiva aposentadoria especial, conforme estabelecido em regulamento.”

3. A última reedição da Medida Provisória converteu-se na Lei 9.711, de 20/11/1998, cujo art. 28 é o supra-transcrito. Não mais o constante da Medida Provisória 1.663-10, que pura e simplesmente revogara o § 5º do art. 57 da Lei 8.213, de 24/07/1991, e só por isso era impugnado na inicial.

4. Em face da substancial alteração ocorrida, resta prejudicada a Ação Direta de Inconstitucionalidade, enquanto proposta nos termos de fls. 2/30, pois as expressões que impunha já não estão em vigor.

5. Assim, se o novo texto do art. 28 da Medida Provisória 1.663-15, de 22/10/1998, convertido no art. 28 da Lei 9.711, de 20/11/1998, é também inconstitucional e por outras razões, que as declinadas na inicial, poderá ser eventualmente impugnado em outra Ação Direta de Inconstitucionalidade. Não mais nestes autos, como pretendido com o aditamento de fls. 135/140, datado de 18/02/1999. Ao ensejo de nova propositura, se assim lhes parecer, cogitarão os autores da viabilidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade também contra a Portaria 4.883, de 16/12/1998, do Ministério da Previdência e Assistência Social (fls. 146), como pretendido a fls. 135/140.

6. Com essas ressalvas, julgo prejudicada a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta contra a Medida Provisória 1.663-10.

7. Publique-se. Int.

Brasília, 10/08/1999.”

28 da MP 1.663/1998, a partir de sua 10ª edição, convertida na Lei 9.711/1998¹³.

Finalmente, a contar de 07/05/1999, o reconhecimento da atividade laborada em condições especiais no Anexo IV do Decreto 3.048/1999 também pressupõe a apresentação do formulário-padrão preenchido pela empresa, com base em laudo técnico das condições ambientais de trabalho para todos os agentes nocivos. A comprovação dar-se-á pelo formulário DIRBEN-8030 (antigos SB-40 e DSS-8030) até 31/12/2003 e, a partir de 01/01/2004, pelo Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), o qual foi instituído pelo § 6º do art. 68 do Decreto 3.048/1999, com as alterações dos Decretos 4.032/2001, 4.729/2003 e 4.882/2003, a ser emitido pela empresa com base em Laudo Técnico de Condições Ambientais – LTCAT expedido nos termos da legislação trabalhista, inclusive para efeito de classificação dos agentes nocivos, limites de tolerância e metodologia de avaliação (vide art. 148 da IN INSS/DC 95/2003, alterado pela IN 96/2003 e, atualmente, art. 178 da IN INSS/PR 11/2006).

Em síntese, para efeito de enquadramento das categorias profissionais, devem ser considerados os Decretos 53.831/1964 (Quadro Anexo – Código 2.0.0) e 83.080/1979 (Anexo II) até 28/04/1995, data da extinção do reconhecimento da atividade especial por presunção legal, em virtude da Lei 9.032/1995. Já para o enquadramento dos agentes nocivos, devem ser considerados os Decretos 53.831/1964 (Quadro Anexo – Código 1.0.0) e 83.080/1979 (Anexo I) até 05/03/1997, o Decreto 2.172/1997 (Anexo IV) no interregno entre 06/03/1997 e 06/05/1999 e, finalmente, o Decreto 3.048/1999 (Anexo IV) a partir de 07/05/1999. Além dessas hipóteses de enquadramento, é sempre possível, como já registrado alhures, a verificação da especialida-

¹³“Previdenciário. Conversão de tempo de serviço comum em especial. Termo final. 1. O art. 28 da Lei 9.711/1998 estabeleceu o termo final de conversão de tempo de serviço comum em especial, a saber, 28/05/1998. 2. Recurso especial provido. (STJ, REsp 431.075, Arnaldo Esteves Lima, 5ª T, DJ 07/11/2005). No mesmo sentido: STJ, REsp 584.582, Hamilton Carvalhido, 6ª T, DJ 09/02/2004. Ainda: “A conversão, em tempo de serviço comum, do período trabalhado em condições especiais somente é possível relativamente à atividade exercida até 28/05/1998 (art. 28 da Lei 9.711/1998” (Súmula 16 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência do Juizado Especial Federal).

de da atividade no caso concreto, por meio de perícia técnica judicial, a teor da Súmula 198/ex-TFR¹⁴.

3 Considerações específicas sobre a aposentadoria especial e a atividade especial

Especificamente sobre o agente nocivo ruído, questão presente em diversas ações judiciais previdenciárias, merece atenção o nível mínimo para determinar a insalubridade da atividade, o qual fora fixado inicialmente em 80 dB(A), no Quadro Anexo do Decreto 53.831/1964, revogado pelo Anexo I do Decreto 83.080/1979, que então elevou o nível para 90 dB(A). Na vigência dos Decretos 357/1991 611/1992, houve a incorporação do Anexo I do Decreto 83.080/1979, que fixou o nível mínimo de ruído em 90 dB, e do Anexo do Decreto 53.831/1964, que estabeleceu o nível mínimo de ruído em 80 dB(A). Durante tal período, que abrange 07/12/1991 a 05/03/1997, estão pois a incidir níveis mínimos de ruído diferentes, o que impõe superar a evidente antinomia caracterizada com o afastamento, nesse particular, da incidência de um dos Decretos que produziram a contradição, o que se faz à luz da natureza previdenciária da norma, adotando-se destarte a solução pro misero para fixar o nível mínimo de ruído mais benéfico ao segurado, ou seja, 80 dB(A) até 05/03/1997, data imediatamente anterior à publicação do Decreto 2.172/1997.

Desse modo, até 05/03/1997, é considerada nociva à saúde a atividade sujeita a ruídos superiores a 80 decibéis, conforme previsão mais benéfica do Decreto 53.831/1964¹⁵. Posteriormente, com o advento do Decreto 2.172/1997, bem como quando entrou em vigor o Decreto 3.048/1999, voltou o nível mínimo de ruído a 90 dB(A), até que, por fim, editado o Decreto 4.882/2003, passou o índice ao nível de 85 dB(A)¹⁶. Em resumo, é admitida como especial a atividade em que o segurado ficou exposto a ruídos superiores a 80 decibéis até 05/03/1997; ruídos superiores a 90 decibéis no interregno de 06/03/1997 até 18/11/2003; e finalmente, ruídos superiores a 85 decibéis a partir de 19/11/2003,

conforme a alteração trazida pelo Decreto 4.882/2003 ao Decreto 3.048/99, que unificou as legislações trabalhista e previdenciária no tocante à atividade especial¹⁷.

Quanto ao recebimento de adicionais de insalubridade, penosidade ou periculosidade, este fato só por si não ensejava direito ao reconhecimento da atividade especial, já porque os pressupostos destes adicionais no direito do trabalho eram diversos dos pressupostos da atividade especial no direito previdenciário. Assim, a jurisprudência consolidou entendimento segundo o qual o caráter insalubre ou perigoso da atividade exercida, reconhecido na Justiça do Trabalho, assegura o direito à percepção do adicional correspondente, mas não autoriza que o período seja considerado como tempo de serviço especial para fins previdenciários¹⁸.

Entretanto, essa desvinculação entre as legislações trabalhista e previdenciária foi superada a partir do Decreto 4.882/2003, que acresceu o § 11 ao art. 68 do Decreto 3.048, dispondo que “As avaliações ambientais deverão considerar a classificação dos agentes nocivos e os limites de tolerância estabelecidos pela legislação trabalhista, bem como a metodologia e os procedimentos de avaliação estabelecidos pela Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho – Fundacentro”. Logo, a partir da vigência do Decreto 4.882/2003, vale dizer, a partir de 19/11/2003, o simples fato de o segurado ser detentor de adicional de insalubridade demonstra a atividade especial para efeito previdenciário. Nesse diapasão, há autorização para que seja buscada a classificação de agentes agressivos da legislação trabalhista quando ausente o amparo na legislação previdenciária, suprimindo, assim, a necessidade de realização de perícia judicial para a configuração da especialidade de atividades sujeitas a agentes

¹⁴ STJ, AGRESP 228.832, Hamilton Carvalhido, 6ª T, DJ 30/06/2003.

¹⁵ STJ, AGRESP 727.497, Hamilton Carvalhido, 6ª T, DJ 01/08/2005.

¹⁶ STJ, EDRESP 614.894, Hamilton Carvalhido, 6ª T, DJ 01/07/2005; TRF 1ª Região, AC 2001.33.00000019-2, Antônio Sávio de Oliveira Chaves, 1ª T, DJ 07/03/2005.

¹⁷ Calha anotar o entendimento jurisprudencial do TRF 4ª Região que, partindo da premissa segundo a qual o novo critério de enquadramento da atividade especial positivado a partir do Decreto 4.882/2003 veio a beneficiar os segurados expostos a ruídos no ambiente de trabalho, bem como tendo em vista o caráter social do direito previdenciário, é cabível a aplicação retroativa da disposição regulamentar mais benéfica, considerando-se especial a atividade quando sujeita a ruídos superiores a 85 decibéis desde 06/03/1997, data da vigência do Decreto 2.172/1997. Assim, conforme a jurisprudência do TRF 4ª Região, é admitida como especial a atividade em que o segurado ficou exposto a ruídos superiores a 80 decibéis até 05/03/1997 e, a partir de então, acima de 85 decibéis. *Vide*, por exemplo: AC 2001.71.08.000411-5, Victor Luiz dos Santos Laus, 5ª T, DJ 05/07/2006.

¹⁸ TRF 4ª Região, AC 96.04.13003-0, Nylson Paim de Abreu, 6ª T, DJ 17/05/2000

nocivos sem enquadramento nos decretos pertinentes, como exigido pela Súmula 198/ex-TFR, mas abarcados pelas normas trabalhistas¹⁹.

A propósito dos Equipamentos de Proteção Individual – EPI, é assente que “O simples fornecimento de equipamento de proteção individual de trabalho pelo empregador não exclui a hipótese de exposição do trabalhador aos agentes nocivos à saúde, devendo ser considerado todo o ambiente de trabalho” (Enunciado 21, do Conselho de Recursos da Previdência Social). No mesmo sentido: “Aposentadoria Especial – Equipamento de Proteção Individual: O uso de Equipamento de Proteção Individual (EPI), ainda que elimine a insalubridade, no caso de exposição a ruído, não descaracteriza o tempo de serviço especial prestado” (Súmula 9 da Turma de Uniformização da Jurisprudência do Juizado Especial Federal). Assim é porque a utilização de equipamento de proteção individual – EPI possui o escopo de resguardar a saúde do trabalhador, para que não sofra lesões, não tendo o condão de descaracterizar a situação de insalubridade nem a atividade especial, a qual não exige que o segurado venha a sofrer danos efetivos à sua saúde, ou seja, a atividade especial não é aquela que provoca necessariamente determinada seqüela²⁰.

Os beneficiários da aposentadoria especial que podem pois ter reconhecida a atividade especial são os segurados empregado, trabalhador avulso e contribuinte individual. Porém, segundo orientação administrativa do INSS, a partir da vigência da Lei 9.032/1995, o contribuinte individual já não tem mais direito ao reconhecimento da atividade especial nem à conversão da atividade especial para comum, porquanto não há como aferir se no exercício da atividade laboral ele estava sujeito a condições que prejudiquem sua saúde ou integridade física (*vide* art. 163 da IN INSS/PR 11/2006). Exceção à regra, o art. 1º, *caput*, da MP 83/2002, convertida na Lei 10.666/2003, possibilitou a conversão da atividade especial em comum para o segurado cooperado filiado à cooperativa de trabalho e produção que trabalhe exposto a agentes nocivos, estabelecendo custeio específico para esta prestação.

Para a jurisprudência, entretanto, tal reconhecimento da atividade especial é um direito que assiste a todos os contribuintes individuais, mesmo antes da entrada em vigor da MP 83/2002²¹.

Se o segurado que pleitear aposentadoria especial houver exercido sucessivamente duas ou mais atividades sujeitas a condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física, sem completar em qualquer delas o prazo mínimo exigido para a aposentadoria especial (15, 20 ou 25 anos), os respectivos períodos serão somados após conversão, conforme tabela constante do art. 66 do Decreto 3.048/1999, considerada a atividade preponderante, *verbis*:

Tempo a converter	Multiplicadores		
	Para 15	Para 20	Para 25
De 15 anos	–	1,33	1,67
De 20 anos	0,75	–	1,25
De 25 anos	0,60	0,80	–

O beneficiário de aposentadoria especial que retornar ao exercício de atividade que o sujeito a agentes nocivos, ou nela permanecer, na mesma ou em outra empresa, qualquer que seja a forma de prestação do serviço, ou categoria de segurado, a partir da data do retorno à atividade terá sua aposentadoria automaticamente suspensa. Esta é a inteligência do art. 57, § 8º, da Lei 8.213/1991, porquanto não há aqui possibilidade de cancelamento do benefício, eis que o segurado não perde os requisitos para concessão da aposentadoria especial. Diverso é o tratamento da aposentadoria por invalidez, que pressupõe a incapacidade total e permanente para o trabalho, de modo que seu retorno à atividade implica o cancelamento do benefício, em virtude da ausência da necessária incapacidade, forte no art. 46 da Lei 8.213/1991. Nessa toada, a aposentadoria especial deve ser restabelecida a partir do afastamento da atividade

¹⁹TRF 4ª Região, AC 2003.71.02.001571-3, Otavio Roberto Pamplona, 5ª T, DJ07/12/2005.

²⁰TRF 1ª Região, AMS 2001.38.00041299-2, José Amílcar Machado, 1ª T, DJ09.05.2005.

²¹Nesse sentido: “O sócio-gerente de empresa e o trabalhador autônomo, na qualidade de contribuintes individuais, podem ter reconhecido o tempo de serviço prestado em condições especiais, porquanto a legislação aplicável à espécie não faz distinção entre os segurados a que aludem os arts. 11 e 18, inciso I, alínea *d*, da Lei 8.213, de 14/07/1991, para fins de conversão do tempo de serviço especial em comum, bastando, para tanto, a sua exposição de forma habitual e permanente a agentes nocivos à saúde ou a integridade física (arts. 57, *caput* e parágrafos 3º, 4º, 5º e 7º, e 58, *caput* e parágrafos 1º e 2º, do mesmo diploma legal, na sua redação original e com aquela conferida pelas Leis 9.032, de 1995, e 9.528, de 1997)” (TRF 4ª Região, AC 200071000172381, Nylson Paim de Abreu, 6ª T, DJ 18/11/2003).

nociva à saúde. Finalmente, de se salientar a inexistência de óbice ao aposentado especial para retornar à atividade laboral que não o sujeite a agentes nocivos.

Vale registrar, neste passo, que atualmente raros são os casos em que o segurado pleiteia aposentadoria especial por exercer atividade especial por 15, 20 ou 25 anos, conforme relação estabelecida nos decretos regulamentares, o que reflete a realidade do mercado de trabalho não só brasileiro, mas também mundial. De fato, a maioria das ações judiciais previdenciárias versando a atividade especial são: (i) pedido de concessão de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição em que o segurado pretende reconhecer certo período de trabalho como atividade especial; (ii) pedido de revisão de aposentadoria proporcional já concedida administrativamente para, mediante o reconhecimento da atividade especial, majorar a respectiva renda mensal inicial – RMI; e (iii) pedido de restabelecimento de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição já concedida administrativamente e posteriormente cancelada mediante revisão pelo INSS, em geral por meio de reavaliação de prova e/ou mudança de critério interpretativo, sendo poucos os casos em que se constata efetivamente a existência de fraudes.

Daí porque merece destaque o critério de conversão do tempo de serviço exercido em atividade especial para tempo de serviço comum, a ser então utilizado na aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, nos termos do art. 57, §5º, da Lei 8.213/1991: “O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão em tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício”. Nessa toada, a conversão de tempo de atividade especial em tempo de atividade comum dar-se-á de acordo com a seguinte tabela constante do art. 70 do Decreto 3.048/1999, *verbis*:

Tempo a converter	Multiplicadores	
	Mulher (para 30)	Homem (para 35)
De 15 anos	2,00	2,33
De 20 anos	1,50	1,75
De 25 anos	1,20	1,40

Nos termos do art. 168, § 2º, da IN INSS/PR 11/2006, no caso de atividades concomitantes sob con-

dições especiais, no mesmo ou em outro vínculo empregatício, é considerada para efeito de contagem aquela que exigir menor tempo para a aposentadoria especial.

4 Epílogo

A própria CF/1988 diferencia o trabalho normal daquele prestado em condições especiais, nos termos da atual redação do art. 40, § 4º (regime estatutário), e do art. 201, § 1º (regime celetista). E essa diferença se deve ao fato de que o trabalho prestado em condições adversas expõe a saúde do trabalhador, diminuindo-lhe inclusive a expectativa de vida laboral, mercê de que existem os adicionais de insalubridade, penosidade ou periculosidade, visando à compensação da sua saúde e integridade física, bem assim a contagem diferenciada de tempo de serviço, há muito reconhecida pela legislação previdenciária, para viabilizar uma aposentadoria em tempo menor quando comparada às aposentadorias por idade ou tempo de serviço/contribuição, como visto acima.

Ora, o servidor público e o trabalhador que exerceram atividades sob condições nocivas à saúde sofrem de maneira idêntica, padecem do mesmo mal à saúde, não se justificando destarte tratamentos díspares somente porque um está vinculado ao regime estatutário e outro ao regime celetista, o que causa perplexidade, mormente a partir de 19/11/2003, quando houve a unificação entre as legislações trabalhista e previdenciária para efeito de reconhecimento da atividade especial. Outra situação igualmente causadora de perplexidade é o fato de o trabalhador da iniciativa privada que exerce atividade especial e atinge um cargo público mediante concurso não poder levar aquele tempo de serviço a maior decorrente da atividade especial para o serviço público (contagem recíproca)²², enquanto o servidor público ex-celetista que passou a estatutário por força da CF/1988, tem direito a essa contagem de tempo de serviço a maior decorrente da atividade especial exercida no período anterior²³.

Para finalizar, registro que a atividade prestada como auxiliar de enfermagem pode ser enquadrada como atividade especial, inclusive no período posterior à Lei 9.032/1995, dado que o contato com agentes

²² STF, ADI 755, Maurício Correa, Pleno, DJ 06/12/1996.

²³ STJ, REsp 519.270, Felix Fischer, 5ª T, DJ 09/08/2004.

biológicos por meio de doenças transmissíveis se enquadra no Código 1.3.2 do Quadro Anexo do Decreto 53.831/1964, no Código 1.3.4 do Anexo I do Decreto 83.080/1979, no Código 3.0.1 do Anexo IV do Decreto 2.172/1997 e, finalmente, no Código 3.0.1 do Anexo IV do Decreto 3.048/1999²⁴. Logo, uma vez julgado procedente o mandado de injunção referido nas linhas iniciais deste trabalho, a servidora pública que exerceu por mais de 25 anos a atividade de auxiliar de enfermagem poderá aposentar-se nas mesmas condições, sob o ângulo do tempo de serviço/contribuição e desde que comprovada a atividade especial nos termos mencionados alhures, poderá aposentar-se então nas mesmas condições de suas colegas da iniciativa privada, o que prestigia inclusive o princípio da isonomia.

²⁴ TRF 1ª Região, AC 200201990434614, Neuza Maria Alves da Silva, 2ª T, *DJ* 11/04/2005 e TRF 4ª Região, AG 2001.04.01.056660-4, Nylson Paim de Abreu, 6ª T, *DJ* 03/09/2003.

A autonomia e independência da Ordem dos Advogados do Brasil — parecer

Ives Gandra da Silva Martins*

Em 08/06/2006, decidiu a Suprema Corte, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3026-4 – Distrito Federal, que:

a) a OAB não se sujeita aos ditames impostos pela Administração Pública Direta e Indireta;

b) a OAB não é uma entidade de Administração Indireta da União;

c) a Ordem é um serviço público independente;

d) a Ordem não está inserida na categoria das autarquias especiais;

e) a Ordem não está sujeita ao controle da Administração;

f) a Ordem não está vinculada a qualquer parte da Administração Pública;

g) não há relação de dependência entre qualquer órgão público e a Ordem;

h) a Ordem ocupa-se das atividades atinentes aos advogados, que exercem função institucionalmente privilegiada;

i) a Ordem possui finalidade institucional;

j) não há necessidade de concurso público para admissão de contratados sob o regime trabalhista para atender seus serviços;

k) a Ordem é uma categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas do direito brasileiro.

A referida decisão está na mesma linha já seguida pelo Tribunal de Contas da União (AC 1765/2003), que desobrigou o Conselho Federal e os Conselhos Seccionais da OAB da prestação de contas ao TCU¹.

No mesmo sentido e à luz da Constituição de 1946, o então Tribunal Federal de Recursos, pelo acórdão prolatado em 25/05/1951, no recurso de Mandado de Segurança 797 (RDA 29/124-147), entendeu que não haveria necessidade de os Conselhos da OAB prestarem contas aos Tribunais de Contas.

Para o julgamento da Corte do Controle Externo, ofereceram pareceres os professores Caio Tácito, José Afonso da Silva, Eros Roberto Grau, Luiz Rafael Mayer, havendo também no processo, por solicitação da OAB, parecer de minha lavra².

– Desobrigação pelos Conselho Federal e os Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil da prestação de contas ao TCU. Considerações.

– Submissão da OAB à jurisdição do TCU. Análise da matéria.

Grupo/Classe/Colegiado: Grupo II/Classe VII/Plenário

Processo: 002.666/1998-7

Natureza: Representação.

Entidade: Ordem dos Advogados do Brasil – OAB

Interessados: João Odil Moraes Haas, 5ª Secex, Ministério Público junto ao TCU, Wilson Rodolpho de Oliveira e Maria Lúcia Pereira

Sumário: Representações formuladas por Unidade Técnica do Tribunal e pelo Ministério Público junto à Corte de Contas, ambas versando sobre a submissão da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB à jurisdição do TCU. Audiência da mencionada entidade. Apresentação de argumentos em sentido contrário à pretensão dos Representantes. Conhecimento. *Afastamento da jurisdição do TCU em razão de sentença judicial transitada em julgado*. Considerações a respeito da sentença. Improcedência das Representações. Arquivamento dos autos”(grifos meus) (Site TCU Internet).

² O Min. Lincoln Magalhães da Rocha assim concluiu o seu voto:

“51. Em que pese o inconformismo do nobre *Parquet* especializado, demonstrado por Intermédio da Representação que inaugurou o TC 006.255/1999-0, compreendo que qualquer deliberação, adotada em sintonia com o encaminhamento propugnado pela referida Representação, encontraria óbice em face do provimento ao Mandado de Segurança deferido há mais de 50 anos pelo TFR. Tal situação encontra-se demonstrada à saciedade nos autos, merecendo destaque os ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais, da lavra dos professores Caio Tácito, José Afonso da Silva, Ives Gandra da Silva Martins, Eros Roberto Grau, Luiz Rafael Mayer, entre outros, os quais, com inteligência, zelo e percuciência, debruçaram-se sobre o tema, oferecendo à lide lições de grande valia associadas à convalidação do aresto.

* Professor Emérito da Universidade Mackenzie, de cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional (São Paulo, 24/11/2006).

¹ A ementa está assim redigida:

“Identificação: Acórdão 1765/2003 – Plenário

Número Interno do Documento: AC-1765-46/03-P

Ementa: Representação formulada pelo Ministério Público junto ao TCU. Submissão da Ordem dos Advogados do Brasil à jurisdição do TCU. Conhecimento. Improcedência. Arquivamento.

O voto vencedor do Ministro Lincoln Magalhães da Rocha referiu-se ao fundamento maior de meu parecer, que reproduzo, por entender estar na essência das manifestações vencedoras dos Ministros da Suprema Corte:

45. Justificando, ainda, a solidez da decisão judicial levada a termo, permito-me incorporar neste voto trechos de manifestação do jurista Ives Gandra da Silva Martins, em prol da elucidação da matéria, *verbum ad verbum*:

“Cheguei, há muitos anos atrás, a vislumbrar na contribuição para a OAB natureza jurídica de tributo no interesse de categorias sociais, sem entretanto, ter-me pronunciado de forma definitiva. Hoje, já não tenho dúvidas que não tem natureza tributária, nem mesmo devendo ser imposta por lei, o que ocorreria se fosse uma contribuição, nos termos do art. 149 da CF.

O elemento que me levou a firmar posição neste sentido reside no aspecto de que se a entidade que exerce o controle da advocacia estivesse sujeita à definição do ‘quantum’ dos recursos fundamentais à sua manutenção por parte do próprio Estado (lei produzida pela Casa Legislativa e sancionada pelo Executivo), à nitidez sua autonomia deixaria de existir e ficaria atrelada à boa vontade do Poder que lhe cabe muitas vezes controlar.

(...)

Hoje, não mais tenho dúvidas que tal contribuição não tem natureza tributária, não estando entre as que o art. 149 se refere, ao cuidar das contribuições no interesse das categorias, como ocorre, por exemplo, com os Sindicatos patronais e dos trabalhadores, beneficiados pelas contribuições do ‘Sistema S’ nitidamente de natureza tributária, como já demonstrei em publicações diversas.”

46. Dessa forma, entendo que não merecem qualquer reparo as lições trazidas à colação, sendo lícito concluir pela desobrigação de o Conselho Federal e Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil apresentarem prestações de contas

Ante o exposto, entendendo que a preliminar suscitada pela OAB, relativamente ao impedimento para participar da votação, não alcança o Senhor Ministro Benjamin Zymler, endosso as conclusões de Sua Exa. quanto a esse aspecto, e, no mérito, com as escusas de praxe, associo-me às sugestões alvitadas pelo Revisor, eminente Ministro Ubiratan Aguiar, compreendendo que o Conselho Federal e os Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil não estão obrigados a prestar contas a este Tribunal em obediência à coisa julgada, representada pelo Acórdão prolatado pelo Tribunal Federal de Recursos em 25/05/1951, nos autos do Recurso de Mandado de Segurança 797 (*in* RDA 29/124-147) (*Site* TCU Internet).

a este Tribunal.

47. Consoante decisão de 14/04/2002, ao negar provimento a Recurso Especial, afirmou o Superior Tribunal de Justiça que a doutrina e jurisprudência entendem terem natureza tributária as contribuições para os conselhos profissionais, excepcionando-se somente a OAB, “por força de sua finalidade constitucional”.

48. Em seu Voto, acolhido por unanimidade, reproduziu a Ministra Eliana Calmon o entendimento do professor Marco Aurélio Greco, no sentido de que “a OAB tem uma posição diferenciada dentro do Sistema Constitucional (CF – art. 133), além de, em razão de sua autonomia e função, não ser um instrumento de atuação da União”³.

Outra não foi a linha dos eminentes Ministros da Suprema Corte.

O Ministro Carlos Britto, por exemplo, declara que:

O regime jurídico da OAB, na verdade, é tri-cotômico: começa com a Constituição, passa pela lei orgânica da OAB, Lei 8.906, e desemboca nesses provimentos endoadministrativos, endógenos ou da própria instituição.

Para terminar, faço um outro paralelo entre a OAB e a imprensa: a OAB desempenha um papel de representação da sociedade civil, histórica e culturalmente, que pode se assemelhar àquele papel típico da imprensa. É bom que a Ordem dos Advogados do Brasil permaneça absolutamente desatrelada do Poder Público. Longe de ser fiscalizada pelo Poder Público, ela deve fiscalizar com toda autonomia, com toda independência, o Poder Público, tal como faz a imprensa (p. 568/9)⁴.

O Ministro Ricardo Lewandovsky, por seu lado, começa lembrando que:

do ponto de vista histórico, a corporação dos advogados sempre foi uma corporação absolutamente independente, sem qualquer vínculo com o Estado. Isso remonta à Roma antiga, com os “*collegium*”, os “*togatorum*”, as “*ordo*” em que se reuniam os advogados em “*numerus clausus*” e definiam as regras de sua atuação” (p. 571)⁵,

e continua (p. 572):

³ Recurso Especial 273.674-RS/2000/0084577-9.

⁴ DJ29/09/2006, Ementário 2249-3.

⁵ DJ29/09/2006, Ementário 2249-3.

Então observando aqui, vejo, em primeiro lugar em um retrospecto histórico, a OAB jamais teve qualquer vínculo com a Administração Pública. Em segundo lugar: não está subordinada à Administração Pública a qualquer título, não recebe verbas públicas e também não gere patrimônio público⁶.

O Ministro Cesar Peluzo principia seu voto dizendo que (p. 528):

Sr. Presidente, há uma tendência óbvia na ciência do Direito e entre os seus aplicadores, também, de, diante de certas dificuldades conceituais, se recorrer às categorias existentes e já pensadas como se fossem escaninhos postos pela ciência, onde um fenômeno deva ser enquadrado forçosamente⁷,

para continuar:

Estou colocando a premissa da minha conclusão. Isso significa, para abreviar, que a instituição está sujeita a normas de direito público e, ao mesmo tempo, a normas de direito privado, independentemente de saber se é autarquia típica, se é autarquia especial. Isto não importa para se resolver o caso concreto, admitir que, perante o ordenamento jurídico, a OAB está sujeita, em alguns aspectos, a normas de direito público e, em outros, a normas de direito privado. A pergunta que fica é a seguinte: o regime de pessoal da Ordem está sujeito a regras de direito público? Os cargos são criados por lei? Há necessidade de lei para regular qualquer circunstância do regime jurídico de pessoal? A melhor resposta, a meu ver, é obviamente negativa e, se o é, isto é, se não se aplicam ao regime jurídico do pessoal da Ordem normas de direito público, ainda que tenham outras explicações, a mim me parece que a resposta à pergunta é que não há interpretação conforme no sentido do pedido, porque não se exige concurso público, pois o pessoal da ordem dos Advogados não está sujeito a normas de direito público (p. 529/530)⁸.

O Ministro Eros Grau esclarece em seu voto (p. 520):

Sr. Presidente, a exigência de concurso público alcança todas as entidades da Administração, seja as dotadas de personalidade de direito público, seja as de personalidade jurídica de direito privado. Entidade que não participa da Administração não fica sujeita, a meu ver, a concurso público. A Or-

dem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos, que também têm características semelhantes, não estão sujeitos a concurso público. Por medida de coerência, se entendêssemos que uma entidade que não participa da Administração deve ficar sujeita a concurso público, teríamos de impor essa exigência, exigência do concurso público, ao PT, ao PMDB, ao PSDB e assim por diante.

Não cabe a exigência em relação a entidade que, embora dotada de personalidade de direito público, não participa da Administração, não está sujeita a tutela administrativa⁹.

No julgamento, manifestaram-se os Ministros Carlos Mário Velloso, Nelson Jobim, Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence, Ellen Gracie, Marco Aurélio de Mello e Joaquim Barbosa. Foram claras as posições sobre o direito da OAB à independência e autonomia (Carlos Mário Velloso, Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence, Ellen Gracie), contrárias (Gilmar Mendes) ou moderadas (Joaquim Barbosa), este apenas no concernente à exigência de concurso público. É de se realçar o posicionamento nítido dos Ministros Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie no sentido de que, embora não obrigatória, a OAB poderia adotá-lo como caminho natural para a transparência da contratação de seus empregados (p. 594/595)¹⁰.

De qualquer forma, estes Ministros entenderam não haver qualquer imposição de natureza constitucional ou legal para que assim a OAB agisse.

Durante todo o amplo debate no Plenário, foi, repetidas vezes, realçado o aspecto mais relevante da entidade, qual seja, de defesa das instituições, consagrado no art. 44, I, de seu Estatuto:

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas (grifos meus).

Na mesma linha, no parecer que elaborei para o Conselho Federal, à época do debate no Tribunal de Contas da União, escrevi:

⁶ DJ 29/09/2006, Ementário 2249-3.

⁷ DJ 29/09/2006, Ementário 2249-3.

⁸ DJ 29/09/2006, Ementário 2249-3.

⁹ DJ 29/09/2006, Ementário 2249-3.

¹⁰ DJ 29/09/2006, Ementário 2249-3.

Não há Poder Judiciário, sem as instituições que provocam a sua atuação. Não há Poder Judiciário, sem Ministério Público e Advocacia.

O Ministério Público é essencial à lei e à cidadania, sendo seus integrantes os defensores naturais e institucionais da Ordem Legal e dos cidadãos.

A Advocacia, em suas três vertentes (Advocacia Pública, Advocacia e Defensoria Pública), está na mesma linha, embora sua atuação principal seja em defesa de interesses e direitos concretos de seus representados. Uma conseqüência natural de seu “*munus*” é a defesa da lei e da cidadania.

Não sem razão, entre os legitimados para defesa da Ordem Jurídica, em Controle Concentrado, ao lado do Procurador-Geral da República, encontra-se o presidente do Conselho Federal da OAB.

A Advocacia pode ser pública e, à evidência, nesse caso está sujeita ao controle do Tribunal de Contas da União, como departamento governamental, ostentando o Advogado-Geral da União o título de Ministro de Estado. E pode ser mantida pelo Estado para defender os necessitados e insuficientes, através das Defensorias Públicas, também, entidades estatais, sujeitas ao controle do Tribunal de Contas da União ou dos Estados.

A Advocacia privada, todavia, está fora da Administração e do controle governamental. É exercida pela sociedade, para a sociedade e em defesa da sociedade, grande parte das vezes contra as tendências — mesmo em regimes democráticos — totalitárias do Estado ou daqueles que o empalmam, a justificar a definição de Helmut Kuhn, no seu livro “El Estado” (Ed. RIALP), de que o “Estado é uma mera estrutura de poder”.

A entidade que controla todos os advogados é instituída por lei, com personalidade *sui generis*, pois, se a advocacia é uma função essencial à Justiça e de proteção da sociedade, a entidade que a controla não pode estar sujeita, nem subordinada ao Poder, tendo plena independência e autonomia financeira, visto que é exclusivamente mantida pelos advogados. É de se lembrar que, muitas vezes, tem-se transformado na única voz do povo, como ocorreu no regime de exceção de 1968 a 1977, quando houve censura de imprensa e a sociedade só se manifestava contra o Estado, através da OAB.

Tal entidade não se enquadra, em nenhum aspecto, nos pontos mencionados no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal ou nas hipóteses de fiscalização do artigo seguinte. Controla uma função essencial à administração da Justiça, mas, ao contrário do Ministério Público, da Advocacia-Geral da União e da Defensoria Pública da União — as duas últimas departamentos do Estado e a primeira instituição mantida pelo Estado —, a

OAB é independente, autônoma e exclusivamente mantida por seus associados, com contribuições democraticamente definidas por seus representantes eleitos livremente pela classe (p. 19/23) ¹¹.

A transcrição das referidas peças, neste trabalho, objetiva mostrar como, com nitidez e pertinência, tanto a Suprema Corte, como o Tribunal de Contas, nos moldes do que já haviam feito o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Federal de Recursos, não vislumbraram qualquer dependência da OAB às regras da Administração Pública, por ocupar, como o eminente relator Eros Grau afirmou (na ementa), uma *categoria ímpar* entre as entidades jurídicas existentes no direito brasileiro.

E a decisão da Suprema Corte definindo o perfil jurídico da OAB, à luz da Constituição, deixando de submetê-la ao regime jurídico das estruturas de direito público, inclusive no tocante à contratação e definição de indenizações, revelou a verdadeira natureza jurídica da instituição, no sistema jurídico nacional¹².

¹¹ Revista Forum Administrativo, ano I, n. 5, julho/2001, p. 598/9.

¹² Na mesma linha, leia-se o parecer do Ministro Rafael Mayer: “A análise feita ao longo do parecer contém as premissas que permitem induzir as respostas aos quesitos enunciados pela ilustrada Consulente, definidas nas proposições a seguir:

1) Do próprio texto legal se tem que as funções da OAB não se cingem à fiscalização do exercício profissional, pois outras, igualmente relevantes, e até eminentes, compõem a sua finalidade institucional, como se vê dos incisos I e II do art. 44 da Lei 8.906/1994.

2) A destinação, pela OAB/DF, de 40% de sua receita para a CAA/DF, atende ao princípio da legalidade, pois resulta de imposição do art. 62, § 5º, da Lei 8.906/1994, e esta norma, por sua vez, não vai de encontro a texto constitucional, supostamente o que veda a vinculação de receita de impostos (art. 167, IV), eis que se trata de despesa decorrente de seu orçamento próprio, inerente à sua autonomia institucional.

3) Sendo a CAA um dos órgãos da OAB, a destinação de receita de um a outro se conforma, plenamente, à previsão legal, inserida no Estatuto, e se comporta de acordo com o sistema federativo da OAB, em que os vários órgãos são vinculados e interdependentes.

4) Embora as anuidades da OAB sejam exações obrigatórias para os advogados inscritos, elas não assumem o caráter de tributo, em qualquer das espécies, constitucionalmente previstas, o que ademais está decidido em coisa soberanamente julgada, na qual a OAB foi parte, não havendo, pois, considerar-se a Lei 8.906/1994, no ponto em que dispõe sobre a competência dos Conselhos Seccionais para fixá-las e cobrá-las, passível do vício de inconstitucionalidade formal, pelo fato de não ter cabido a iniciativa da lei ao Presidente da República.

5) Não há colisão infraconstitucional entre as normas específicas de assistência social — e as normas gerais de previdência e assistência, haja vista as normas supralegais sobre conflito de leis.

Por força da jurisprudência dominante antes da EC 45/2004 e, agora, por expressa enunciação da lei suprema, as decisões da Suprema Corte, no controle concentrado de constitucionalidade, têm efeito vinculante e devem ser seguidas pelos demais tribunais e juízos monocráticos¹³.

Pouco há a acrescentar aos exaustivos debates travados, tanto na Suprema Corte, como no Tribunal de Contas da União.

A própria ementa da ADIn 3026 expõe, com meridiana clareza, todos os aspectos decididos¹⁴.

6) Conclusivamente, a cobrança da anuidade e seus respectivos repasses à CAA/DF, pela OAB/DF, são constitucionais porque inteiramente conformes ao princípio da legalidade” (em voto a que o parecerista teve acesso).

¹³O § 2º do art. 102 da lei suprema passou a ter, pela redação da EC 45/2004, a seguinte dicção: “§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional 45, de 2004)”. Gilmar Mendes, todavia, ao comentar o art. 28 da Lei 9868/1999, como se segue: “A Emenda Constitucional 3, promulgada em 16/03/1993, que, no que diz respeito à ação declaratória de constitucionalidade, inspirou-se direta e imediatamente na Emenda Roberto Campos, consagra que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo” (art. 102, § 2º).

Embora o texto aprovado revele algumas deficiências técnicas, não parece subsistir dúvida de que também o legislador constituinte, tal como fizera a Emenda Roberto Campos, procurou distinguir a eficácia “*erga omnes*” (eficácia contra todos) do efeito vinculante, pelo menos no que concerne à ação declaratória de constitucionalidade.

A Lei 9.868, por sua vez, em seu art. 28, parágrafo único, trouxe afinal um tratamento uniforme e coerente à matéria, prevendo que as declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal” (Controle concentrado de Constitucionalidade, Ed. Saraiva, 2ª. ed., 2005, p. 543).

¹⁴“ADI 3026 / DF – Distrito Federal

Ação Direta de Inconstitucionalidade

Relator(a): Min. Eros Grau

Julgamento: 08/06/2006 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ 29/09/2006 PP-00031

EMENT VOL-02249-03 PP-00478

Parte(s)

Requerente: Procurador-Geral da República

Requerido: Presidente da República

Advogado: Advogado-Geral da União

Requerido: Congresso Nacional

Intimado: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

Advogado: Luiz Carlos Lopes Madeira

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. § 1º do art. 79 da lei 8.906, 2ª parte. “servidores” da ordem dos advogados do Brasil. Preceito que possibilita a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha do regime jurídico no momento da aposentadoria. Indenização. Imposição dos ditames inerentes à administração pública direta e indireta. Concurso público (art. 37, II, da Constituição do Brasil). Inexistência de concurso público para a admissão dos contratados pela OAB. Autarquias especiais e agências. Caráter jurídico da OAB. Entidade prestadora de serviço público independente. Categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. Autonomia e independência da entidade. Princípio da moralidade. Violação do art. 37, *caput*, da Constituição do Brasil. Não ocorrência. 1. A Lei 8.906, art. 79, § 1º, possibilitou aos “servidores” da OAB, cujo regime outrora era estatutário, a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha: indenização a ser paga à época da aposentadoria. 2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. 3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como “autarquias especiais” para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas “agências”. 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça (art. 133 da CB/1988). É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. 7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênera dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional. 8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente. 9. Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o art. 37, II, da Constituição do Brasil ao *caput* do art. 79 da Lei 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB. 10. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB. 11. Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade. 12. Julgo improcedente o pedido.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do STF, em sessão plenária, sob a presidência da Min. Ellen Gracie, na conformidade da ata do julga-

Não vejo dúvidas maiores na clara concepção de que a OAB representa categoria ímpar entre as personalidades jurídicas do Brasil.

Lembro-me de debate que presidi, em Brasília, entre os Senadores Roberto Campos, Elcio Alves e o Deputado Eduardo Magalhães, nos alvares da Constituição, em Seminário realizado por instituição brasileira.

Na ocasião, o saudoso Senador Roberto Campos — uma das mais fulgurantes inteligências da história do Brasil e a quem devo, pessoalmente, meu lançamento no mundo editorial, com o prefácio que elaborou para meu primeiro livro *Desenvolvimento Econômico e Segurança Nacional – Teoria do Limite Crítico*, no qual buscava eu estabelecer um equilíbrio entre as despesas militares necessárias, de um lado, e o desenvolvimento econômico, de outro, tendo Roberto encerrado o prefácio com seu senso de humor característico e declarado que “conhecer os fatos é a melhor forma de evitar-se a fatalidade” —, criticou acerbamente os privilégios que a classe dos advogados obtivera, mediante “lobby”, junto à Constituinte, ao ter — o que nenhuma outra profissão obtivera — regulação no patamar da Carta Magna (arts. 93, 129, § 3º, 132, 133, 103, 103-B, 130-A, § 4º).

O Ministro Carlos Britto lembra, no citado acórdão, que o constituinte fez três menções à OAB, cinco ao Conselho Federal e quatorze vezes a advogado¹⁵.

Apesar de presidir a sessão, fiz questão de interromper o saudoso amigo e lembrar-lhe que, sem a advocacia, não haveria o Poder Judiciário, um dos Três Poderes; que ele, pessoalmente, fazia parte de um dos Três Poderes, ao qual a lei maior dedicara tratamento especial, independente de “lobbies”, pois ao Legislativo a Constituinte dedicou os arts. 44 a 69 da lei, além de outros, inseridos no título IV e demais; que o Poder Executivo mereceu os arts. 76 a 91, além de outros; que o Poder Judiciário fora tratado nos arts. 92 a 126, além de outros. E o Ministério Público teve seu regime jurídico enunciado nos arts. 127 a 132, além de outros. Enfatizei que a advocacia, apesar de função essencial à administração da Justiça, fora a menos aquinhoad

mento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, julgar improcedente o pedido.

Brasília, 08/06/2006. Eros Grau – Relator” (DJ 29/09/2006, Ementário 2249-3, Tribunal Pleno).

¹⁵ DJ 29/09/2006, Ementário 2249-3.

com disposições constitucionais de preservação de seu relevante serviço de defender a sociedade, o que hoje, claramente, fica realçado pelo art. 44, I, retrocitado¹⁶.

O Senador Elcio Álvares, também advogado, e o saudoso deputado Eduardo Magalhães apoiaram minha manifestação de defesa da classe dos advogados. O Senador Roberto Campos, então, com fleuma inglesa e bom senso brasileiro, disse com olímpica tranqüilidade, após os contundentes ataques, que esquecessem suas observações e que passava a tratar do tema específico que lhe fora dado apresentar.

Tal debate, a que já outras vezes fiz referência, trago, nestas breves considerações sobre o acórdão do Pretório Excelso, para mostrar a absoluta relevância e a importância inequívoca que a classe dos advogados e seu órgão representativo — cujos dirigentes são livremente eleitos para conduzir e fiscalizar o exercício profissional — exerce também para a defesa das instituições.

No referido debate, o Senador Elcio Álvares, advogado, lembrou que qualquer dos componentes dos Três Poderes, inclusive os membros do *Parquet*, se, um dia, fossem acusados e tivessem que se defender em juízo, necessitariam da independência, da autonomia e dos préstimos de um advogado para fazê-lo, inclusive S. Exa., o Presidente da República.

¹⁶ Transcrevo trecho do Decálogo do Advogado, que elaborei na década de 80 para meus alunos da Universidade Mackenzie:

“1. O Direito é a mais universal das aspirações humanas, pois sem ele não há organização social. O advogado é seu primeiro intérprete. Se não considerares a tua como a mais nobre profissão sobre a terra, abandona-a porque não és advogado.

2. O direito abstrato apenas ganha vida quando praticado. E os momentos mais dramáticos de sua realização ocorrem no aconselhamento às dúvidas, que suscita, ou no litígio dos problemas, que provoca. O advogado é o deflagrador das soluções. Sé conciliador, sem transigência de princípios, e batalhador, sem tréguas, nem leviandade. Qualquer questão encerra-se apenas quando transitada em julgado e, até que isto ocorra, o constituinte espera de seu procurador dedicação sem limites e fronteiras.

3. Nenhum país é livre sem advogados livres. Considera tua liberdade de opinião e a independência de julgamento os maiores valores do exercício profissional, para que não te submetas à força dos poderosos e do poder ou desprezes os fracos e insuficientes. O advogado deve ter o espírito do legendário *El Cid*, capaz de humilhar reis e dar de beber a leprosos.

4. Sem o Poder Judiciário não há Justiça. Respeita teus julgadores como desejas que teus julgadores te respeitem. Só assim, em ambiente nobre e altaneiro, as disputas judiciais revelam, em seu instante conflitual, a grandeza do Direito.

.....”

Tais aspectos, que trago — nesta fase da vida em que, se tivesse trabalhado no serviço público, talvez seguisse a sinalização da bem-humorada observação do Ministro Pertence, para furtar-se a responder a jornalistas sobre suas pretensões de ocupar, no futuro, cargo no Executivo, ou seja, voltar a freqüentar novamente as “matinéés”, pois já estaria aposentado compulsoriamente — lembram um pouco da história e dos primórdios daqueles que elaboraram a Constituição e são relevantes para que se perceba a particular importância que se deu à mais independente de todas as instituições para a defesa da democracia e do Estado de Direito¹⁷.

Estou convencido de que, exatamente por força desta independência e desta autonomia, a Ordem dos Advogados não poderia jamais — como, com fantástico rigor científico a Suprema Corte reconheceu — estar submetida a qualquer poder, a fiscalização externa, a qualquer controle, visto que é instituição fiscalizadora das instituições e passaria a correr o risco de ser controlada e manietada, restringindo a sua função maior perante a sociedade. Como sempre disse, a defesa das instituições ultrapassa a própria representação dos clientes de que os advogados são conselheiros ou patronos, como bem ficou demonstrado à época em que a imprensa era obrigada a calar-se, pela censura prévia e a OAB transformou-se no pulmão da sociedade, no regime de exceção de 69 a 71.

A Ordem tem esta função maior, portanto, como representante do povo, de preservar e defender as instituições, mais do que qualquer outra, visto que as demais, por mais relevantes que sejam as suas funções, estão subordinadas a rígidas normas da Administração, podendo sofrer as limitações próprias e necessárias, muitas vezes, determinadas pelos controles internos e externos das Cortes de Contas¹⁸.

¹⁷ *Folha de São Paulo*, 1º Caderno, dia 16/11/2006.

¹⁸ O art. 70, parágrafo único, da CF, está assim redigido: “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998).”, lembrando que a OAB não se enquadra em nenhuma das hipóteses do referido controle autorizado pela lei maior.

Não, a OAB!

Sempre disse que o que caracteriza a essência do Estado Democrático de Direito é o direito de defesa. Onde este está assegurado, a democracia e a ordem jurídica asseguradas estão. Onde há cerceamento ao direito de defesa, o Estado pode ser de Direito, mas não será Democrático de Direito, visto que os detentores do poder terminam por definir as regras e impor as suas soluções, como aconteceu nos regimes de Hitler, Mussolini, Stalin, Fidel Castro e Pinochet¹⁹.

O direito de defesa é um bem superior da democracia e este só estará assegurado com advogados livres, capazes, como reconheceu o Supremo Tribunal Federal, de lutar, à exaustão, pelo mais importante dos direitos outorgados ao ser humano, num estado organizado, depois da vida, que é a liberdade. Só há liberdade efetiva se estiver armada pelo direito de defesa e o direito de defesa só pode ser completamente exercido se houver advogados livres e a instituição que os representa independente e autônoma²⁰.

Irretocável, portanto, a clara decisão da Suprema Corte.

¹⁹ Celso Ribeiro Bastos lembra que: “A ampla defesa só estará plenamente assegurada quando uma verdade tiver iguais possibilidades de convencimento do magistrado, quer seja ela alegada pelo autor, quer pelo réu.

Às alegações, argumentos e provas trazidos pelo autor é necessário que corresponda igual possibilidade de geração de tais elementos por parte do réu.

Há que haver um esforço constante no sentido de superar as desigualdades formais em sacrifício da geração de uma igualdade real.

O contraditório, por sua vez, insere-se na ampla defesa. Quase que com ela se confunde integralmente, na medida em que uma defesa hoje em dia não pode ser senão contraditória. O contraditório é, pois, a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. Daí o caráter dialético do processo, que caminha através de contradições a serem finalmente superadas pela atividade sintetizadora do juiz.

É por isso que o contraditório não se pode limitar ao oferecimento de oportunidade para produção de provas.

É preciso que ele mesmo avalie se a quantidade de defesa produzida foi satisfatória para a formação do seu convencimento.

Portanto, a ampla defesa não é aquela que é satisfatória segundo os critérios do réu, mas sim aquela que satisfaz a exigência do juízo” (Comentários à Constituição do Brasil, 2º vol., Ed. Saraiva, 3. ed., 2004, São Paulo, p. 288/9).

²⁰ O art. 5º, LV, da CF, está assim redigido: “LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados *em geral* são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (grifos meus).

O julgamento de Orestes na *Orestia* de Ésquilo

Filomena Yoshie Hirata*

Em 458 a.C., Ésquilo apresenta ao público ateniense, no teatro de Dioniso, a trilogia intitulada *Orestia*, composta pelas tragédias *Agamenão*, *Coéforas* e *Eumênides*¹. Das peças do teatro grego que chegaram até nossos dias, estas três são as únicas que constituem uma trilogia e, o mais importante, uma trilogia que gira em torno do mesmo assunto: o mito dos Atridas.

Na primeira tragédia, *Agamenão*, Ésquilo põe em cena a volta de Agamenão, chefe vitorioso de todos os gregos na guerra de Tróia, para Argos e, em seguida, a sua morte, assassinado traiçoeiramente pela mulher Clitemnestra e seu amante e cúmplice Egisto. Na segunda, *Coéforas*², o poeta se detém no retorno, alguns anos mais tarde, de Orestes, filho de Agamenão e de Clitemnestra, com o objetivo de vingar a morte do pai, matando a própria mãe. Na terceira peça, *Eumênides*, Orestes, perseguido pelas Erínias, divindades vingadoras e perseguidoras dos que fazem correr o sangue familiar, chega a Atenas, onde será julgado por seu crime num tribunal, fazendo, assim, cessar a cadeia de crimes. Sim, cadeia de crimes. A família (*génos*) dos Atridas é conhecida na tradição mitológica grega como uma família marcada pela maldição, pela impreciação (*ará*) que recua num tempo bem anterior ao de Agamenão. Na geração imediatamente anterior, o próprio pai de Agamenão, Atreu, cujo nome se perpetua na linhagem, Atridas, é o responsável pelo terrível banquete oferecido ao irmão Tiestes, porque este comete adultério com sua mulher Érope. No banquete, Atreu oferece ao irmão e este come, sem saber, a carne de seus próprios filhos.

Na primeira peça da trilogia, dois crimes são evocados pelo coro de velhos, no párodo (v. 40-257), antes

mesmo da entrada do rei vitorioso em cena. Oportuno esse coro de velhos que, por causa da idade, não podem guerrear e permanecem no palácio, mas, justamente por serem velhos, conhecem a história do palácio, relembram os acontecimentos que os mais jovens podem desconhecer. O coro de velhos é onisciente. Em seu canto, lembra de dois crimes que ocorreram há dez anos, que antecederam a guerra de Tróia, mas estão diretamente ligados a ela. O primeiro diz respeito ao crime de hospitalidade de Páris. Recebido como hóspede por Menelau em Esparta, ele parte levando consigo sua bela esposa, Helena. Este é o princípio de tudo. Zeus, protetor da hospitalidade (*xénios*), não permitindo que tal crime fique impune, conduz Agamenão, Menelau e o exército que eles reúnem às portas de Tróia.

Em seguida há o sacrifício de Ifigênia. O coro evoca dramaticamente a maneira pela qual a jovem é arrastada pelos soldados e levada ao altar de sacrifício. O canto coral toca na ferida. O rei voltou vitorioso da guerra, mas esta lhe custara um grande sacrifício. A morte de Ifigênia expõe um delicado momento de decisão, se é que se pode falar em decisão. É o pai Agamenão que se encontra em situação aporética. De um lado, ele não quer sacrificar a filha. De outro, ele não pode desistir da guerra. O exército grego está reunido em Áulis, ansioso por guerrear, e não pode partir para Tróia porque os ventos são adversos. E para que os ventos favoráveis soprem, é preciso que Ifigênia seja sacrificada. Trata-se de uma exigência divina. Agamenão sente o peso da necessidade (*Anánke*). Quando ele opta pela morte da filha, não se pode dizer que ele o faz por uma escolha livre (*prohaíresis*); de fato, ele sucumbe a uma força superior, a uma coerção que é mais forte do que ele, enfim, ele se dobra ao jugo do destino³.

No fim do drama, Agamenão é assassinado por Clitemnestra. Tudo ocorre como tinha sido planejado

* Professora de Língua e Literatura Grega da Universidade de São Paulo e integrante do grupo de Grego *on line* da Cogea – PUC – SP

¹ Textos: *Eschyle. Agamemnon, Les Choéphores, Les Euménides*, texte établi et traduit par Jean Mazon, Société d'Édition "Les Belles Lettres", Paris, 1965 e *Aeschylus. Eumenides*, edited by Alan H. Sommerstein, Cambridge University Press, 1989. As traduções citadas são de minha autoria.

² *Coéforas* significa portadoras de libação e refere-se ao coro de mulheres que acompanham Electra para celebrar ritos fúnebres no túmulo de Agamenão.

³ Sobre esta questão, ver J. P. Vernant, "Tensões e ambigüidade na tragédia grega" in J. P. Vernant e P. Vidal-Naquet, *Mito e Tragédia na Grécia Antiga*, tradução de Anna Lia Almeida Prado, Filomena Y. Hirata e Maria Conceição Cavalcante, 2ª edição, Editora Brasiliense (2000), São Paulo, p. 19-40; A. Rivier, "Remarques sur le nécessaire et la nécessité chez Eschyle", *Revue des Études Grecques*, 81, 1968, p. 5-39.

pelos usurpadores do trono, como tinha sido previsto por Cassandra em seu delírio e, de certa forma, presenciado pelo coro. No entanto, isso não impede que este fique estarecido com os crimes e interrogue Clitemnestra que, friamente, justifica seu ato como uma vingança acalentada durante anos pela morte de sua filha Ifigênia. Mais ainda, nesse momento, ela se vangloria da bela obra que realizou com suas próprias mãos, mas atribui a paternidade dela à *Dike*, à Erinia, à *Áte*, das quais ela foi apenas o instrumento. Muito mais do que uma simples mortal, mulher de Agamenão golpeado, ela proclama-se o gênio vingador da família dos Atridas.

O rei legítimo é morto traiçoeiramente e Argos continuar sob o reinado ilegítimo dos tiranos Clitemnestra Egisto. A luz que Agamenão representava na sua volta a casa apaga-se definitivamente⁴.

A segunda peça da trilogia, *Coéforas*, inicia-se com o retorno de Orestes, após longo exílio, à casa paterna, com o intuito de realizar a vingança e retomar o trono, restaurando a legítima dinastia dos Atridas. Assim como a mãe durante longos anos acalentara a vingança à morte da filha, Ifigênia, assim também Orestes durante anos acalentou a vingança à morte do pai. A diferença entre os dois crimes reside no fato de Clitemnestra não ter vínculo de sangue com Agamenão; são marido e mulher. Mas Orestes é filho de Clitemnestra, tem o sangue dela correndo em suas veias. Se este sentimento não o tinha invadido antes, enquanto arquitetava seu plano, no instante mesmo do assassinato, ele aflora.

Diante da mãe que lhe mostra o seio que o amamentou e ao lado do amigo que o acompanha, ambos representando fisicamente a encruzilhada em que se encontra, Orestes pergunta: “Pilades, que fazer? Posso matar a minha mãe?” (v. 899). Não se trata aqui de uma indecisão ou dúvida. Está-se além dessa questão. Há muito Orestes se preparou para este momento. Na verdade a pergunta poderia ser considerada retórica ou dramática, mas ela abre um leque de considerações que devem ser levadas em conta e que se referem ao ato de matar em si. E a mais forte diz respeito ao compromisso da vingança à morte do pai com a obediência às profecias emitidas pelo oráculo de Apolo. Além disso, segundo as normas das famílias, nessa época em que o Direito não estava estabelecido e a justiça se concentra-

va nas mãos das linhagens, isto é, era privada e não pública, Orestes, na qualidade de parente mais próximo da vítima, tinha a incumbência de vingar a vítima. No entanto, por uma ironia trágica, Orestes é filho daquela que deve matar, o que acarreta um outro problema. Ele seria perseguido pelas Erinias, divindades antigas, representantes de uma justiça (*Dike*) primordial, anterior ao estado de Direito e à fundação do tribunal, e que são representadas como mulheres velhas aterrorizantes, vestidas de negro, enlaçadas por serpentes, olhos sangrentos, que perseguem incansavelmente aquele que fizesse correr o sangue familiar. A situação de Orestes, portanto, é aporética, semelhante à do pai Agamenão no momento em que deve sacrificar Ifigênia, pois nem pode matar a mãe como também não pode deixar de vingar o pai; encontrando-se entre duas normas que se chocam. O trágico reside justamente na aporia: Orestes é inocente e culpado, seu crime é justo e monstruoso ao mesmo tempo. Dessa forma, no instante em que mata Clitemnestra, ele antes sucumbe a uma necessidade do que realiza um ato de livre escolha, e segue o lado do pai, do masculino, dos Atridas, apoiado por Apolo.

Mortos Egisto e Clitemnestra, considerados dois tiranos, o coro canta: “Enfim, pode-se ver a luz” (v. 961), porque acredita que a liberdade e o legítimo voltam a reinar no palácio. No entanto, não é o que se passa, a vingança não o legitima, pois, no fim de *Coéforas*, quando Orestes aparece para justificar seu ato, então, a noite se faz dia, a idéia do crime se torna clara e ele percebe que seus pensamentos se desviam para fora do rumo, ao mesmo tempo em que começa a perceber as Erinias e o pavor apodera-se dele até o delírio. Se, no final d’*As Coéforas*, Orestes é o único que vê e é perseguido pelas Erinias, é porque ele se pôs na situação de vê-las, de fazê-las aparecer, e se o coro explica tal perturbação como consequência do assassinato recente, do sangue ainda fresco em suas mãos, e o aconselha a ir purificar-se no santuário de Apolo, é porque considera esses ataques das Erinias um tipo de desordem psicológica ligada ao horror do crime⁵.

A luz não domina ainda Argos. Morte, vingança, loucura antecedem a restauração da dinastia dos Atridas e a ascensão ao trono por parte de Orestes, o soberano legítimo, enfim, “a luz”.

⁴ Ele vem trazendo a luz na noite”, diz o coro no v. 522.

⁵ J. de Romilly, *La crainte et l'angoisse dans le théâtre d'Eschyle*, Société D'Édition Les Belles Lettres”, Paris, 1971, p. 94.

Em *Eumênides*, terceira parte da trilogia, o delírio leva Orestes a Delfos, onde se certifica da fidelidade de Apolo que se responsabiliza pelo matricídio diante das Erínias (v. 203) e o purifica com o ritual do sangue do porco, para que a poluição matricida (*metroktónon míasma*, v. 281), lavada, se afaste dele e não contamine os outros⁶. Nesta tragédia, as Erínias, antes, em *Coéforas*, alucinação mental de Orestes, aqui se materializam, tornam-se verdadeiras divindades que, incansáveis, vão lutar contra o matricídio ditado por Apolo.

As Erínias não se conformam com a purificação celebrada por Apolo, pois Orestes fez correr o sangue materno. Por outro lado, Apolo não aceita que as Erínias persigam apenas Orestes, deixando impune Clitemnestra. Desta luta entre os deuses antigos e os novos, o que se constata é que as Erínias não distinguem entre o criminoso e o culpado, mas cumprem a tarefa que lhes foi destinada há muito tempo. Trata-se de uma *dike* primitiva, o que torna o argumento sólido, pois tradição e antigüidade têm peso. Apolo, por sua vez, tem uma posição ambígua: protegendo Orestes, porque é seu suplicante e seguiu seu oráculo, mostra-se partidário da lei do talião — o parente mais próximo da vítima vinga a vítima — mas está também reivindicando uma mudança, ou seja, que todo crime seja punido. O período é de transição: Apolo questiona a ordem antiga, mas não lhe cabe construir a nova⁷. Não havendo acordo, porque Orestes não resolve seu crime em relação a sua mãe, não há como reter a ação das Erínias e Apolo, nada podendo fazer, aconselha a Orestes partir para um exílio voluntário, guiado por Hermes, para terminar a purificação. Trata-se de uma prática comum em Atenas do século V para autores de crimes involuntários⁸.

Depois de algum tempo Orestes chega a Atenas. No exílio, passando por muitos lugares, o sangue desaparece de suas mãos, gasto no contato com outros homens. O tempo apaga tudo. Segundo Apolo, Palas Atena com palavras certas julgará os direitos de ambas as partes e, de fato, com deferência, a deusa ouve a exposição dos argumentos de ambas as partes em prol da

justiça de sua causa, mas, no final, não sabe que posição tomar. A postura assumida pelas Erínias não é justa, é unilateral, porque diz respeito apenas à consangüinidade, mas exatamente por isso sua argumentação é mais objetiva e coerente. Já, Orestes, enquanto réu, consegue manter a sua força interior, à medida que é sustentado por Apolo. Sabe que fez justiça à memória do pai Agamenão que, prestigiado pelo cetro, pela vitória em Tróia, teve a morte mais indigna que um mortal poderia ter, abatido pela mulher, traiçoeiramente, preso numa rede, numa banheira. Morte vergonhosa sem qualquer resquício de heroísmo. Para Atena, portanto, qualquer decisão terá conseqüência desastrosa. Cabe-lhe uma árdua tarefa e como uma personagem trágica ela se sente impotente, numa *amekhanía* (v. 481). “Que fazer?”, ela poderia perguntar-se. Como não há solução do impasse, ela institui o conselho de juízes (*dikastón bouleutérion*, v. 684) que, por meio de seus representantes humanos, juízes escolhidos da *pólis*, se incumbirá do julgamento. Ela instala o conselho sobre o rochedo de Ares, onde outrora as Amazonas, enfurecidas contra Teseu, se instalaram e sacrificaram a Ares; donde o nome Areópago⁹.

É a primeira vez que um julgamento ocupa a cena trágica o que dá, sem dúvida, uma nova dimensão ao drama, à medida que Ésquilo expõe no seu julgamento mítico, regido pelos deuses, suas intenções políticas em relação à *pólis*, a Atenas. Como seria a representação desta cena de julgamento, única em todo teatro grego? Respeitando os limites de uma encenação, certamente o teatro deveria imitar o tribunal, havendo espaços defi-

⁶ Sobre Apolo e Orestes, R. P. Winnington – Ingram, *Studies in Aeschylus*, Cambridge, 1983, p. 132-153.

⁷ G. Thomsom, *Aeschylus and Athens*, Lawrence and Wishart, London, 1950, p. 245-297.

⁸ Cf. P. Mazon, *Notice, Les Euménides*, Societé D'Édition Les Belles Lettres, Paris, 1965, p. 126, nota 2.

⁹ Atena funda o conselho do Areópago, no momento em que, no século V a.C., o tribunal perde sua função política. Na verdade o conselho foi fundado no século VII a.C. e foi uma das mais sólidas instituições aristocráticas que Atenas teve. Tinha amplo poder político e administrava grande parte dos negócios mais importantes da cidade. Com Sólon, o Areópago perde um pouco de suas funções, com a instituição do conselho dos Quatrocentos. De qualquer forma, é possível dizer que Sólon preservou as atividades do conselho que passa sem problemas pela tirania de Pisístrato e seus filhos e também pelas reformas de Clístenes. Mesmo com o conselho dos Quinhentos e as assembleias públicas, o Areópago continuava mantendo seu prestígio. Mas, por volta de 460 a.C., com o regime democrático bem estabelecido, ele constituía uma anomalia com seus membros aristocráticos importantes e muito poder. Assim, em 462, Efiltes lança um ataque decisivo contra o Areópago, privando-o de decisões relevantes relativas à vida política e deixando-o apenas com julgamentos de crimes de assassinato, envenenamento e lesão corporal. Esta seria, em *Eumênides*, a reivindicação de Ésquilo: a manutenção de ao menos este privilégio ao tribunal. Mais informações sobre o Areópago, ver *Introduction* de Sommerstein, in *Aeschylus. Eumenides*, p. 13-17.

nidos para o réu, o juiz e o acusador. No centro, deveria ficar Atena, sentada, no papel correspondente hoje ao do juiz que vai conduzir os trabalhos. De um lado, num plano oposto às Erínias, deveria ficar Orestes e perto Apolo, que chega inesperadamente (como também sai) para defender (*xyndikéson*, v. 579) e ser testemunha (*martyrésou*, v. 576) de Orestes; de outro lado, no espaço da orquestra, mas opondo-se a Orestes ficariam as Erínias. Em algum lugar da representação, deveriam ficar sentados os juizes que se levantariam apenas no momento de votar; deveria também compor o cenário uma mesa sobre a qual ficaria a urna dos votos¹⁰.

Iniciando o processo (*diken*, v. 582), Atena passa a palavra ao acusador (*ho diókon*, v. 583), que esclarece os fatos não através de um discurso de acusação, mas através de perguntas rápidas: Orestes matou a mãe? Como? E por quê? Isto significa que os juizes irão considerar não apenas o ato, mas as circunstâncias e o motivo. Nas respostas, o réu não nega que matou a mãe, com um golpe de espada no pescoço, seguindo a ordem do oráculo de Apolo. Em seguida, acusa Clitemnestra de ter cometido dupla poluição (*miásmata*, v. 600), pois assassinando o marido, assassinou seu pai. As Erínias respondem que ela pagou com a vida o seu crime, mas que ele, Orestes, continua vivo. Este contesta dizendo que, em vida, ela não foi perseguida, ao que as Erínias, com firmeza, retrucam com a ausência de consangüinidade no ato de Clitemnestra. E Orestes, que foi gerado e amamentado pela mãe, nega o sangue materno?

Em dúvida sobre a qualificação do ato cometido, Orestes pede ajuda a Apolo e o deus responde que o crime foi cometido com justiça (*dikaíos*, v. 615), pois, profeta, ele não mentiria e de seu trono divinatório ele jamais emitiu um oráculo que não fosse uma ordem de Zeus e nada poderia prevalecer sobre ela. A menção a Zeus poderia representar o fim do debate, porém as incansáveis Erínias ainda continuam, lembrando que Zeus pouca importância deu ao pai Crono, no dia em que o acorrentou. E Apolo, indignado, lembra que Zeus também sabe livrar dos entraves aqueles que ata¹¹, porém o sangue derramado não se recupera; e com isso concordam as Erínias, dizendo que esta é a verdadeira ofensa de que Orestes é culpado. Há ainda um último argumento de Apolo: não é a mãe que engendra o fi-

lho, mas o pai que a fecunda. A mãe apenas preserva e alimenta o embrião¹². E a prova mais evidente disso, segundo Apolo, é a deusa Atena, ali presente, que não teve mãe e não foi alimentada no seio materno. O argumento de Apolo é antinatural: como sustentar o insustentável, negar o elo entre a mãe e o filho? A posição de Apolo é solidária à instituição: defende que o casamento é uma pedra angular da sociedade, que a ligação por contrato é tão poderosa quanto a natural e por isso o assassinato de Agamenão é tão grave quanto o de Clitemnestra¹³.

Encerrado o debate, Atena pede que os juizes se levantem, coloquem os votos na urna e façam justiça, respeitando o juramento. Isto deveria ocorrer em cena diante dos espectadores e nós acompanhamos o que se passa pelas indicações do texto. Em seguida, ela vota abertamente explicando:

Juntarei meu voto àqueles que vão para Orestes:
Pois não há nenhuma mãe que me gerou,
O masculino — exceto o casamento —
Louvo de todo coração, sem reservas sou pelo pai.
(v. 735-8)

E, na seqüência, ainda afirma: “Orestes vencerá se os votos forem iguais” (v. 741). Após a contagem dos votos, os juizes apresentam o resultado a Atena que declara:

Este homem foi absolvido do crime de sangue,
O número de votos das duas partes é igual. (v. 751-2)

Assim que ouve a sentença, Orestes manifesta sua alegria, agradecendo a Palas Atena, a Apolo e a Zeus a salvação de sua casa e a recuperação de todo o patrimônio paterno e, antes de partir, não deixa de celebrar o juramento de paz e a aliança entre Argos e Atenas¹⁴.

Analisando a contagem dos votos, verifica-se que Orestes foi absolvido por um empate que é decidido pelo voto declarado de Atena¹⁵, o que significa que os

¹² Cf. Thomsom, *Aeschylus and Athens*, p. 268: Este argumento não é uma improvisação: é a doutrina pitagórica da paternidade.

¹³ Cf. H. D. F. Kitto, *Tragédia Grega*, tradução de J. M. Coutinho e Castro, Coimbra, 1972, p. 173.

¹⁴ Referência a Ésquilo à importante aliança política firmada com Argos na época. Cf. C. Meier, *De la tragédie grecque comme art politique*, 126-174.

¹⁵ No v. 754, Orestes diz: “Ó Palas, tu salvaste a minha casa”.

¹⁰ O. P. Taplin, *The stagecraft of Aeschylus*, Oxford, 1977, p. 362-415.

¹¹ Trata-se de uma outra tradição seguida por Ésquilo.

juizes, de fato, condenam aquele que assassinou a mãe, em conformidade com as Erínias, com a velha tradição. Não que as Erínias fossem mais persuasivas que Apolo ou Atena. Na verdade, o peso contido no crime de um filho, que assassina a mãe com um golpe de espada, é ainda o argumento mais forte para a condenação, muito forte para ser encarado e liberado com tranquilidade pelos juizes humanos, os primeiros chamados para um julgamento de um crime de sangue. O empate mostra que as tensões persistem. A igualdade de votos evita a condenação do matricida, ela o absolve legalmente, por uma convenção de procedimento, do crime de assassinato, mas não o inocenta, nem o justifica¹⁶. Não há como deixar o que aconteceu para trás.

Na argumentação em prol de sua própria causa, apesar da atitude parcial, as Erínias são mais coerentes do que as novas divindades, porque são estas que carecem de uma argumentação que tenha certo conteúdo jurídico. Tanto Apolo, quanto Atena não têm senão argumentos míticos para sustentar suas posições: no caso do deus, o oráculo de Delfos que não mente jamais e, no caso da deusa, o fato de não ter tido mãe, de ter nascido da cabeça do pai. Nenhum tribunal ouviria tais justificativas com tranquilidade, ainda que ditas por deuses que, sabemos, são parciais e defendem seus protegidos¹⁷. Talvez o que nos leva a exigir um pouco mais de reflexão, ou de argumentação mais consistente, seja a proposta mesma de Êsquilo de fundar um tribunal para julgar um crime de sangue com competência. No entanto, é o próprio Êsquilo quem nos põe diante desta encenação que imita a realidade, mas cujas personagens principais, com exceção do réu, são divindades. Na realidade, Orestes é julgado por um tribunal divino e absolvido pelo voto de uma deusa, porque se encontra numa contradição, ou seja, deve vingar a morte do pai e ao mesmo tempo não pode matar a mãe. Nessa situação absurda, a razão humana não pode deliberar, por isso uma deusa o absolve.

Esta é a teologia de Êsquilo que permeia toda a *Orestia*, apostando no poder de Zeus, oculto, distante, inacessível; impossível deixar de lembrar, no âmbito da trilogia, os momentos cruciais em que a exigência divina, velada e discretamente, atuou: a guerra de Tróia, o

sacrifício de Ifigênia, a morte de Agamenão, a morte de Clitemnestra. A liberdade vem com Orestes, depois de muito sofrimento, mas ele ainda é julgado e absolvido pelos deuses.

Orestes deixa a cena e parte para Argos, mas Atena permanece ainda por muitos versos, porque tem que fazer um acordo com as Erínias que, de forma alguma, aceitam o fim de seus privilégios. Isto significa que, se Atena protegeu Orestes e o libertou, agora ela deve efetivar uma conciliação com as Erínias, para que elas não arruinem a cidade de Atenas despejando sua cólera sobre ela. Com o resultado do empate, Palas tenta persuadi-las de que elas não foram derrotadas, nem desonradas; contudo, na prática, elas perdem sua *timé*, sua função primordial, pois a partir de agora é o tribunal do Areópago que terá a competência para julgar crimes de sangue.

Na verdade, a igualdade de votos implica várias coisas, sobretudo a idéia de conciliação, de acordo e de tolerância. Ninguém dá maior prova de tolerância com o objetivo de suavizar as Erínias e amenizar a sua cólera do que Atena. Assim, o empate deixa entrever como poderá ser feita a transição da antiga para a nova ordem, da perseguição das Erínias para o julgamento do tribunal. A transição deverá ser feita sem violência, o tribunal preservando, ao lado das inovações, o que há de benéfico na proposta das Erínias. A passagem do direito antigo para o novo deverá representar um meio termo entre dois extremos. Alguns exemplos desse equilíbrio podem ser retidos. Tanto Atena, quanto as Erínias dão a devida importância a respeito e temor (*sébas kai phóbos*, v. 690-691), quando se pretende afastar os cidadãos do crime, pois se os cidadãos nada tiverem a temer, o que os manterá distantes das transgressões? Isto significa que um certo terror (*tò deinón*, v. 698) e uma certa inquietação devem continuar existindo na cidade, na forma de uma precaução válida para todos os crimes. Da mesma forma, ambas chamam atenção para o perigo que a anarquia e o despotismo representam para a cidade. No discurso de fundação do tribunal, a regra que Atena aconselha à cidade é: “nem anarquia, nem despotismo” (*tò mét’ anarkhon mét’ despotoúmenon*, v. 696). A mesma fórmula ecoa no canto coral anterior, quando as Erínias exigem que ninguém consinta viver na anarquia, nem no despotismo (v. 525-6). Por fim, Atena pretende que o Conselho de juizes seja incorruptível, venerável e inflexível para guardar, sempre

¹⁶ J. P. Vernant, “Tensões e ambigüidade na tragédia grega”, in *Mito e tragédia na Grécia Antiga*, p. 24, nota 3.

¹⁷ C. Meier, *De la tragédie grecque comme art politique*, Les Belles Lettres, Paris, 1991, p. 143.

desperto, a cidade que dorme. As Erínias também têm participação nessas qualidades.

Depois de muitas lamentações e promessas de vingança, as Erínias, ávidas de honras, decidem ouvir de Atena que parte de honra (*timé*) lhes caberá, se elas cederem à sua persuasão. Atena responde que sem elas nenhuma casa prosperará. De início, elas passarão a ter morada em Atenas e receberão todas as honras de seus habitantes. Sua missão será de proteger a cidade, velar pela prosperidade dela, pela fecundidade de seu solo, de seus rebanhos e de suas mulheres; enfim, elas cuidarão para que todas as brisas que se levantam da terra, do mar e do céu venham, propícias, soprar sobre esta terra (v. 905-6).

Velhas divindades, filhas da noite, perseguidoras de criminosos, as Erínias abandonam os domínios da escuridão e da violência e sucumbem às novas honras que as aguardam: passarão a ser nomeadas Eumênides, deusas veneráveis (*semmatí*), que não mais espalharão o terror, mas cuidarão de propiciar o bem à cidade onde residirão. A tragédia termina com uma celebração. O povo, representado por todos os integrantes da peça — coro, juízes, arauto — com as tochas acesas, ilumina a cidade e segue Atena que, à frente da procissão, conduz as novas habitantes até sua morada.

A instituição do conselho de juízes e a libertação de Orestes constituem dois fatos importantes no fecho da trilogia, porque representam alguma coisa que faz parte da história grega, que é a passagem do direito privado ao público. Sai-se do mundo das sombras e entra-se no mundo da luz, que é, enfim, a trajetória da trilogia de Ésquilo. A punição do criminoso deixa de ser objeto de uma vingança familiar, de um privilégio aristocrático, para ser objeto de um tribunal. É o fim da lei do talião, do olho por olho, dente por dente, da cadeia interminável de crimes sangrentos, da qual o crime de Orestes constitui um elo. Doravante, a cidade, a *pólis*, e seus cidadãos assumirão a responsabilidade da justiça. O fim da *Orestia* representa o advento do direito, da *pólis*, da democracia ateniense. Simbolicamente, na tragédia, isto se faz pela instituição do conselho de juízes estabelecido sobre o Areópago.

Legitimação das decisões judiciais pela motivação

Marcus Vinicius Reis Bastos*

Pesa sobre a atividade jurisdicional, por força do que dispõe o art. 93, IX, da Constituição Federal, a exigência da motivação. Acaso reste desatendida, afirmar-se-á a nulidade do pronunciamento. À parte deste efeito de índole processual, a ausência de motivação repercute na própria legitimação da atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito. É que a manifestação do órgão jurisdicional, enquanto aplicação do Direito, deve se apresentar como razoável, quer se atente para a regra legal aplicada, quer se observe as condições de fato em que se deu sua afirmação. É mediante a explicitação das razões de decidir do magistrado, que a sociedade afere a regularidade da prestação jurisdicional.¹

A aplicação da norma jurídica consubstancia um ato de conhecimento, na medida em que pressupõe tenha o aplicador identificado seu significado, valendo-se de seu próprio enunciado e dos enunciados de outras normas jurídicas (do mesmo nível hierárquico ou de hierarquia superior) que interferem na questão de direito examinada. Aqui trata-se de fixar as interpretações possíveis da norma em questão.² Não se cuida, contudo, de uma enunciação exaustiva. Não há como se fixar, *a priori*, todas as interpretações possíveis de uma norma. Tampouco se pode pretender a fixação de uma única interpretação correta.

À tese de Kelsen, segundo a qual a norma legal é uma moldura que admite várias possibilidades de aplicação, cabendo à Ciência do Direito traçar o quadro das interpretações possíveis, opõe-se a crítica de que não há como se alcançar uma enumeração taxativa destas possíveis aplicações.³ É que não há um método

capaz de assegurar como possa ser descrito em sua inteireza o quadro ou moldura das interpretações possíveis de uma norma jurídica.

Acresce que toda interpretação é historicamente condicionada; pressupõe modos de olhar ou mundos de vida “... que simplesmente não podem ser colocados entre parêntesis através de uma atividade de distanciamento ou abstração”. Daí se segue que “... não há métodos capazes de revelar ou descrever um quadro de verdades objetivas, ahistóricas e descontextualizadas, pois nenhum método é instrumento neutro capaz de superar a sua própria condição de obra humana, histórica, datada, contextual”.⁴

Se distintas são as aplicações possíveis de uma norma jurídica, é forçoso reconhecer que a opção do intérprete do Direito por uma delas traduz um ato de vontade. Supor, com Kelsen, ser esta atividade discricionária e estranha à Ciência Jurídica, significa, recorrendo uma vez mais a Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, ignorar que o aplicador da norma decide sempre sob a perspectiva do caso concreto. Nesse sentido, nem todas as aplicações possíveis de uma dada regra legal são válidas num caso concreto.⁵

2. Tanto basta para se perceber a importância que assume a motivação dos provimentos judiciais. As razões de fato e de direito que fundamentam a decisão do órgão judiciário devem ser submetidas ao escrutínio da coerência e da aceitação. Assim é que os motivos da decisão devem estar de acordo com o enunciado da norma jurídica eleita como aplicável ao caso concreto,⁶ traduzindo uma sua interpretação que, tecidas com aquelas outras que já abonamos, mantém o todo

* Juiz Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Professor do curso de Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

¹ Para uma análise da motivação como garantia processual, consulte GRINOVER, Ada Pellegrini. “O conteúdo da garantia do contraditório”. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 17-44.

² OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica*. Consulte, especialmente, o sustentado nas p. 4 e segs.

³ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Ob. cit., p. 6-7 e 18-19.

⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Ob. cit., p. 20.

⁵ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Ob. cit., p. 10 e 21.

⁶ Convém observar que se parte de uma concepção ampla acerca das fontes do direito, incluindo-se não apenas as “fontes *stricto sensu*” (lei, costume, atos negociais, jurisprudência), mas também aquilo que Tércio Sampaio Ferraz Junior denomina “razão jurídica” (doutrina, princípios gerais do direito, equidade, analogia). Consulte, a esse respeito: FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 248.

coerente.⁷ Por outro lado, têm de se reportar às manifestações das partes no caso concreto, enfrentando seus argumentos, dialogando com elas, fixando-se em atenção às circunstâncias (únicas) do caso concreto.

O ponto crucial da motivação encontra-se, desarte, na reconstrução do caso concreto pelo magistrado. Essa atividade supõe (i) participação efetiva das partes no processo, fornecendo suas razões e respectivas provas; (ii) contato direto entre o juiz e as partes, quando serão apresentadas suas postulações, e; (iii) consideração pelo juiz dos argumentos precedentemente referidos, quando da explicitação de suas razões de decidir. Daí se segue que “... a atuação do juiz não é mais centrada no auto-convencimento, mas na atuação do especialista discursivo que garantiu que as diferentes vozes obtiveram acesso ao discurso e que o resultado discursivo produzido é um produto da racionalidade”.⁸

3. Uma decisão assim forjada legitima-se proceduralmente, vale dizer, “... depende do entrelaçamento de argumentos e de perspectivas de interpretação acerca do caso concreto que não pode, por um lado, deixar de considerar os pontos de vista dos diretamente implicados, nem, por outro, se deixar reduzir à sua mera consideração. O que se coloca em questão, nesse momento, é a própria garantia de integridade do Direito, a fim de se garantir tanto a coerência normati-

va da decisão ao sistema jurídico, quanto a sua adequabilidade ao caso concreto”.⁹

A legitimação é dita procedimental, por isso que depende diretamente da observância de regras que assegurem aos interessados a participação na decisão judicial, quer através da apresentação de fatos (e de suas provas), quer mediante asserções quanto ao direito aplicável. Nesse sentido, se nos afigura correto identificar a garantia do devido processo legal (Constituição Federal, art. 5º, LIV) com este processo de construção da decisão judicial, assim tida como imparcial, coerente e participada.¹⁰

A obtenção de um tal provimento jurisdicional, como visto, é dialógica. É dizer, parafraseando Hilary Putnam¹¹, que a legitimação (justificação) da decisão judicial reside no fato de que, devidamente considerados os comportamentos e argumentos das partes, aponta para uma decisão razoável, segundo nossas luzes.¹² Uma tal justificação não se reporta a critérios,

⁷ Parto, aqui, de uma concepção holística do conhecimento, tal como formulada por Willard V. O. Quine no texto intitulado “Two dogmas of empiricism”, encontrado em *From a logical point of view*. MA: Harvard University Press, 1961. Uma sumária exposição e aplicação deste ponto de vista é encontrada em: GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. *Neopragmatismo, Escola de Frankfurt e Marxismo*. Rio de Janeiro: DP&A, 2001, pp. 77-106. Esta visão asserre, dentre outras coisas, que “... culturas alternativas não devem ser pensadas através de um modelo de geometrias alternativas. Geometrias alternativas são irreconciliáveis porque têm estruturas axiomáticas e axiomas contraditórios. Elas são designadas para serem irreconciliáveis. Culturas não são assim designadas e não possuem estruturas axiomáticas. Dizer que elas possuem ‘normas institucionalizadas’ é apenas dizer, com Foucault, que conhecimento nunca é separável de poder — que iremos provavelmente sofrer, se não sustentarmos certas crenças em certos tempos e lugares. Mais tais suportes institucionais para crenças ganham a forma de burocratas e policiais, não de ‘regras de linguagem’ e ‘critérios de racionalidade’. Pensar de outro modo é a falácia cartesiana de ver axiomas, onde só há hábitos compartilhados, de vislumbrar asserções que sintetizam tais práticas como se elas reportassem constrangimentos que as impõem...” (RORTY, Richard. “Solidariedade ou objetividade?” *Objetivismo, relativismo e verdade – Escritos filosóficos I*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumarã, 2002, p. 43 — grifos do original).

⁸ MADEIRA FILHO, Wilson. *Teoria da motivação da decisão jurídica – Aspectos introdutórios – lógica e lingüística aplicadas ao Direito*.

⁹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais*. A transcrição é da p. 28.

¹⁰ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Ob. cit., p. 28, *in fine*.

¹¹ PUTNAM, Hilary. *Razão, verdade e história*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.

¹² “Putnam aceita a posição davidsoniana, como ele mesmo a coloca, de que ‘a única justificação de um esquema interpretativo... é o fato de essa justificação tornar por fim o comportamento de outras pessoas minimamente razoável junto a ‘nossas luzes’. Pareceria natural partir daqui para dizer que nós não podemos fugir do raio de ação de nossas luzes; que não podemos nos estabelecer sobre um solo neutro, iluminado apenas pela luz natural da razão. Mas Putnam retrai-se frente a essa conclusão. Ele age dessa forma porque interpreta a asserção de que nós não podemos tomar esse caminho como a afirmação de que o raio de ação de nosso pensamento é restrito pelo que ele chama de ‘normas institucionalizadas’, critérios publicamente disponíveis para a fixação de todos os argumentos, inclusive os filosóficos. Ele diz corretamente que não há nenhum critério como tal, argumentando que a suposição de que haja um é tão auto-refutável quanto a ‘tese da incomensurabilidade’. Ele está, eu acho, inteiramente certo em dizer que a compreensão da filosofia como sendo ou como devendo ser uma tal aplicação de critérios explícitos, contradiz a própria idéia de filosofia. Nós podemos glosar a posição de Putnam, afirmando que, quando uma cultura pára de definir a si mesma em termos de regras explícitas e se torna suficientemente dotada de lazer e civilidade, a ponto de contar com um saber-fazer sem articulação, a filosofia passa a ser precisamente o que torna essa cultura capaz de substituir *phronesis* por codificação e a conquista de estrangeiros pela conversação com eles” (RORTY, Richard. “Solidariedade ou objetividade?” *Objetivismo, relativismo e verdade – Escritos filosóficos I*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumarã, 2002, p. 42 — grifos do original).

mas às muitas vantagens práticas que advém de sua adoção por nós, por nossa comunidade.

A decisão judicial não se legitima, dessarte, mediante a aplicação de critérios ou resíduos de uma noção de “racionalidade transcultural”. É que, como visto, não há como adotar a posição realista¹³, consoante a qual em nossa atividade de investigação racional, “... precisamos nos manter fora de nossa sociedade, o tempo que for necessário, para examiná-la sob a luz de algo que a transcenda; ou seja, sob a luz disso que ela tem em comum com toda e qualquer outra comunidade humana possível e atual”.¹⁴ Isto é assim, precisamente, porque não temos como fugir de nosso *ethnos*, de nosso grupo social, daqueles que compartilham um substrato mínimo comum de crenças, de sorte a tornar possível uma conversação frutífera.

¹³Realistas, no sentido que tomei a expressão, refere-se àqueles que intentam construir a verdade como correspondência à realidade. Para uma exposição detalhada das diversas teorias sobre a verdade, consulte BLACKBURN, Simon and SIMMONS, Keith. *Truth*. New York: Oxford University Press, 1999.

¹⁴RORTY, Richard. Ob. cit., p. 38.

Referências bibliográficas

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. *Neopragmatismo, Escola de Frankfurt e Marxismo*. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “O conteúdo da garantia do contraditório.” *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

MADEIRA FILHO, Wilson. *Teoria da motivação da decisão jurídica – Aspectos introdutórios – lógica e lingüística aplicadas ao Direito*. Texto apresentado como leitura obrigatória no Módulo IV (Teoria da Motivação da Decisão Judicial) do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Público promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pela Universidade Federal Fluminense.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica*. Texto apresentado como leitura obrigatória no Módulo IV (Teoria da Motivação da Decisão Judicial) do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Público promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pela Universidade Federal Fluminense.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais*. Texto apresentado como leitura obrigatória no Módulo IV (Teoria da Motivação da Decisão Judicial) do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Público promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pela Universidade Federal Fluminense.

RORTY, Richard. “Solidariedade ou objetividade?” *Objetivismo, relativismo e verdade – Escritos filosóficos I*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2002.

Breves considerações acerca do termo inicial do prazo de prescrição pertinente à repetição do *bis in idem* tributário motivado pelo art. 33 da Lei 9.250/1995

Waldemar Cláudio de Carvalho*

Introdução

A repetição/compensação do imposto de renda incidente sobre os resgates e benefícios recebidos dos planos de previdência privada tem proporcionado muita controvérsia na jurisprudência nos últimos tempos, sobretudo no que diz respeito ao seu alcance e interpretação de institutos a ela correlatos, dos quais se pode destacar a prescrição, objeto de análise do presente ensaio.

Propõe-se, assim, a examinar o tema sob a perspectiva da prescrição, principalmente no que se refere ao seu termo inicial, que tem gerado muita perplexidade nos julgados de nossos Tribunais. Antes, porém, convém tecer algumas considerações acerca da evolução histórica da matéria e pontuar algumas questões relacionadas a sua problemática.

Evolução legislativa

A Lei 4.506/1964, no primeiro inciso do seu art. 18, permitia a dedução, na base de cálculo do IR devido pelas pessoas físicas, de todas contribuições por elas pagas aos institutos e caixas de aposentadoria e pensões, ou a outros fundos de beneficência. Em contrapartida, previa-se a incidência do IR sobre as importâncias pagas ou creditadas pelas entidades de previdência privada (abertas ou fechadas) às pessoas físicas participantes. Tal sistemática restou mantida pelos Decretos-Lei 1.642/1978 (art. 1º, II); 2.296/1986 (art. 4º) e 2.394/1987 (art. 7º, II). Por meio de tais estímulos fiscais, buscava-se estimular os programas de previdência privada, incentivando a formação de poupança de longo prazo.

Com o advento da Lei 7.713/1988, a sistemática do recolhimento do IR foi alterada, passando a ser des-

contado na fonte, no momento em que os segurados procediam ao recolhimento das contribuições àquelas entidades de previdência privada. Em compensação, foi concedida isenção do IR sobre os rendimentos e ganhos de capital produzidos por tais fundos previdenciários que já tivessem sido tributados na fonte. Eis o dispositivo da mencionada lei que importa destacar:

Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

(...)

VII – Os benefícios recebidos de entidades de previdência privada:

(...)

b) relativamente ao valor correspondente às contribuições cujo ônus tenha sido do participante, desde que os rendimentos e ganhos de capital produzidos pelo patrimônio da entidade tenham sido tributados na fonte.

Vê-se, portanto, que a citada Lei 7.713/1988 limitou-se a alterar o regime tributário das contribuições e benefícios pertinentes aos fundos de previdência privada, antecipando o recolhimento do IR, que antes incidia somente quando do recebimento do benefício, passando, então, a incidir quando do pagamento da respectiva contribuição, o que perdurou de janeiro de 1989 a dezembro de 1995.

Posteriormente, com o advento da Lei 9.250/1995, a sistemática da tributação das contribuições para fundos de previdência privada foi novamente alterada, voltando a incidir IR somente no momento do resgate ou do recebimento dos benefícios daquelas entidades de previdência privada, não mais no momento do pagamento da contribuição. Confira-se o teor do art. 33 daquele diploma legal, *verbis*:

Art. 33. Sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de ajuste anual os benefícios recebidos de entidade de previdência privada, bem como as importâncias correspondentes ao resgate de contribuições.

* Juiz Federal Substituto da 13ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Mestre em Direito Público pela Universidade de Brasília.

Devido a essa última alteração no regime tributário em estudo, passou a ocorrer indevido *bis in idem* tributário, no que se refere ao IR que já havia incidido sobre aquelas contribuições recolhidas no período de janeiro de 1989 a dezembro de 1995, sob a égide da Lei 7.713/1988. Isso porque, embora lícita aquela tributação inicial, não poderia a Lei 9.250/1995 promover nova incidência de IR sobre a totalidade do resgate ou dos benefícios pagos aos segurados pelas entidades de previdência privada, sem antes ressaltar a possibilidade da correspondente dedução. Daí a enorme quantidade de demandas buscando evitar ou recuperar o valor do IR pago em duplicidade, nas quais a discussão da prescrição se revela fundamental como prejudicial do mérito a ser apreciado.

Problemática

Pela complexidade da matéria, urge definir parâmetros mínimos que permitam avançar, com a maior objetividade possível, na investigação do tema proposto.

Assim, de plano, cumpre advertir que os valores — benefícios ou resgates — pagos pelas entidades de previdência privada a seus segurados, assim como as verbas de natureza salarial enquadram-se no conceito de renda, previsto no art. 43 do CTN e, por consequência, encontram-se sujeitas ao IR. Nesse sentido, veja-se o RESP 448.843/PE, publicado no *DJ* de 10/02/2003, à p. 200.

Diferem, portanto, daquelas verbas de natureza indenizatória, recebidas como compensação pela renúncia ou perda de um direito, tais como renúncia ao direito de receber a chamada aposentadoria complementar móvel vitalícia — ACMV ou mesmo a adesão a planos de demissão ou aposentadoria voluntária — PDV e PAV, férias, licença-prêmio e abonos não gozados (Súmulas 125 e 215), que por não constituírem acréscimo patrimonial, não se sujeitam ao IR.

Dessarte, a importante questão a ser inicialmente superada consiste no reconhecimento, como regra geral, da legitimidade da incidência do IR sobre aqueles valores pagos pelas entidades de previdência privada a seus segurados, a título de resgate ou pagamento de benefício, com a única exceção daqueles correspondentes às contribuições já anteriormente tributadas pela Lei 7.713/1988.

Da mesma forma, incide IR nos casos de rateio do patrimônio das entidades de previdência privada, cujas receitas são compostas pelas contribuições dos associados, além dos aportes dos patrocinadores do fundo, bem como daqueles valores decorrentes dos próprios investimentos e aplicações financeiras realizadas pela entidade de previdência privada, cujos rendimentos configuram inequívoco acréscimo patrimonial previsto no art. 43 do CTN.

Assim, em todas essas hipóteses de recebimento de aposentadoria complementar ou resgate de contribuições, seja pelo rateio do patrimônio da entidade, seja pelo desligamento do associado do plano de Previdência Privada, deve-se observar o momento em que foi recolhida a respectiva contribuição: se durante a vigência da Lei 7.713/1988 (de janeiro de 1989 a dezembro de 1995), deve-se permitir a sua dedução do respectivo IR, porquanto já anteriormente recolhido quando do pagamento daquelas contribuições; e, se após o advento da Lei 9.250/1995, será devida a exação, visto que ainda não recolhida na fonte e, portanto, não caracterizado o *bis in idem*. Nesse sentido, encontra-se sedimentada a jurisprudência de ambas as Turmas da egrégia Primeira Seção do STJ, conforme se pode ver pelos RESPs 705.265/RS e 590.820/DF, publicados respectivamente nos *DJs* de 26/09/2005, à p. 233, e de 28/08/2006, à p. 264.

Uma outra questão por demais debatida diz respeito ao cômputo do prazo prescricional para a repetição ou compensação de tributos sujeitos a lançamento por homologação (art. 168, I, c/c art. 150, §§ 1º e 4º, ambos do CTN). Há muito se consolidou no Superior Tribunal de Justiça a jurisprudência segundo a qual a prescrição em tela somente se consuma depois de expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita. Conforme aquele mesmo Tribunal, referida jurisprudência deverá ainda ser aplicada a todas as demandas ajuizadas até 09/07/2005, data da vigência da Lei Complementar 118/2005, a qual, ao dispor de forma contrária àquela orientação jurisprudencial, preceitua que a extinção do crédito tributário, nas hipóteses sob exame, ocorrerá no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 do CTN¹.

¹ Cf. RESP 860.388/PB, publicado no *DJ* de 02/10/2006, à p. 259.

Não bastassem todas essas controvérsias, muitas das quais já dirimidas pela jurisprudência de nossos Tribunais, uma questão sobreleva na solução do problema, a merecer uma análise mais aprofundada, qual seja: o termo inicial da contagem do referido prazo prescricional.

A prescrição e seus elementos constitutivos

A prescrição constitui um importante instrumento jurídico de pacificação social, na medida em que extingue pretensões de natureza patrimonial não exercitadas pelos seus titulares nos prazos previstos em lei, conferindo, assim, segurança a essas diversas relações jurídicas que não mais poderão ser objeto de ações condenatórias.

Antônio Luís Câmara Leal², embora fincado na idéia tradicional de que a prescrição tem por objeto as ações e por efeito a sua extinção, tece importantes considerações acerca das condições elementares do instituto, as quais, por sua importância na solução da questão que ora se propõe investigar, merecem ser aqui sucintamente reproduzidas, com ligeiras adequações.

Assim, assevera aquele autor serem quatro as referidas condições, a saber: a) existência de uma ação exercitável; b) inércia do titular da ação pelo seu não-exercício; c) continuidade dessa inércia durante um certo lapso de tempo; e d) ausência de causas preclusivas de seu curso. Fiquemos com a primeira delas, que importa ao deslinde da investigação.

Aduz ainda que, sendo o objetivo da prescrição extinguir a ação, ela só é possível desde que haja uma pretensão a ser exercitada em virtude da violação de um direito (subjeto). Daí a sua primeira condição corresponder a *actio nata* dos romanos. E prossegue o citado autor, com base nas lições de Savigny: – 15. Duas condições exige a ação, para se considerar nascida (nata), segundo a expressão romana: a) um direito atual atribuído ao seu titular; b) uma violação desse direito, à qual tem ela por fim remover. Se o direito não é atual, isto é, completamente adquirido, mas futuro, por não se ter acabado de operar sua aquisição, não tendo entrado ainda, definitivamente, para o poder do titular,

não é passível de violação, e não pode, portanto, justificar o nascimento de uma ação.”

Conforme se pode ver, o nascimento do prazo prescricional depende, antes de tudo, da existência de um direito atual no patrimônio de seu titular, sem o qual não se poderá falar em pretensão legítima e, muito menos, em prazo fatal para o seu exercício. Vale dizer, sem que o titular possua efetivamente um direito, passível de violação, a ensejar o exercício de sua pretensão por meio do acionamento do Judiciário, não poderá ter contra si qualquer prazo de natureza prescricional, visto que o principal efeito da prescrição é punir a inércia do autor que, podendo, deixou de exercer a sua pretensão no prazo legal.

Daí preceituar o art. 189 do atual Código Civil de 2003: – Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição, nos prazos a que aludem aos art. 205 e 206. – Posta, assim, a questão, urge aplicar os mencionados escólios doutrinários à solução da controvérsia.

Termo inicial da prescrição relacionada ao art. 33 da Lei 9.250/1995

Conforme anteriormente visto, as contribuições recolhidas sob a sistemática da Lei 7.713/88, cujo valor integrava a base de cálculo do imposto de renda devido na fonte pelo segurado, não poderão ser novamente tributadas pela Lei 9.250/1995, quando do recebimento da aposentadoria complementar ou do resgate dos Planos de Previdência Privada, sob pena de ofensa ao postulado do *non bis in idem*.

Note-se que o fundamento para a pretendida repetição não é a ilegalidade do aludido IR retido sob a disciplina da Lei 7.713/1988, mas sim a aplicação da Lei 9.250/1995, a qual, ao determinar a incidência do IR sobre o resgate ou pagamento complementar de aposentadoria sem ressalvar aquelas contribuições recolhidas no período compreendido entre janeiro de 1989 a dezembro de 1995 permitiu a ocorrência desse *bis in idem* tributário.

Ora, tal fato, como se pode ver, tem importante repercussão sobre a análise do termo inicial da prescrição em comento, visto que a repetição do indébito em estudo refere-se não àquele regime previsto na Lei 7.713/1988, que determinava a incidência do IR na fon-

² *In* Da Prescrição e da Decadência, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2. ed. Rio: Forense: 1959, p. 36.

te, porquanto legítimo; mas sim ao *bis in idem* indevidamente promovido pela Lei 9.250/1995.

Dessarte, conforme já consignado em precedente do egrégio Tribunal Regional Federal da Primeira Região (cf. AC 2002.34.00.031846-0/DF, publicado no *DJ* de 18/12/2006, à p. 246), o termo *a quo* da prescrição em estudo somente começará a fluir da data do resgate ou aposentadoria que porventura venha a ocorrer sob a vigência da Lei 9.250/1995, pois será a partir deste momento que ocorrerão os descontos em duplicidade do IR³. Isso porque, antes de tais fatos, ainda não terá ocorrido violação de qualquer direito do associado (*bis in idem* tributário), a justificar o manejo de uma ação judicial, fazendo incidir aí o postulado da *actio nata*, que condiciona o termo inicial do prazo prescricional à data a partir da qual a pretensão poderia ser validamente exercida.

Para demonstrar o alegado, basta imaginar uma situação hipotética em que, mantida a legislação atualmente em vigor, alguém tenha ingressado em um plano de Previdência Privada no ano de 1989, só vindo a se aposentar em 2010. Ora, somente em 2010, após se aposentar ou se retirar do referido plano é que o associado poderá questionar a nova incidência do IR sobre aquelas contribuições recolhidas sob o regime tributário previsto na Lei 7.713/1988. Vale dizer, antes de sua aposentadoria ou resgate, em 2010, não poderá o associado questionar a legitimidade da Lei 9.250/1995, sob o fundamento da *non bis in idem*, pois tal direito não terá ainda ingressado integralmente em seu patrimônio jurídico.

³ Veja, por pertinente, o seguinte excerto do voto lançado no mencionado julgado, *verbis*:

“Como se verá mais adiante, na vigência da Lei 7.713/1988, o imposto sobre as contribuições para aposentadoria era descontado na fonte, após, com o advento da Lei 9.250/1995, a sistemática de cobrança do tributo foi alterada para o momento do resgate, momento em que passou a ocorrer bitributação.

Assim, o direito a repetição do indébito surge a partir do momento em que ocorre a lesão ao direito da parte. Na espécie, tendo em vista as leis em questão, esse momento poderá ocorrer em duas situações distintas.

Quando a aposentadoria do segurado ocorrer na vigência da Lei 9.250/1995, o termo *a quo* começará a fluir da data de sua aposentadoria, pois é a partir deste momento que ocorrem os descontos relativos ao imposto de renda.

Por outro lado, quando a aposentadoria ocorrer na vigência da Lei 7.713/1988, o termo inicial para contagem da prescrição a ser considerado é a partir da vigência da Lei 9.250/1995, quando houve a mudança na sistemática de desconto do imposto de renda.”

Assim, em sendo correta tal assertiva, mais importante que discutir se o prazo prescricional para repetição desse indevido *bis in idem* é de cinco ou de dez anos, seria aperceber-se do seu exato termo inicial, o qual, conforme visto, não poderá ser contado do recolhimento daquelas contribuições pertinentes ao período de janeiro de 1989 a dezembro de 1995, mas sim a partir da nova tributação determinada pela Lei 9.250/1995, quando do resgate ou recebimento do benefício daquela entidade de previdência privada.

Constata-se, por isso, que a questão não restará solucionada pelo simples advento do primeiro decênio após o recolhimento da última contribuição sob o pálio da Lei 7.713/1988 — dezembro de 2005 —, mas permanecerá presente em nossos Tribunais ainda por um bom tempo. Isso porque nascerá um novo prazo prescricional a cada resgate ou aposentadoria complementar pago pelas entidades de previdência privada após a vigência da Lei 9.250/1995.

Conclusões

O regime tributário inaugurado pela Lei 7.713/1988, no que se refere ao IR incidente sobre os resgates e benefícios pagos por entidades de previdência privada a seus associados, embora, por si só, legítimo, não poderia ter sido desconsiderado pela sistemática restabelecida pela Lei 9.250/1995, sob pena dessa última incorrer em indevido *bis in idem* tributário.

Já o recebimento do resgate ou da aposentadoria complementar pelo segurado, após o advento da citada Lei 9.250/1995, que tenha efetivamente contribuído para entidade de previdência privada no período compreendido entre janeiro de 1989 e dezembro de 1995, constitui condição *sine qua non* para a recuperação do referido *bis in idem*. Sem que tais elementos estejam devidamente configurados, não terá o segurado qualquer direito seu violado e, por conseguinte, não haverá pretensão alguma a ser legitimamente aduzida em juízo.

Daí não se poder tomar como termo inicial do respectivo prazo prescricional a data das contribuições pagas sob a regência da Lei 7.713/1988, visto que inexistente, no regime fiscal por ela inaugurado, qualquer irregularidade a justificar eventual repetição de indébito. Note-se que indébito advirá só com a tributação em duplicidade levada a efeito pela citada Lei 9.250/1988.

Antes disso, será o segurado carecedor do direito de ação.

De todo exposto, pode-se concluir que o termo inicial do prazo de prescrição pertinente à repetição do *bis in idem* tributário perpetrado pelo art. 33 da Lei 9.250/1995 — por não ter permitido a dedução do IR já antecipado pela sistemática da Lei 7.713/1988 —, somente poderá se dar após a efetivação do resgate ou aposentadoria do segurado perante aquela entidade de previdência privada. Antes do aperfeiçoamento de todos esses pressupostos, em face do postulado da *actio nata*, o associado contribuinte terá mera expectativa de direito, sem pretensão a ser exercitada e, por consequência, não terá, ainda, nenhum prazo prescricional a observar, seja ele decenal ou quinquenal.

O reconhecimento judicial de novos direitos fundamentais*

David Wilson de Abreu Pardo**

Introdução

O texto da Constituição brasileira de 1988 registra que “os direitos expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, § 2º). Esse dispositivo é geralmente denominado de cláusula de abertura constitucional a novos direitos e *prima facie* sugere que os direitos fundamentais não se exaurem nas posições jurídicas reconhecidas no momento constituinte originário, mas estão submetidos a um permanente processo de expansão. O que quer dizer que a leitura verdadeiramente correta dos direitos é aquela que pode resultar no incremento contínuo das prerrogativas jurídicas fundamentais.

Essa idéia encontra eco em questões altamente polêmicas do direito constitucional atual. Considere o caso do direito à união civil, exigido pelos homossexuais com base em argumentos de direitos fundamentais. Não só estão a exigir o tratamento igual dispensado pelo Estado aos grupos familiares heterossexuais, como o Judiciário brasileiro vem reconhecendo a validade de um direito dessa natureza, para o fim de garantir-lhes a proteção do direito previdenciário e do direito de sucessão, dentre outros. Considere também o caso do direito de interromper a gestação de feto anencefálico, reconhecido por um Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro como um direito constitucional.

* O presente artigo é um resumo do argumento central da Tese de Doutorado defendida pelo autor no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – CPGD/UFSC, no final de 2005, intitulada “Direitos fundamentais não enumerados: justificação e aplicação” e elaborada sob a orientação do Professor Doutor Silvio Dobrowolski.

** Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Acre, atualmente convocado para prestar auxílio no Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal do Acre.

Diante disso, necessário o tratamento adequado da problemática sugerida pela cláusula de abertura constitucional, bem como pelos casos reais em que se estabelece uma disputa pelo reconhecimento de novas posições jurídicas fundamentais. O problema central é saber como podem ser corretamente reconhecidos, do ponto de vista constitucional, outros direitos fundamentais, mais além daqueles sobre os quais já não há mais controvérsia. Se surgem situações novas nas quais passam a ser exigidos direitos até então não considerados, é preciso buscar os critérios que tornam possível seu correto reconhecimento judicial, de acordo com a Constituição.

1 Direito natural e subjetivismo

Alguns apresentam argumentos do direito natural, para a empreitada. Os direitos fundamentais não se esgotam no catálogo formal porque a pessoa traz consigo direitos do estado de natureza que, por algum motivo, podem não ter sido registrados no texto constitucional originário. Na medida em que o pacto constitucional inicia o estado civil ou político, fica nele anotado que não se abre mão das prerrogativas advindas do estado anterior que eventualmente não foram catalogadas. Nessa perspectiva, a Constituição é submetida a contínuo exame em face do direito natural. Se os indivíduos concordaram em criar a comunidade política, foi para a melhor fruição dos seus direitos naturais. O Estado falha quando não os protege e a Constituição também falha quando não reconhece uma prerrogativa inalienável. Portanto, é melhor deixar claro que não se abre mão de outros direitos, quando se elabora a Constituição.

A racionalidade do discurso do direito natural, na acepção de uma ordem natural superior que o direito positivo deve apenas reproduzir, há muito foi colocada sob suspeita. Nas complexas condições da vida contemporânea, para mencionar apenas um dos elementos mais frequentes nos discursos jurídicos e políticos atuais, a pluralidade de cosmovisões impede o recurso a uma ordem natural de valores eternos.

A pluralidade de formas de vida é quase imensurável. E todas elas, para poderem continuar sendo aceitas em sociedades que mantêm o desafio da integração, reivindicam para si a melhor forma de dar curso ao que é bom e correto. No entanto, todas ou muitas delas se baseiam em valores que se chocam uns com outros. As concepções da boa vida, nesse sentido, até podem socorrer-se de uma ordem imutável, mas o fazem para esclarecer a si mesmas. Cada qual pode ter a sua ordem particular de valores perenes. E se isso é correto, não é mais permitido recurso semelhante para o esclarecimento daquilo que tem como função justamente estabelecer a integração de toda a sociedade.

Rejeitado o modo do direito natural de ler a abertura da Constituição a novos direitos, também não é o caso de entender que a compreensão renovada dos direitos fundamentais advém de uma interpretação puramente subjetiva dos atores constitucionais. Certamente a interpretação constitucional é uma atividade aberta a todos os cidadãos, que podem opinar sobre o que a Constituição significa. Mas a validade de uma interpretação jurídica advém de algo mais que meras opiniões pessoais. Da ordem natural e superior das coisas para o sujeito isolado o resultado é sempre a falta de argumentos válidos para todos. Uma vez sendo possível atualizar os sentidos dos direitos fundamentais, isso também tem que dizer respeito a todos, seguindo a trilha da universalidade, que é uma marca reconhecida dos direitos fundamentais.

Isso apenas indica que o problema deve ser enfrentado com o auxílio de teoria que dê conta da sua exata complexidade, afastando-se qualquer solução simplista ou baseada em visões arcaicas. Uma aposta interessante é encarar o desafio pela perspectiva da teoria do discurso jurídico, assim como delineada pela teoria dos princípios. O problema da argumentação jurídica racional é dos mais relevantes, hoje em dia, existindo uma profusão de trabalhos e teses que tentam estabelecer a metodologia por meio da qual se pode alcançar uma decisão jurídica correta. O procedimento de abordagem do problema no trabalho então privilegia a dimensão interpretativa e aplicativa do direito, na ótica judicial. O ganho com essa decisão é o de aproveitar os avanços da teoria jurídica contemporânea, particularmente quando investiga os critérios metodológicos que afirmam a racionalidade da prática jurídica, distanciando-se do fardo do direito natural e das posições que conduzem ao subjetivismo dos intérpretes.

2 Fundamentalidade a partir de argumentos morais

O reconhecimento judicial válido de novos direitos exige a justificação da fundamentalidade dos mesmos. Somente com a justificação de sua fundamentalidade é que se pode afirmar com segurança que um direito reconhecido é um direito fundamental. Fundamentalidade tem a ver com a natureza relevante da prerrogativa jurídica, a ponto de ser a ela outorgada proteção especial. Para saber quando uma prerrogativa jurídica é especialmente relevante é necessário socorrer-se de uma teoria competente. Uma teoria competente irá dizer que uma posição jurídica é relevante, a ponto de ser considerada direito fundamental, quando por meio dela se toma uma decisão a respeito da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. E questões dessa natureza constituem objeto de teorias morais. Por isso, necessário se socorrer de argumentos morais quando se justifica a fundamentalidade de um direito.

Acontece que os indivíduos que iniciam uma prática constitucional, reconhecendo-se como livres e iguais, inevitavelmente se outorgam direitos garantidores de sua dignidade. Dizendo diferente, o sistema de direitos fundamentais surge como idealização inevitável da prática constituinte originária que pretende fundar uma comunidade política de pessoas livres e iguais. Por isso, os direitos têm sido caracterizados em termos de urgência e por sua força peremptória e conclusiva no argumento político. Ora, a incondicionalidade irrestrita dos direitos fundamentais (direitos como trunfos) indica que a sua validade repousa em argumentos estritamente morais. Eles exigem um ponto de vista estritamente normativo, uma consideração pelo interesse simétrico de todos os envolvidos. Esse sentido universalista dos direitos fundamentais revela que bastam argumentos morais para sua fundamentação.

Até a este ponto corresponde a seguinte hipótese: o reconhecimento judicial de novos direitos fundamentais resulta de um procedimento argumentativo no qual simultaneamente deve realizar-se a justificação da fundamentalidade das posições jurídicas exigidas pelas partes, o que torna necessário considerar o procedimento de aplicação dos direitos como um procedimento em última instância aberto aos princípios que compõem a estrutura normativa básica do Estado e da

sociedade. Estes são princípios de justiça por meio dos quais se justifica a fundamentalidade de todos os direitos. Portanto, o reconhecimento de novos direitos fundamentais ocorre quando em um caso especialmente problemático são levados em conta argumentos de ordem moral, a fim de alcançar-se uma resposta normativamente correta.

2.1 Fundamentalidade e teoria dos princípios

Em anterior trabalho de pesquisa acadêmica, anotei que a teoria dos princípios resolveria o problema dos novos direitos fundamentais, na medida em que oferece os critérios mediante os quais pode ser justificada a fundamentalidade de pretensões normativas levantadas pelas partes.¹ É claro que ali não se avançou além da própria afirmação intuitiva de que a teoria dos princípios seria competente para resolver a questão. Convém finalmente retomar aquela idéia intuitiva e verificar se ela resiste a um exame mais acurado. A pergunta é a seguinte: a teoria dos princípios fornece algum critério geral para o reconhecimento judicial de novos direitos fundamentais?

Sinteticamente, a teoria dos princípios realça que as condições de aplicação das normas não são pré-determinadas, demandando um discurso de aplicação sujeito a regra específica. A teoria do discurso jurídico produzida pela teoria dos princípios diz que a aplicação imparcial dos direitos requer um procedimento em que todas as características da situação devem ser consideradas. E a descrição completa de um caso concreto exige uma interpretação coerente de todas as normas válidas que são *prima facie* aplicáveis. A regra do discurso de aplicação na teoria dos princípios é justamente aquela segundo a qual todas as normas válidas constituem um sistema ideal coerente que dá a cada problema exatamente uma resposta (regra da coerência normativa). Toda aplicação implica uma reconstrução coerente do sistema de direitos por meio de princípios, em face das circunstâncias do caso.²

¹ PARDO, David Wilson de Abreu Pardo. *Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

² Sobre teoria dos princípios, cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000; ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução espanhola de E. Valenti Fiol. Barcelona:

É fácil perceber que as exigências do discurso de aplicação dos direitos explicitadas pela teoria dos princípios incidem nos casos controversos em que se discute a própria fundamentalidade das posições jurídicas envolvidas. Considere um primeiro exemplo, para fins de ilustração. É comumente citada a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a parcial inconstitucionalidade da Emenda Constitucional e da Lei Complementar que criaram o Imposto Provisório sobre a Movimentação Financeira – IPMF³ como exemplo de decisão que adotou um conceito material de direitos fundamentais. No julgamento, o Supremo Tribunal considerou o princípio da anterioridade tributária, previsto no art. 150, III, *b*, da Constituição de 1988, como uma “garantia individual do contribuinte”, fazendo ainda expressa referência à regra constitucional do art. 5º, § 2º.

Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal reiterou esse entendimento, em acórdão cuja ementa contém a afirmação de que “dentre as garantias constitucionais explícitas, e a constatação não exclui o reconhecimento de outras decorrentes do próprio sistema adotado, exsurge a de que somente à lei complementar cabe a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculos e contribuintes.”⁴ Indubitavelmente, o exame dos argumentos revela uma descrição ampliada da situação de aplicação, mediante a consideração de diversas normas *prima facie* aplicáveis. Há ainda a preocupação de justificar as próprias premissas usadas na decisão, ao afirmar, por exemplo, que o princípio da anterioridade tributária constitui garantia individual do

Bosch, 1961; GALUPPO, Marcelo. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 36, n. 143, jul./set. 1999; GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*: justificação e aplicação. Tradução de Cláudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004; GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 6, 2000; SEARLE, John. *Prima facie obligations*. In: RAZ, Joseph (ed.). *Practical reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 81-90.

³ STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 939/DF, Relator Ministro Sydney Sanches, *DJ* de 18/03/1994. Ementário v. 01737, p. 160.

⁴ STF, Recurso Extraordinário 172058-1/SC, Relator Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 13/10/1995.

contribuinte excluída da disponibilidade do legislador constituinte derivado. A ser assim, a garantia da anterioridade tributária foi equiparada aos demais direitos individuais, no que diz respeito a sua inclusão no rol daqueles protegidos pelas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, da Constituição de 1988).

Não obstante, a questão principal continua sendo como justificar de maneira satisfatória a fundamentalidade da posição jurídica envolvida no julgamento. Para efeito de examinar se a teoria dos princípios pode fornecer algum critério geral para dar conta do problema, é importante começar tornando clara uma idéia assumida pelo Tribunal, nos referidos julgamentos. Cuida-se da especial relevância imputada ao objeto regulado pelas normas constitucionais instituidoras das limitações do poder de tributar. Em razão do especial valor a elas conferido é que as normas jurídicas podem ser consideradas normas portadoras de fundamentalidade. A fundamentalidade dos direitos fundamentais tem a ver exatamente com a importância e legitimidade do seu conteúdo. O que quer dizer que a fundamentalidade diz respeito aos objetos de regulação das normas jurídicas fundamentais; por meio delas, são tomadas as decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.

Ora, é defensável a tese de que a relação contribuinte/Estado se insere no âmbito da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, entendida como a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social.⁵ O sistema de cooperação social impõe deveres e direitos, devendo ser estruturado de modo que a distribuição resultante seja justa. Necessário então submeter o processo econômico e social ao contexto de instituições políticas e jurídicas adequadas, sob pena de não se alcançar um processo distributivo justo. Rawls aponta como uma dessas instituições políticas e jurídicas adequadas “um sistema de tributação que tem o intuito de arrecadar a receita exigida pela justiça. (razão pela qual) a carga tributária deve ser partilhada de forma justa e esse setor tem por objetivo criar organizações

justas.”⁶ De maneira que o sistema de tributação pode ser considerado uma instituição política e jurídica própria à estrutura básica da sociedade. Delamar Dutra aponta as questões relativas ao direito tributário como questões essencialmente morais, para cujo tratamento deve haver a consideração do interesse simétrico de todos os envolvidos.⁷

Entrementes, a fundamentalidade da relação contribuinte/Estado também se evidencia em virtude da grave intervenção que o exercício do poder de tributar realiza na esfera patrimonial do indivíduo. É que a propriedade é um direito fundamental expressamente garantido na Constituição de 1988 (art. 5º, inciso XXII). Não seria correto se essa intervenção se processasse sem balizas certas, a delimitar o campo de atuação estatal de maneira objetiva. Também nesse sentido, as limitações do poder de tributar, especialmente aquelas previstas no art. 150 da Constituição de 1988, constituem garantias fundamentais dos indivíduos. Elas configuram o procedimento que deve ser observado pelo Estado para intervir nos bens das pessoas. A não observância estrita desses preceitos implica, portanto, violação do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição de 1988).

Quanto a isso, observe que na segunda das decisões acima mencionadas, o Supremo Tribunal apresenta como fórmula inicial de seu acórdão a afirmação de que “no embate diário Estado/Contribuinte, a Carta Política da República exsurge com insuplantável valia, no que, em prol do segundo, impõe parâmetros a serem respeitados pelo primeiro”, a indicar a natureza protetora das limitações do poder de tributar. No caso, a proteção dos bens e da liberdade dos indivíduos. Em outro julgado, o Supremo Tribunal Federal relacionou esse caráter restritivo dos princípios constitucionais tributários, próprio de quando se adota a perspectiva do Estado, à sua configuração como direitos fundamen-

⁵ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 307.

⁷ DUTRA, Delamar José Volpato. *A democratização do direito*. Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, como requisito parcial para obtenção do Bacharelado em Direito. Florianópolis: UFSC, 2001, p. 46-47. Para José Carlos Vieira de Andrade, o direito de não pagar impostos inconstitucionais é um direito fundamental, ainda que fora do catálogo. Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 80.

⁵ A referência, por certo, é a RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 07-08.

tais, próprio do ponto de vista dos contribuintes. Disse o Tribunal que “os princípios constitucionais tributários, assim, sobre representarem importante conquista político-jurídica dos contribuintes, constituem expressão fundamental dos direitos individuais outorgados aos particulares pelo ordenamento estatal”, aduzindo ainda que, “desde que existem para impor limitações ao poder de tributar do estado, esses postulados tem por destinatário exclusivo o poder estatal, que se submete a imperatividade de suas restrições.”⁸

A relação de tributação, em suma, pode ser encarada como uma questão de justiça. Uma estrutura política justa demanda a observância estrita dos princípios que regulam o poder de tributar do Estado, sob pena de violação do postulado básico de que todos devem ser tratados com igual consideração e respeito. Esses princípios fazem parte da definição do ideal político de uma constituição em fundar uma sociedade de cidadãos livres e iguais, servindo especialmente como limites ao poder do governo de interferir nos bens e na liberdade dos indivíduos.

Nesse contexto, a manutenção da integridade do conjunto de princípios que regulam o poder de tributar emerge como decisão fundada no significado do sistema de direitos como um todo, e não apenas em uma provisão constitucional específica, totalmente destituída de valor moral. Sendo assim, os princípios que limitam o poder de tributar do Estado são princípios que verdadeiramente veiculam direitos fundamentais. E o seu caso, assim como enfrentado pelo Supremo Tribunal, serve para bem indicar o caminho pelo qual buscar os elementos de um critério geral de justificação da fundamentalidade de novos direitos.

O que o exemplo revela de mais importante é a demanda por argumentos de ordem moral, em certos casos de interpretação constitucional. Outros casos recorrentes na jurisprudência constitucional norte-americana e brasileira também realçam a demanda por argumentos dessa natureza. São casos especialmente problemáticos, no contexto dos quais podem surgir argumentos justificadores de direitos fundamentais não enumerados. Considere, então, a partir de agora, o caso a respeito da existência de um direito fundamental geral de proteção à privacidade, justificado pela Suprema

Corte norte-americana a partir de proteções constitucionais a dimensões apenas específicas desse direito, bem como o exemplo do direito a sigilo bancário, no direito constitucional brasileiro, que, inversamente ao caso norte-americano, parte de um direito mais geral para chegar à identificação de um direito especial. Eles podem jogar mais luz quanto a eventual critério geral de justificação e aplicação de novos direitos fundamentais, a partir da teoria dos princípios.

Em *Griswold*, a Suprema Corte estadunidense decidiu que as normas constitucionais que proíbem a invasão de domicílio sem ordem judicial e garantem o direito à não auto-incriminação criam “zonas de privacidade” imunes às intervenções do poder público, a serem estendidas até a ponto de protegerem as decisões tomadas no seio da relação matrimonial, inclusive aquelas relativas à utilização ou não de métodos anti-concepcionais. Nesse caso, o reconhecimento de um direito fundamental geral de proteção à privacidade se baseou na interpretação de cláusulas da própria Constituição americana. Contudo, não se pode desconhecer o recurso a argumentos de ordem moral para se proceder à generalização do direito de proteção à privacidade, até àquele momento apenas pontual. O reconhecimento de um direito fundamental geral de proteção à privacidade serviu para estabelecer um princípio que tornou coerente o sistema de direitos como um todo, na resolução de um caso controverso. De fato, se não houvesse um princípio de proteção geral da privacidade, como explicar que há certos direitos especiais garantindo privacidade?

Seja permitido um parêntesis para enfatizar que a reconstrução coerente do sistema de direitos por meio de princípios é que revela o caráter propriamente moral do empreendimento de interpretação e aplicação das normas constitucionais. O núcleo dos direitos fundamentais é constituído por princípios morais que formam parte definitiva da constituição e do direito de uma comunidade de livres e iguais. Os princípios sobre os quais se apóiam a constituição e o direito como um todo são princípios que compõem o núcleo normativo básico do sistema de direitos.

Pode-se então dizer que o princípio relativo ao direito geral de proteção à privacidade foi construído para justificar a reconstrução coerente do sistema de direitos, em face de um caso novo especialmente problemático. O novo direito geral é reconhecido para

⁸ STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 939, Medida Cautelar, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 19/02/1993.

tornar coerente o sistema de direitos, na solução do novel caso controverso. Nesse caso, é um direito que também surge do esquema básico de princípios constitucionais, dele sendo uma exigência. Daí porque, inclusive, cada novo direito tem de coexistir com os demais, sem quebra de unidade.⁹ É claro que, nesse contexto, uma perspectiva de fundamentação moral acaba por fazer parte da melhor interpretação do sistema de direitos. E esse é o primeiro ponto relevante na busca de um critério geral de reconhecimento de novos direitos, ou direitos fundamentais ainda não enumerados. Cuida-se de constatar que a fundamentação de um novo direito requer, sobretudo, a adoção de uma perspectiva própria ao discurso de justificação, na medida em que esta é a modalidade discursiva própria da fundamentação moral.

Torna-se claro que o *modus* de justificação dos direitos fundamentais tem como importante significado a abertura do sistema constitucional ao sistema da moral. E isso é bem perceptível nos preceitos constitucionais básicos da dignidade, liberdade e igualdade, que são, ao mesmo tempo, conceitos básicos da filosofia prática. Como afirma Alexy, “com eles foram incorporados à constituição e, assim, ao direito positivo, os princípios mais importantes do direito racional moderno.”¹⁰ Na interpretação do direito constitucional

positivo, portanto, os juízos morais desempenham um papel importante, notadamente em face da exigência de fundamentar-se uma resposta normativamente correta para um caso especialmente problemático. É que a pretensão de correção da resposta manifesta, em outro nível, a própria pretensão de legitimidade da ordem jurídica:

... a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito. Os julgamentos dos juízes, que decidem um caso atual, levando em conta também o horizonte de um futuro presente, pretende validade à luz de regras e princípios legítimos.¹¹

2.2 Justificação e aplicação: discursos simultâneos

Com base nessas afirmações, pode ser provada a tese inicialmente levantada de que o reconhecimento de novos direitos fundamentais é um procedimento no qual simultaneamente deve realizar-se a justificação da fundamentalidade da posição jurídica envolvida no discurso, o que torna necessário considerar o procedimento de aplicação dos direitos um procedimento em última instância aberto aos princípios que compõem a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Sendo assim, o reconhecimento de novos direitos fundamentais ocorre quando se está frente a um caso problemático que se apresenta singularmente novo e que obriga a retomada de discursos de justificação, nos quais juízos de natureza moral desempenham um papel importante. Para a justificação e aplicação de um novo direito fundamental é preciso realizar, pois, a correta justificação de sua fundamentalidade. E isso se dá demonstrando que ele é uma exigência do próprio sistema de direitos fundamentais como um todo, quando coerentemente reconstruído em face das circunstâncias do caso.

É certo que o reconhecimento de um novo direito fundamental geralmente se processa por meio de uma interpretação constitucional que busca resolver um problema. É o caso, então, de continuar falando de

⁹ É a tese de Jorge Miranda, ao pontificar que “a abertura a novos direitos é sempre dentro do sistema constitucional, por mais aberto que este seja perante as transformações sociais, culturais, científicas e técnicas do nosso tempo.” MIRANDA, Jorge. A abertura constitucional a novos direitos fundamentais. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 564. Na p. 568, acrescenta o autor: “Por natureza, não podem ser considerados direitos fundamentais todos os direitos, individuais ou institucionais, negativos ou positivos, materiais ou procedimentais, provenientes de fontes internas e internacionais. Apenas alguns desses direitos o podem ser: apenas aqueles que, pela sua finalidade ou pela sua *fundamentalidade*, pela conjugação com direitos fundamentais formais, pela natureza *análoga* à destes, ou pela sua decorrência imediata de princípios constitucionais, se situem a nível da Constituição material.” De igual modo, Ingo Sarlet chama a atenção para esse ponto, dizendo que “direitos fundamentais em sentido material somente poderão ser os que por sua substância (conteúdo) e importância possam ser equiparados aos constantes do catálogo”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 95.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 525: “Con ellos han sido incorporados a la Constitución y, así, al derecho positivo, los principios más importantes del derecho racional moderno.”

¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 246.

um contexto próprio ao discurso de aplicação. Como anotado, porém, o reconhecimento de um novo direito fundamental exige a prova de sua fundamentalidade. Sua identificação somente pode ser feita mediante uma fundamentação correta de sua existência. Nesse sentido, a construção de princípios que justificam o sistema de direitos como um todo em face de um caso resulta no reconhecimento judicial de novos direitos fundamentais. Nesse passo, há sem dúvida uma retomada do discurso de justificação, mas essa mudança da perspectiva argumentativa empregada é algo plausível na teoria dos princípios. Não o é no modelo dedutivo de interpretação, em que não há concessão a um procedimento reconstrutivo e pelo qual o direito é visto como um ordenamento de regras previamente racionalizado, harmonizado, sistematizado e integralizado.

De acordo com o que se vem afirmando, a argumentação jurídica desenvolvida nos casos especialmente controversos não pode ser concebida exclusivamente como a prática de um discurso de adequação.¹² Os discursos de fundamentação e aplicação, e suas respectivas regras, constituem formas de argumentação cujas perspectivas podem ser assumidas em princípio por qualquer um, ao passo que as instituições que proferem decisões vinculantes podem perfeitamente, em certos momentos, exercer simultaneamente as duas formas de discurso. Não há contradição lógica em permitir que os tribunais, por exemplo, exerçam, em algum momento, a tarefa de fundamentar certas decisões recorrendo a uma perspectiva moral. Até mesmo Klaus Günther reconhece que, se por ocasião de um discurso de aplicação a pretensão de validade de uma norma se evidencia polêmica, ela pode ser aclarada num discurso de fundamentação.¹³ Esse parece ser o caso, por exemplo, nos processos de controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos, em que o juízo de constitucionalidade pode ser exercido antes que a lei em questão seja objeto de qualquer aplicação a casos concretos, dando margem ao afastamento de sua validade.

¹²Cf. OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *Coerência e justificação*: alguns problemas da teoria discursiva do direito. Mimeo, s.d., p. 17.

¹³GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Apresentação e tradução espanhola de Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, n. 17-18, Alicante, 1995, p. 293.

Essa conclusão não pretende confundir discursos de justificação e de aplicação, regidos que são por regras específicas. Apenas reconhece que a reconstrução coerente do sistema de direitos exige uma tomada de partido do intérprete na construção de princípios justificadores, a ensejar a assunção de uma “perspectiva de fundamentação moral, capaz de apresentar o sistema jurídico como organizado a partir de princípios os quais podem ser aplicados aos casos difíceis.”¹⁴ Se a existência de uma resposta correta é um pressuposto contrafactual que os participantes em discursos de adequação inevitavelmente assumem, a resposta somente pode ser alcançada através da reconstrução coerente do direito segundo princípios. Em certos casos, os juízos morais desempenham sim um importante papel. Por essa razão, a aplicação de direitos em determinados casos pode passar a exigir o exercício simultâneo do discurso de fundamentação moral. Esse é o caso no reconhecimento de um novo direito fundamental.

O exemplo do direito a sigilo bancário, que, inversamente ao caso norte-americano de afirmação de um direito fundamental geral de proteção à privacidade, parte de um direito mais geral para um direito especial, também serve para ilustrar a tese encerrada nos parágrafos antecedentes. Nesse sentido, a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal brasileiro consolidou o entendimento de que o sigilo bancário é uma das expressões, ou uma das projeções realizadas, do direito fundamental à privacidade ou intimidade. Em julgamento ocorrido ainda em 1992, o Supremo Tribunal expressou que o sigilo bancário é “espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (CF, art. 5º, X).”¹⁵

Em decisão posterior, a Corte reafirmou enfaticamente que o sigilo bancário, “ao dar expressão concreta a uma das dimensões em que se projeta, especificamente, a garantia constitucional da privacidade, protege a esfera de intimidade financeira das pessoas.” A ser assim, “o sigilo bancário reflete uma expressiva projeção da garantia fundamental da intimidade — da intimidade financeira das pessoas, em particular

¹⁴OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *Coerência e justificação*: alguns problemas da teoria discursiva do direito. Mimeo, s.d., p. 23.

¹⁵STF, Pet 577/DF, 93/1992, Relator Ministro Carlos Velloso, RTJ 148/366. Sobre a tese de que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, cf. ainda STF, Recurso Extraordinário n. 219780/PE, 2ª Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 10.09.1999.

—, não se expondo, em conseqüência, enquanto valor constitucional que é (...), a intervenções estatais ou a intrusões do Poder Público desvestidas de causa provável ou destituídas de base jurídica idônea.¹⁶ Nesta última decisão, consta ainda o argumento segundo o qual “a transposição arbitrária, para o domínio público, de questões meramente pessoais, sem qualquer reflexo no plano dos interesses sociais, tem o significado de grave transgressão ao postulado constitucional que protege o direito à intimidade, pois este, na abrangência de seu alcance, representa o ‘direito de excluir, do conhecimento de terceiros, aquilo que diz respeito ao modo ser da vida privada.’”

Os argumentos contidos em tais decisões do Supremo Tribunal são utilizados para sustentar uma interpretação renovada de dispositivo que desde o início está inscrito no texto constitucional, conquanto dele, em momento anterior à primeira decisão, não tivesse sido extraído um sentido que então passou a ser fundamentadamente apresentado. A fundamentação uma prerrogativa específica, na forma do direito ao sigilo bancário, tem como objetivo livrar os cidadãos de “intrusões do Poder Público desvestidas de causa provável ou destituídas de base jurídica idônea.” Essa prerrogativa resulta da correta justificação da fundamentalidade de uma norma que consagra um direito fundamental.

A norma que consagra o direito ao sigilo bancário resulta da fundamentação de um princípio que se encaixa coerentemente no sistema de direitos. Como negar fundamentalidade à outorga de proteção aos dados bancários das pessoas, se a Constituição garante os direitos à inviolabilidade do domicílio e do sigilo da correspondência¹⁷, a par de garantir o próprio direito geral à inviolabilidade da intimidade e da vida privada? Entender que há uma norma consagrando o sigilo bancário como direito fundamental não só é logicamente necessário, como ajuda a compreender o que está protegido pela norma do direito geral à intimidade e à vida privada, que se encontra expressada por dispositivo constitucional específico.¹⁸

¹⁶ STF, MS 23.669-DF (medida liminar), Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 17/04/2000.

¹⁷ Art. 5º, inciso XII, da Constituição de 1988.

¹⁸ Por isso, não parece correto o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, no sentido de que o sigilo bancário só existe no Direito brasileiro por força de lei ordinária e que, portanto, não se cuida de garantia com *status* constitucional. Cf. STF, Mandado de Segurança

Destarte, tanto quanto os direitos da inviolabilidade do domicílio e do sigilo da correspondência, o direito ao sigilo bancário também serve para “excluir, do conhecimento de terceiros, aquilo que diz respeito ao modo ser da vida privada”, impondo uma restrição ao raio de atuação do Estado. Sendo assim, o direito ao sigilo bancário também configura um direito fundamental resultante da construção de um princípio, para a correta interpretação do sistema de direitos fundamentais como um todo em face das circunstâncias de um caso.

3 Dignidade a partir da liberdade e da igualdade: exame de dois casos constitucionais

3.1 Direito constitucional de interromper a gestação de feto anencefálico

Em decisão monocrática da lavra do Ministro Marco Aurélio, foi acolhido pedido liminar formulado em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, para o fim de reconhecer o “direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo medido atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto.”¹⁹ A ação foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, que na petição inicial alertou para o fato de que “a literatura médica aponta que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à

21.729, DJ de 19/10/2001, contendo o voto do Ministro. Se essa posição pretende ressaltar a possibilidade de restrição do direito, basta mencionar que em todos os julgados em que reconhece o sigilo bancário como projeção da garantia fundamental da vida privada, o Supremo Tribunal acrescenta que ele não tem caráter absoluto.

¹⁹ Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 02/08/2004, p. 64. Em 20/10/2004, porém, o Tribunal, por maioria, revogou a decisão justamente na parte em que se reconhecia o direito constitucional de interromper a gestação de feto anencefálico. O processo se encontra pendente de julgamento final, tendo sido determinada pelo Senhor Ministro Relator a realização de audiências públicas, com a participação de diversas organizações da sociedade civil, a fim de ser mais bem discutido o problema.

sobrevida de, no máximo, algumas horas após o parto.” Salientou ainda que “a permanência do feto anômalo no útero da mãe mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e à vida da gestante”. Por isso, justificou que a ação pretendida não podia ser chamada de aborto, mas “antecipação terapêutica do parto”. É que o aborto pressupõe a potencialidade de vida extra-uterina do feto.

A autora da argüição argumentou que uma interpretação do arcabouço normativo com base em visão positivista pura tornava possível responsabilizar penalmente os profissionais de saúde e a gestante que pretendessem realizar o procedimento médico-cirúrgico que leva à interrupção da gravidez, quando atestada por médico habilitado a ocorrência da anomalia. Ocorre que o Código Penal Brasileiro criminaliza a prática do aborto, fazendo exceção apenas nos casos de gravidez resultante de estupro ou de gravidez que ponha em risco a vida da mulher (Código Penal, arts. 124, 125, *caput*, e 128, incisos I e II). Entende a autora que “impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade humana — a física, a moral e a psicológica — e em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde”.

A decisão monocrática admitiu os argumentos de ordem técnica, reconhecendo que no caso de anencefalia a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Reconhece ainda a validade dos argumentos jurídicos, dizendo que o caso a um só tempo envolve o direito à vida, o direito à liberdade “em seu sentido maior”, o direito à preservação da autonomia da vontade, o princípio da legalidade e, “acima de tudo, a dignidade da pessoa humana”. É certo que o Supremo Tribunal quase teve a oportunidade de pronunciar-se sobre o tema, em ocasião anterior, quando foi apresentada ação por uma gestante que solicitava autorização para realizar a interrupção da gravidez de feto comprovadamente anencefálico. Cuidou-se de uma ação de *habeas corpus* ajuizada em face de decisão do Superior Tribunal de Justiça negando a autorização pretendida. O processo não foi efetivamente julgado no mérito porque se decidiu que a superveniência do parto

tornou prejudicada a impetração.²⁰ No dia em que foi levado à apreciação do Plenário do Tribunal, o parto já havia sido realizado, pelo transcurso de oito meses da gravidez, tendo sido registrada morte biológica sete minutos depois.

Ainda assim, o Ministro Relator fez questão de juntar aos autos do processo voto em que criticou o positivismo utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça para negar a ordem de *habeas corpus* solicitada pela gestante,²¹ ao tempo em que alinhavou argumentos que bem fundamentam a existência de um direito constitucional de interromper a gestação de feto anencefálico, por meio de um complexo juízo de coerência. O Ministro anotou que a comprovação da inviabilidade do feto anencefálico, embora biologicamente vivo, faz com que ele deixe de ser amparado pelo art. 124 do Código Penal. É que a Lei 9.434/1997 (Lei de Transplantes de Órgãos) fixa como momento da morte do ser humano o da morte encefálica (art. 3º). Sendo assim, a conduta que a gestante pretendia ver autorizada era atípica, não se tratando de ilícito penal ou exceção ao rol do art. 28 do Código Penal. Por outro lado, e como um contraponto à posição do Superior Tribunal, foi dito que no tempo de elaboração do Código Penal não havia tecnologia médica apta a diagnosticar, com certeza, a inviabilidade do desenvolvimento do nascituro. Aliás, os estudos referentes à medicina fetal e terapia neonatal datam da década de 1950.

Do ponto de vista da fundamentação propriamente normativa, o voto registrou que a autodeterminação da gestante é manifestação da liberdade individual, considerando “a autonomia como componente primordial da liberdade”. Se a autodeterminação da gestante é manifestação da liberdade individual, quando surge o problema de saber o que diz essa autodetermi-

²⁰Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* 84.025-6/RJ, Relator Ministro Joaquim Barbosa, *DJ* de 25/06/2004, p. 04.

²¹Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* 32.159/RJ, 5ª Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, *DJ* de 22/03/2004, p. 339: “A legislação penal e a própria Constituição Federal tutelam a vida como bem maior, a ser preservado. Exceções legais devem ser interpretadas de modo restrito. Não se admite extensão *in mala partem*. Prevalência do princípio da reserva legal. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, art. 128 do CP, o caso descrito. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.”

nação para o caso em que se comprova a deformidade irreversível do feto, é possível formular a seguinte resposta: “a mulher é livre para interromper a gravidez de feto irreversivelmente deformado.” A resposta pode assumir a forma de um enunciado que diz que a mulher *pode*, ou *tem direito*, a interromper a gravidez de feto irreversivelmente deformado. Ele expressa uma norma de direito que se fundamenta no princípio geral da liberdade e em uma de suas manifestações, que é o princípio da autonomia individual. Por ser assim, “impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, (...resulta) em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde.”²² Aquela é uma norma de direito fundamental plenamente justificada, podendo ainda ser adicionados outros argumentos para o fim de comprovar essa fundamentalidade.

Trata-se de norma de direito que concretiza o princípio da dignidade humana, com toda clareza. No voto do Ministro Joaquim Barbosa, consta que “estudos multidisciplinares relatam as reações emocionais dos pais após o diagnóstico da malformação fetal: ambivalência, culpa, impotência, perda do objeto amado, choque, raiva, tristeza e frustração.” Já na decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio consta o argumento de que “diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar.” Esse é o reconhecimento da dor, angústia e frustração por que pode passar uma mulher obrigada a carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá. E “evitar a dor é um princípio moral universal e base da compaixão humana. (E) se o feto anencefálico, portanto com morte cerebral, pode vir a causar dores físicas ou psicológicas lancinantes à mãe, não deveríamos ter dúvidas em relação à escolha moral adequada, preservando-se, neste caso, a mãe.”²³ O princípio de evitar a dor não se aplica ao feto anencefálico

porque ele não é e não pode ser senciente, já que não tem cérebro.

Evitar a dor é algo que concretiza o princípio da dignidade humana. Constitui uma exigência do princípio da dignidade permitir que a gestante possa aliviar suas dores físicas ou psicológicas lancinantes provocadas por um feto com morte cerebral. Por isso mesmo, em argumentação regida pela regra da coerência normativa, o Ministro Joaquim Barbosa afirma ainda que não é razoável obrigar a mulher a manter a gestação de feto anencefálico, “em comparação com as hipóteses já elencadas na legislação como excludentes de ilicitude do aborto, especialmente porque estas se referem à interrupção da gestação de feto cuja vida extra-uterina é plenamente viável”. É incoerente chancelar a liberdade e a autonomia privada no caso do aborto sentimental (em face de gestação resultante de estupro) e vedar no caso de má formação gravíssima do feto.

Também por isso, transparece incorreta a decisão do Superior Tribunal de Justiça ao fixar que, tendo o legislador excluído de forma propositada a situação como hipótese autorizadora do aborto, cabe apenas lamentar a omissão. Afora o fato de que, no tempo da legislação penal, não havia condições técnicas de detectar a anomalia, o Superior Tribunal assumidamente se nega a examinar a validade das premissas do discurso jurídico que empreende, adotando uma postura de aplicação dura de regras, própria do positivismo jurídico. A ser assim, acaba por violar o princípio da imparcialidade na aplicação, por não levar em conta todas as circunstâncias relevantes da situação. O discurso da decisão externa ainda a suposição de que, se o legislador tivesse previsto a interrupção da gravidez de feto anencefálico como hipótese autorizada de aborto, a conduta seria aceitável. Seria aceitável, então, apenas porque veiculada formalmente por lei? Ora, a norma suposta que se vem examinando não é de maneira alguma daquelas que “nem sequer o legislador poderia ordenar”.²⁴ Pelo contrário, é norma exigida pelo sistema de direitos, que nem sequer o legislador pode confrontar.

²² Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 02/08/2004, p. 64, com argumentos coletados da petição inicial da arguição.

²³ PRADO, Antônio. Sobre a interrupção da gestação de fetos anencefálicos. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 12, n. 145, dez. 2004, p. 02.

²⁴ ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista dos Tribunais / Fascículo Cível*. Ano 91, v. 799, maio 2002, p. 36.

Como sustenta Antônio Prado, indubitavelmente as abordagens religiosas nesse tema são complexas e sensíveis.

Mas o Estado brasileiro é laico, sendo importante ressaltar que uma possível decisão no Plenário do STF não será uma imposição da prática de interrupção da gestação dos fetos anencefálicos, mas sim uma autorização para que o procedimento médico, desde que autorizado pela mãe ou pela família, seja realizado sem a criminalização do ato. As pessoas, que por motivos de fé religiosa não quiserem realizar a interrupção dessa gestação, têm toda a liberdade garantida pela Constituição Brasileira. (...) O argumento da sacralidade da vida é significativo. De certo, matar está errado, sejam seres sencientes da nossa espécie ou não, já que todos sofrem ou podem causar sofrimento ao morrer. E matar seres que têm alma, mais errado ainda, pois a vida nesse caso tem origem e sentido transcendental. Há que se respeitar os que defendem esses dogmas e, se não forem prejudiciais a terceiros, garantir seu exercício pleno. Porém, não se pode admitir que dogmas religiosos sejam impostos através do Estado laico, a cidadãos com outras convicções.²⁵

Uma decisão reconhecendo o direito de interromper a gestação de feto anencefálico de fato tem o sentido de outorgar uma permissão aos destinatários do direito. Não se trata de ordenar que a interrupção deva ocorrer, mas de cancelar a liberdade de optar ou não por isso. Nesse sentido ele configura um direito fundamentado diretamente no direito geral de liberdade. Ele concretiza a liberdade de poder fazer o que se quer na medida em que razões suficientes (direitos de terceiros e interesses coletivos) não estão justificando uma restrição dessa liberdade. Mediante a sua incidência, garante-se ao indivíduo que ele não seja impedido de eleger com autonomia entre diversas alternativas de decisão, jurídica e moralmente legítimas. Ao mesmo tempo, a norma que o assegura realiza uma descrição relativamente geral de ação, que definitivamente não está proibida por qualquer outra norma constitucional. O direito a interromper a gestação de feto anencefálico pode, em suma, ser apresentado como um direito decorrente dos princípios fundamentais, pois fundamentadamente se insere no direito geral de liberdade.

²⁵ PRADO, Antônio. Sobre a interrupção da gestação de fetos anencefálicos. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 12, n. 145, dez. 2004, p. 02.

3.2 Direito à união civil dos homossexuais

O reconhecimento desse direito tem sido feito no contexto de casos nos quais geralmente são tratadas questões previdenciárias ou de sucessão. Há não muito tempo, por exemplo, a 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, confirmou, por unanimidade, sentença que obriga o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) a considerar os companheiros ou companheiras homossexuais como dependentes preferenciais dos segurados ou seguradas do Regime Geral de Previdência Social, segundo notícia veiculada no site do referido Tribunal, no dia 27.07.2005²⁶. Ainda de acordo com a notícia, “a decisão é válida para todo o Brasil e determina que o INSS dê aos casais que vivem em união estável homoafetiva tratamento idêntico ao que é dado aos casais heterossexuais, impondo exigências exatamente iguais para todos nos casos de concessão de benefícios previdenciários”.

Segundo consta, o Magistrado Relator decretou que a legislação infraconstitucional, ao proibir aos companheiros de mesmo sexo o acesso aos benefícios devidos aos dependentes dos segurados, “desrespeitou os princípios da dignidade da pessoa humana e do direito à igualdade.” E que a exclusão dos benefícios previdenciários em razão da orientação sexual, “além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas.” Destacou ainda que a orientação sexual do indivíduo – seja voltada para a hetero, homo ou bissexualidade – não lhe confere status excepcional que enseje tratamento diferente daquele dispensado à generalidade dos cidadãos. Finalmente, aduziu que as uniões homossexuais também se constituem em entidades familiares, sendo irracional não reconhecer que, nas circunstâncias atuais, as relações entre indivíduos do mesmo sexo estão abrangidas pela noção de entidade familiar, que “se constitui por laços de afetividade e necessidades mútuas, não por imperativos de ordem sexual.” Por isso mesmo, “o amor e a convivência homossexual são uma realidade que não pode mais ficar à margem da devida tutela jurídica.”

Como explica corretamente Fernanda Duarte, “o reconhecimento das relações homossexuais exige a mudança nas concepções de família, casamento e união

²⁶ www.trf4.gov.br. Consulta realizada em 28/07/2005.

estável, substituindo-se os elementos tradicionais — heterossexualidade e reprodução — pelos elementos que compõem a família contemporânea: afeto, mútua ajuda e desenvolvimento pessoal de seus membros.²⁷ Noutro passo, o princípio da dignidade humana é apresentado como a “via de exercício legítimo da sexualidade, exigindo-se o respeito ao que cada pessoa entende como sexual ou afetivamente desejável.”²⁸ Nesse contexto, o discurso em favor do reconhecimento das relações homossexuais tem como argumentos, pelo menos, a valorização da dignidade humana, o reconhecimento da diversidade, o princípio da liberdade (autonomia) e igualdade, além do direito à intimidade. Sendo assim, a igualdade representa, no campo das uniões homoafetivas, a impossibilidade de se dar tratamento desigual em decorrência de orientação sexual.

Se o princípio da igualdade exige um tratamento igual e só permite um tratamento desigual que pode ser justificado com razões opostas, isso outorga um direito *prima facie* à omissão de tratamentos desiguais. A orientação sexual do indivíduo — seja voltada para a hetero, homo ou bissexualidade — não pode ser considerada uma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, quanto ao reconhecimento da união civil, motivo pelo qual está ordenado um tratamento igual nessa matéria. E não é razão suficiente porque a orientação sexual do indivíduo advém da própria liberdade de escolher uma decisão que não prejudica terceiros. Tanto quanto aquele que dirige seu interesse sexual para pessoa do sexo oposto, aquele que se dirige a pessoa do mesmo sexo está livremente optando. “O fato de direcionar sua atenção a uma pessoa do mesmo ou de distinto sexo que o seu, não pode ser alvo de tratamento discriminatório. Decorre exclusivamente do sexo da pessoa que faz a escolha, a qual dispõe da liberdade de optar. O tratamento diferenciado por alguém orientar-se em direção a um ou outro sexo evidencia

²⁷ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Síntese das idéias desenvolvidas em uma questão de direito: a homossexualidade e o universo jurídico. *Direito Federal / Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. Ano 23, n. 1, 1º sem./2005, p. 190.

²⁸ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Síntese das idéias desenvolvidas em uma questão de direito: a homossexualidade e o universo jurídico. *Direito Federal / Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. Ano 23, n. 1, 1º sem./2005, p. 191.

uma clara discriminação à própria pessoa em função de sua identidade sexual.”²⁹

Ordinariamente, aqueles que negam a proteção jurídica especial à união de pessoas do mesmo sexo se baseiam no argumento de que, a despeito desse tipo de convivência ser uma realidade social, não está ela ainda regulamentada. Aliás, indicam a letra do art. 226, § 3º, da Constituição de 1988, para afirmar que o ordenamento jurídico constitucional em momento algum previu a hipótese de união de pessoas do mesmo sexo para fins de proteção estatal. Referido dispositivo contém o seguinte enunciado normativo: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” Todavia, esse argumento é confrontado com a observação de que o dispositivo constitucional não é taxativo, sendo, na verdade, e como bem afirmado pelos próprios opositores, omisso quanto à união estável entre pessoas do mesmo sexo. Sendo omisso, não veda expressamente, permitindo uma compreensão aberta e flexível da noção de entidade familiar, calcada no reconhecimento de uma esfera íntima que deve ser neutra perante o Direito.³⁰

Seja como for, pode ser justificado um direito de proteção da união civil estável entre pessoas do mesmo sexo a partir do direito geral de igualdade, cuja fundamentalidade resulta da sua própria inclusão na máxima geral da igualdade. Não é possível justificar com razões suficientes um tratamento desigual para a questão. Não havendo nenhuma razão suficiente sequer para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual, pelo qual o Estado deve oferecer proteção especial às pessoas que mantêm rela-

²⁹ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 91. Citação extraída do voto da Juíza Hind Ghassan Kayath, do Tribunal Regional Eleitoral do Pará, no Recurso Eleitoral Ordinário n. 993, no qual aquele Tribunal, vencida a Juíza, reformou sentença de primeiro grau que declarou inelegível candidata a prefeita municipal que mantinha relação homoafetiva estável com prefeita já reeleita. Posteriormente, o Tribunal Superior Eleitoral reformou a decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Pará, na linha do voto da Juíza Hind Ghassan, declarando inelegível a candidata. No Tribunal Superior Eleitoral, o Recurso Especial Eleitoral 24564 foi relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, tendo sido julgado em 01/10/2004, com publicação do acórdão na própria sessão.

³⁰ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Síntese das idéias desenvolvidas em uma questão de direito: a homossexualidade e o universo jurídico. *Direito Federal / Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. Ano 23, n. 1, 1º sem./2005, p. 198.

cionamento homoafetivo estável, tanto quanto oferece para as pessoas de sexos diferentes que mantêm relacionamento afetivo estável. Não há qualquer razão suficiente para permitir um tratamento desigual, quanto mais para ordenar um tratamento desigual. A máxima geral da igualdade estabelece a carga de argumentação para os tratamentos desiguais. Já se uma oposição é feita com base em argumento religioso, vale aquilo que se anotou antes: não se pode admitir que dogmas religiosos sejam impostos através do Estado laico, a cidadãos com outras convicções.

Conclusão

De maneira complexa, os dois casos analisados revelam a estrutura de uma argumentação que tem como nota relevante a grande indeterminação das normas dos direitos gerais de liberdade e igualdade. Todavia, o que sempre se quer saber é o que dizem as disposições constitucionais do direito geral de igualdade e do direito geral de liberdade, para a proteção da dignidade dos indivíduos. Não há outra maneira de fazer avançar o discurso jurídico se não se procurar obter a melhor interpretação dos dispositivos constitucionais que outorgam direitos fundamentais. Sem a suposição de novos sentidos, para os quais deve ser construída uma fundamentação coerente, não será possível saber o que o sistema de direitos diz para os casos imprevistos.

Assim, o reconhecimento de novos direitos fundamentais tem como critério mais geral a fundamentação adequada de princípios que devem ser levados em conta no discurso de aplicação dos direitos a casos imprevistos e controversos, a fim de tornar coerente o sistema de direitos como um todo. Há que se demonstrar que eles constituem exigências do próprio sistema de direitos, para a construção de uma resposta normativamente correta, baseada nas circunstâncias da situação. Por isso, o reconhecimento de novos direitos fundamentais é um procedimento de aplicação dos direitos aberto aos princípios que compõem a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. É a reconstrução coerente do sistema de direitos por meio de princípios justificadores, aplicáveis aos casos imprevistos, que revela novos direitos.

Corte Especial

Mandado de Segurança

2006.01.00.027408-0/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira

Rel. p/ acórdão: O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente

Impetrante: União Federal

Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero

Impetrado: Des. Federal da 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Interessada: Federação Brasileira dos Hospitais – FBH

Publicação: DJ 2 de 02/02/2007

Ementa

Constitucional e Processual Civil. Mandado de segurança. Extinção do processo sem julgamento do mérito, por afronta à autoridade do ato jurídico-sentencial perfeito e da coisa julgada. Tutela mandamental e específica no Agravo de instrumento. Descumprimento dessa ordem judicial. Ato atentatório ao exercício da jurisdição (CPC, art. 14, V e respectivo parágrafo único). Poderes limitados do juízo da execução do julgado. Legitimação extraordinária (substituição processual) da Federação Brasileira de Hospitais (FBH) para promover a execução precatorial do julgado perante o juízo competente. Afastada a exigência de certidões negativas de tributos para o levantamento de valores decorrentes de precatório judicial. Declaração de inconstitucionalidade do art. 19 da Lei 11.033/2004 pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 3453. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgado de 30/11/2006). Efeito vinculante e eficácia erga omnes (cf, art. 102, § 2º).

I – Afigura-se incabível o processamento de mandado de segurança, como excepcional garantia constitucional (CF, art. 5º, LXIX), visando inibir a eficácia de decisão mandamental e específica de Juiz Relator de agravo de instrumento, que, na estrita observância do devido processo legal, determinava o regular prosseguimento de execução precatorial, para garantir a autoridade do ato jurídico-sentencial perfeito e da coisa julgada, a merecer respeito até mesmo do legislador formal (CF, art. 5º, XXXVI). O mandado de segurança, como garantia fundamental, desenganadamente, não se presta para excluir a efetividade da tutela jurisdicional, com a conseqüente negativa de acesso pleno à Justiça (CF, art. 5º, inciso XXXV).

II – A decisão monocrática do Relator ou do órgão colegiado do Tribunal, nos autos do agravo de instrumento, tem natureza essencialmente mandamental e específica, devendo ser cumprida, com exatidão e, de imediato, por todos aqueles que, de qualquer forma, participam do processo, não se admitindo a criação de qualquer embaraço à efetivação desses provimentos judiciais, sob pena de caracterizar-se ato atentatório ao exercício da jurisdição, sujeitando-se os responsáveis às sanções civis e criminais, previstas no parágrafo único do art. 14 do CPC.

III – Se o julgamento proferido pelo Tribunal substitui a sentença ou a decisão recorrida, no que tiver sido objeto do recurso (CPC, art. 512), não é permitido ao juízo singular, que decidiu o processo de conhecimento, em primeira instância, reagitar questões já resolvidas ou mesmo pendentes de decisão na instância superior, ainda que de ordem pública, posto que lhe cabe apenas processar a execução do julgado (CPC, art. 575, II), sem poderes para inovar no processo, já revestido da autoridade de ato jurídico-sentencial perfeito e da coisa julgada, sob o manto protetor da preclusão máxima (CPC, arts. 473 e 474).

IV – A ação coletiva, regulada pela Lei 8.078, de 11/09/1990 (CDC), não instrumentaliza, apenas, a defesa de interesses ou direitos difusos e coletivos, de natureza indivisível (art. 81, parágrafo único, incisos I e II), mas, poderá

ser exercida, também, como no caso em exame, *para a tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum* (art. 81, parágrafo único, inciso III). Por determinação legal, a execução dessa sentença coletiva poderá ser promovida, concorrentemente, quer pelas vítimas do ato impugnado e seus sucessores, quer pela entidade representativa dos titulares desses direitos individuais homogêneos, independentemente de autorização assemblear (Lei 8.078/1990, arts. 82, IV, 91 e 97), em manifesta legitimação extraordinária, como clássica substituição processual.

V – A exigência de certidões negativas de tributos, para o levantamento de valores decorrentes de precatório judicial, restou, definitivamente, afastada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3453. Rel. Min. Carmen Lúcia. Julgado em 30/11/2006, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, na inteligência de que o art. 19 da Lei 11.033/2004, ao estatuir condição restritiva à satisfação de direitos do jurisdicionado, não se harmoniza com a norma fundamental da República, agredindo, assim, o direito à efetividade da jurisdição e o respeito à coisa julgada.

VI – Declarou-se extinto o processo do mandado de segurança, sem julgamento do mérito, para garantia da eficácia plena e imediata da decisão mandamental do Relator no Agravo de Instrumento 2006.01.00.012435-4/DF.

Acórdão

Decide a Corte Especial, por maioria, declarar extinto o processo do mandado de segurança, sem julgamento do mérito.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 07/12/2006.

Desembargador Federal *Souza Prudente*, Relator para acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:
— A União ingressou com o presente mandado de segurança contra ato do Relator do Agravo de Instrumento 2006.01.00.012435-4/DF, Juiz Federal Vallisney de Souza Oliveira, então em substituição ao Desembargador Federal Fagundes de Deus, que, deferindo antecipação de tutela recursal, suspendera decisão do juízo da 17ª Vara da Justiça Federal/DF, em que: a) foi denegado “pedido de levantamento, determinando sejam mantidos incólumes na conta bancária os recursos referentes à terceira parcela do precatório atuado sob o n. 2003.01.00.007196-3/DF”, ... “bem como os subseqüentes que porventura venham a ser depositados”; b) determinou-se “sejam suspensos os pagamentos dos precatórios atuados no TRF 1ª Região sob os n. 2003.01.00.007196-3/DF (valor principal) e 2003.01.00.007195-0/DF (honorários de sucumbência), em face da existência de erro material, perdurando tal suspensão até posterior retificação, que será promovida após a definição”, por aquele juízo, “do correto valor devido aos substituídos, a ser pago ao substituto”.

Argumenta a impetrante que: a) “em *matéria de procedimento executivo* não há de se falar em preclusões, aplicando-se o mesmo a *questões de ordem pública* como a legitimidade para promover a ação correspondente ou adequação da forma de liquidação da sentença”; b) “não observou o relator, também, que questões como *a quem deve reverter o produto da execução coletiva jamais foram objeto de decisão* judicial no processo; e que a coisa julgada material somente tem lugar no processo de conhecimento, e nunca se aplicaria a decisões incidentais tomadas no processo de execução”; c) “o processo está sendo conduzido de modo que *possibilita à Federação Brasileira de Hospitais a obtenção de benefício ilegal*, qual seja, a apropriação de valores que não são seus por direito, mas sim de centenas de hospitais que foram por ela substituídos no processo de conhecimento”; d) no “processo 95.00.06459-6 obteve-se sentença em que se declarava genericamente a responsabilidade da União por um prejuízo de valor determinado, que teria sido suportado em conjunto por todos os hospitais do país vinculado ao Inamps no mês de junho de 1994”; “por tratar-se de direitos homogêneos, teriam os hospitais substituídos o *prazo de um ano para liquidarem e executarem*

individualmente os valores a que fizessem jus, podendo o sindicato eventualmente *representá-los* nisso desde que devidamente *autorizado*”; e) “esse tipo de execução tem por característica distintiva o fato de que o exequente não levanta os valores executados pelo réu”; “esses devem reverter para um *fundo*, que na impossibilidade de satisfação individual de todos os lesados, fica responsável por aplicar os valores a ele confiados em ações compatíveis com o interesse reconhecido pela sentença”; f) “o *levantamento de valores*, em execução de sentença coletiva, somente pode ocorrer na modalidade de *execução individual*”; g) “as matérias sobre as quais já se manifestou o TRF em agravo de instrumento — a necessidade de autorização de cada substituído processual para levantamento do precatório — é matéria de *ordem pública* que pode e deve ser revista de ofício pelo juízo da causa”; h) “a observância do que consta expressamente na lei da execução não pode ser considerada uma inovação ‘não discutida’ no processo de conhecimento”; i) tratando-se de direitos individuais homogêneos (direitos acidentalmente coletivos), “a sentença coletiva condenatória tem *eficácia genérica* imposta por lei (art. 95, Lei 8.078/1990), e em algum momento deve ser liquidada de modo individualizado; o que geralmente deverá ser feito na modalidade por artigos, diante da necessidade de provar fatos novos”; j) “essa conclusão se depreende claramente do próprio sistema de tutela coletiva introduzido pela Lei 7.437/1985 e integrado pelo Código de Defesa do Consumidor, na medida em que prevê preferencialmente a legitimação do indivíduo para executar a parcela que lhe cabe da condenação (art. 98, inciso II; art. 99), tornando meramente residual a legitimação do sindicato para mover a execução coletiva (art. 98, *caput*), a reverter para o fundo de que trata o art. 13 da Lei 7.347/1985”; l) “se a execução é movida pelo sistema das execuções individuais, tem razão o MM. Juízo da 17ª Vara ao exigir a comprovação da regularidade fiscal dos hospitais beneficiários, tal como exige o art. 19 da Lei 11.033/2004, pois não há nada na lei que os isente nesse caso concreto”; m) além disso, “a executada deve poder averiguar se algum dos sindicalizados não promoveu ação individual em paralelo à ação coletiva (direito de *opt-out*), porque nesse caso a eficácia da sentença coletiva deixa de abranger esse indivíduo (art. 104, Lei 8.078/1990)”; n) “há diversos hospitais promovendo já *execução de sentença em ações individuais* contra a União, sendo certo que a suspensão da decisão agravada pelo ato judicial coator enseja um grande risco de que pagamen-

tos sejam feitos *em duplicidade e sem título* que os amparem, em razão do exercício do direito de opção pela via individual”; o) “a inobservância desses dispositivos legais tem provocado situação teratológica, como é muito bem explicitado por essa pequena amostra da decisão que foi suspensa pela ato coator: *Conforme se verifica da relação dos hospitais credenciados ao SUS e que prestaram serviços no mês de junho de 1994, há inúmeros hospitais da rede pública, podendo-se citar a título de exemplo, somente no Distrito Federal, o Hospital das Forças Armadas, o Hospital Universitário de Brasília da Fundação Universidade de Brasília – FUB, o Hospital de Base do DF, os Hospitais Regionais da Asa Sul, Asa Norte, Gama, Brazlândia, Ceilândia, Planaltina, Taguatinga (vide fls. 400). Logicamente, todos os demais hospitais públicos do país estão nessa relação. E mais, os valores a eles devidos são bastante expressivos, pois é sabido que o atendimento prestado pelo SUS é prestado prioritariamente pela rede pública. Ora, seria um verdadeiro absurdo a União pagar valores à Federação Brasileira dos Hospitais na condição de substituta processual, cujo substituído, e credor último, é ela própria*”; p) “a entidade sindical vem agindo no processo como se de execução individual se tratasse e como se titular do crédito fosse ela, peticionando para que sejam expedidos precatórios e alvarás em seu favor”; “a Federação Brasileira de Hospitais até pode promover a execução na qualidade de substituta processual; mas ela *não faz jus à expedição de alvará de levantamento em seu nome*”; “a legitimação para executar a sentença coletivamente não se confunde com o direito de levantar o produto da condenação”; q) “a se permitir que a Federação Brasileira de Hospitais levante valores em nome próprio, ocorrerá que *tão lesada como a União poderão ser os hospitais que foram substituídos na fase de conhecimento, pois não se está garantindo que os valores entregues a esse ente sindical realmente ficarão à disposição da classe substituída*”; “daí a necessidade de que, se realmente for processada a execução sob o regime coletivo, os valores sejam recolhidos ao fundo de direitos difusos de que tratam o art. 13 da Lei de Ação Civil Pública e a Lei 9.008/1995”; r) “a parte da decisão que determinou a expedição de alvará de levantamento em nome da Federação Brasileira de Hospitais é *flagrantemente ilegal*”; s) “houve, ao longo da execução, a interposição de três agravos de instrumento, nos quais se *tangenciou algumas das questões* levantadas pelo juízo da execução”; “o que teve discussão mais próxima às questões levantadas foi o Agravo de Instrumento 2004.01.00.051534-3/

DF, em que se decidiu: (i) que a FBH tinha legitimidade para executar a sentença; e (ii) que ela não precisaria de autorização dos sindicalizados para liquidar individualmente a condenação”; t) “o único objetivo do processo de execução é dar fiel cumprimento à sentença, razão pela qual o juiz pode e deve rever de ofício o procedimento adotado ao constatar o seu desvio da sentença exequenda”; de acordo com jurisprudência do STJ, “a correção do rumo da execução, para fins de dar fiel cumprimento ao dispositivo da sentença trãnsita em julgado pode ser engendrada de ofício pelo Juiz, em defesa da coisa julgada, atuar que só preclui com o escoamento do prazo para a propositura da ação rescisória” (REsp 531.804/RS); u) “contra as normas de ordem pública, é sabido, não se adquirem direitos — nem no plano material e nem no plano processual — e não se consuma o fenômeno da preclusão”; v) “há também questões que em nenhum momento foram debatidas pelo Agravo de Instrumento 2004.01.00.051534-3/DF ou em qualquer outro: (i) muito embora tenha se julgado que a FBH é legítima para promover a execução, não se falou sobre a necessidade de reversão da condenação ao fundo de direitos difusos, em se tratando de execução coletiva; (ii) não se decidiu sobre a necessidade de comprovação de regularidade fiscal, em se tratando de execuções individuais; (iii) não se decidiu sobre o caráter genérico imposto à sentença pelo art. 95 da Lei 8.078/1990 e a necessidade de liquidação (de onde conclui o juízo de origem que há evidente erro material no precatório)”; x) “o Superior Tribunal de Justiça já julgou uma causa em que se discutia especificamente o caráter de ordem pública de que se revestem as normas relativas à liquidação de sentença, para concluir que o juiz da causa pode impor a sua observância a qualquer tempo e grau de jurisdição, sem que o processamento de parte da execução de maneira diversa acarrete qualquer tipo de preclusão para o magistrado” (“As formas de liquidação especificadas na sentença cognitiva não transitam em julgado, razão pela qual, aplica-se, na hipótese de vício de inadequação da espécie de liquidação, o chamado princípio da fungibilidade das formas de liquidação, segundo o qual a fixação do quantum debeatur deve processar-se pela via adequada, independentemente do preceito expresso no título exequendo” — Resp 657.476/MS); “as matérias relacionadas com as condições da ação e pressupostos processuais, como o são a de legitimidade das partes, questão de indiscutível ordem pública, não se submetem à preclusão para as instâncias ordinárias, podendo ser examinadas a qualquer tempo,

mesmo de ofício pelo Juiz, enquanto estiver em curso a causa” — Resp 713.243/RS).

Pretende-se, em caráter definitivo, “seja concedida a segurança, para o fim de que seja anulada a decisão do relator que antecipou a tutela recursal no Agravo 2006.01.00.012435-4, autorizando a expedição de alvará de levantamento em favor da federação sindical exequente; e facultando-se ao juiz da execução a adoção das providências que entender cabíveis para reconduzir o processo aos limites da coisa julgada e ao devido processo legal, a serem discutidas em sede própria”.

Foi deferida liminar pela Desembargadora Federal Selene de Almeida, em substituição a este Relator, sob os seguintes fundamentos: a) “no que se refere à obrigatoriedade de apresentação de certidões negativas de débito para que seja autorizado o levantamento dos depósitos judiciais, medida instituída pelo art. 19 da Lei 11.033/2004, trata-se de norma de natureza processual, aplicável, portanto, aos efeitos pendentes”; b) “do ato impugnado há o risco de ineficácia da medida, caso seja deferida ao final, eis que o levantamento dos valores referentes à terceira parcela do precatório, no montante de R\$ 64.701.584,14 (sessenta e quatro milhões, setecentos e um mil, quinhentos e oitenta e quatro reais e quatorze centavos), restou determinado pelo ato impugnado”.

A autoridade impetrada, nas informações, limita-se a transcrever a decisão contra a qual se insurge a impetrante (fls. 534-536).

A Federação Brasileira de Hospitais – FBH, litisconsorte necessário, apresentou contestação, com os seguintes argumentos: a) o prolator da decisão agravada, “deixando-se impressionar, de um lado, pelos ‘expressivos valores envolvidos’ e, de outro, pela suposta ‘deficiência na defesa da União’, entendeu que, de ofício, poderia reexaminar todas as questões já discutidas e resolvidas no processo de conhecimento, no processo de execução e, frise-se, na fase administrativa do precatório”; b) para retomar a execução sua marcha, “segundo a decisão agravada, será necessário reabrir a discussão e refazer a prova do quantum e a identificação dos beneficiários dos créditos, a fim de que venham a ser novamente liquidados”; c) o que se resolveu “foi reabrir o processo de conhecimento para que venha a ser decretada outra condenação em favor de outros beneficiários de acordo com o entendimento daquele juiz, que não era o da sentença exequenda — já manti-

da em grau de apelação, de remessa oficial e, até mesmo, no juízo rescisório — nem o das partes, que se empenharam na renhida disputa do contraditório”; d) “ao decidir o pedido de levantamento da terceira parcela anual do precatório, o ilustre Dr. Juiz Federal examinou a sentença da ilustre titular da Vara em face da prova produzida nos autos, quer na ação de conhecimento, quer na execução, para sustentar que a condenação líquida proferida em favor da FBH não se justificaria pelos elementos do processo, os quais passou a rever e submeter a diversas operações aritméticas inteiramente estranhas ao julgado executando”; e) “diante das dúvidas levantadas, que só poderiam merecer seu exame se fosse ele o juiz da ação, mas não aquele que devesse apenas autorizar o levantamento requerido da terceira parcela do precatório, reabriu a instrução probatória típica de um processo de conhecimento, denegou o pedido de levantamento e mandou suspender os precatórios, além de outras medidas igualmente impertinentes e atentatórias da coisa julgada, dos princípios e das decisões superiores, tudo isso a pretexto de existir um inexistente e não demonstrado erro material, que poderia ser emendado de ofício a qualquer tempo”; f) está “muito claro que, relativamente ao mérito da demanda, a decisão da AC 1997.01.00.030655-9/DF, de 14/10/1999, de que foi relator o eminente Desembargador Federal Osmar Tognolo, dirimiu a pendência em favor da FBH em perfeita conformidade com a jurisprudência remansosa do TRF e do STJ e, como já está sob o manto da coisa julgada, causa espécie que o juízo da execução — e agora também a União — haja considerado admissível rever a condenação definitivamente imposta no processo de conhecimento”; g) “depois de esgotar todos os recursos no processo de conhecimento e na subsequente ação rescisória, a União concentrou-se no processo de execução, à qual, talvez por manobra estratégica, não ofereceu embargos”; “decorridos *in albis* o prazo de defesa da executada, veio a União, entretanto, com uma inconcebível objeção de pré-executividade, que o ilustrado juízo da 17ª Vara não acolheu”; h) “não conseguindo seu intento protelatório perante o vigilante juízo da execução, valeu-se a União dos agravos à Corte Regional, mas também não teve guarida”; i) “no procedimento administrativo do precatório, a União igualmente insistiu nas objeções anteriores, mas, mais de uma vez, o propósito protelatório foi rechaçado”; j) quanto aos honorários, “a objeção da União só veio no momento final do cumprimento de

recursos e impugnações contra seus credores, chegou a fazer essa objeção na instância competente do precatório, o que é bastante para salientar sua completa improcedência”; l) “a quantia considerada para fixação da verba da sucumbência foi a mesma do valor dado à causa (f. 163), o qual não foi objeto de impugnação oportuna pela União nem de modificação pelo juízo no curso da ação de conhecimento”; m) “outra questão também suscitada a destempo pela decisão a que se apegou a impetrante é a que concerne à representação dos hospitais substituídos processualmente pela FBH, pois está igualmente superada nessa Eg. Corte Regional, que desenganadamente reconheceu à então agravante legitimidade para levantar diretamente as parcelas referentes ao precatório principal. É o que bem esclarece a ementa do Ag. 2004.01.00.02134-3/DF, julgado em 13/12/2004, do qual, aliás, se prevaleceu a executante para levantar diretamente as duas primeiras parcelas do precatório ora discutido”; n) “a tentativa de aplicar à presente execução as normas do Código de Defesa do Consumidor (arts. 91 a 100), que disciplinam a ação coletiva de tutela de direitos individuais homogêneos — na qual a União continua insistindo neste mandado de segurança —, não leva em conta que aqui se cuida de uma ação coletiva ordinária, facultada pela Constituição Federal (art. 5º, XXI) às associações para a defesa de direitos individuais dos respectivos associados”; o) “a decisão do juízo da execução, que a liminar deste mandado de segurança infelizmente revigorou, como ficou cumpridamente demonstrado, além de ofender a coisa julgada pertinente ao processo de conhecimento, não acata o princípio da preclusão (arts. 471 e 473 do C. Pr. Civ.), quando se permite reapreciar questões já inteiramente superadas na fase judicial da execução e na fase administrativa dos precatórios”; p) “desde a inicial, a FBH indicou os hospitais substituídos em favor dos quais ajuizou a ação coletiva fundada no art. 5º, XXI, da Carta Federal. Tais hospitais, como não se nega, são os constantes da relação de fl. 16/179 (autos originais) que foi acostada à inicial. Também ficou, desde logo, esclarecido o crédito global dos hospitais interessados mediante ofício que o Secretário de Assistência à Saúde dirigiu à FBH em 20/10/1994, no qual se reconhece que o crédito de cada um pelos serviços prestados em junho de 1994 foi diminuído de 23,04%, porque se adotou o artifício de substituir o índice oficial de conversão da moeda (2.750) por um outro arbitrário e mais favorável à União (3.572), de modo a permitir que se fizesse o pagamento possível, dentro dos

limites de recursos repassados ao Ministério da Saúde”; q) “além do montante global do crédito cobrado na ação, ficou também determinado, após reiterados despachos da eminente Juíza Federal, o crédito individual de cada um dos hospitais, conforme relação trazida aos autos pelo próprio Ministério da Saúde (cf. ofícios de f. 290 e 291 e relação dos valores que cada hospital recebeu em junho de 1994, contendo ainda o saldo a pagar a cada um, não só calculado pelo fator oficial de conversão da moeda anterior para o real — 2.750 —, como também pelo fator de acomodação — 3.572 — mais favorável à Administração Pública; a relação completa está de fl. 292 *usque* f. 401; todas essas indicações observam a numeração dos autos originais”; r) “as questões suscitadas sobre o valor da condenação ou a extensão da representação da FBH não foram jamais alegadas ou discutidas na ação de conhecimento nem no recurso especial nem foram objeto da subsequente ação rescisória, o que é bastante para considerá-las preclusas, não mais podendo ser discutidas ou resolvidas neste processo ou em qualquer outro e, muito menos, ser reapreciadas de ofício pelo juízo da execução, notadamente na fase final do levantamento da terceira parcela do crédito já depositada após encerrada a regular tramitação administrativa do Precatório 2003.01.00.007196-3”; s) “não existiu o pretendido erro material que admitiria correção, de ofício ou a requerimento da parte interessada até mesmo depois do trânsito em julgado da decisão”; “a jurisprudência e a doutrina, como superlativamente realçou o eminente magistrado apontado como coator, somente consideram *erro material* emendável a qualquer tempo o simples erro aritmético, não o que resultaria do entendimento do Juiz sobre a avaliação da prova ou dos critérios adotados para valorá-la”; t) conquanto a impetração haja explorado a dispensa de apresentação das certidões negativas de débito para que seja autorizado o levantamento de depósitos judiciais, medida instituída pelo art. 19 da Lei 11.033/2004, “dela não cogitou, porém, o ato apontado como coator, que foi a decisão monocrática do eminente Juiz convocado Vallisney de Souza Oliveira”; “a dispensa em causa adveio, é certo, do r. despacho da eminente Juíza Federal Substituta Cristiane Pederzolli Rentzsch”, em que considerou inconstitucional o referido dispositivo; “como dessa decisão poderia ter sido interposto agravo pela União, é claro que a matéria não seria passível sequer de discussão no mandado de segurança impetrado contra ato do próprio Tribunal Regional, a teor da Súmula 267 do STF”; “de qualquer modo,

se houvesse obrigatoriedade de apresentar as certidões negativas reclamadas, seria em relação à exequente FBH, substituta processual dos hospitais, e não para os milhares de hospitais substituídos, sob pena de inviabilizar a própria execução”.

O Ministério Público Federal manifestou-se com as seguintes ponderações: “1. A sentença proferida em ação coletiva é genérica, demanda procedimento próprio de liquidação, no qual se determina a quantia devida a cada um dos interessados (art. 95 do CDC). A ausência de tal procedimento implica execução de título genérico, em afronta aos comandos legais na matéria: art. 586, § 1º e 603 do CPC e 98, § 1º do CDC. 2. São distintas, a ação de conhecimento em que se discutem direitos coletivos, e ação de execução. O substituto processual não está legitimado a promover a execução da sentença obtida em ação coletiva, salvo se os beneficiários da decisão não se apresentem a promovê-la (art. 98 c/c art. 100 do CDC). 3. Considerando-se que a execução pode ser promovida pelo substituto, independentemente daquela circunstância, a legitimidade não alcança o levantamento da quantia executada, que é devida não ao substituto processual, mas aos substituídos. Promovida a execução pelo substituto, o produto da indenização deve reverter para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. 4. Nulidade da execução promovida sem título determinado e exigível expedido em favor de cada entidade substituída, na medida do prejuízo por ela experimentado e provado. Matéria de ordem pública que pode ser conhecida de ofício, em qualquer grau de jurisdição”.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — O exame da questão deve partir do que foi decidido na sentença, em 04/02/1997: “Pelo exposto, Julgo Procedente o Pedido para condenar a ré a pagar à autora o valor de R\$ 151.414.200,00 (cento e cinquenta e um milhões, quatrocentos e quatorze mil e duzentos reais), devidamente corrigido desde a data em que o pagamento era devido, acrescido de juros de 1% (um por cento) ao mês, desde a citação” (fl. 387). O pedido era para que fosse “finalmente condenada a União Federal a pagar à Autora, substituta processual dos hospitais, os valores de diferença ora em cobrança judicial, com juros legais e devidamente corrigidos, importâncias que serão repassadas a cada hospital” (fl. 163).

Vê-se que a União foi condenada a pagar à *Autora* o valor líquido de R\$ 151.414.200,00 (cento e cinquenta e um milhões, quatrocentos e quatorze mil e duzentos reais). Conquanto pareça mais adequado o método preconizado no voto do Ministro Teori Albino Zavascki — “a individualização da situação particular, bem assim a correspondente liquidação e execução dos valores devidos a cada um dos substituídos, se não compostos espontaneamente, serão objeto de ação própria (ação de cumprimento da sentença condenatória genérica), a ser promovida pelos interessados ou pelo Sindicato, aqui em regime de representação” (REsp 487.202/R) —, não parece que haja espaço para assim interpretar o referido comando sentencial. Não há espaço para assim interpretar o comando sentencial, especialmente, em razão de decisão da 5ª Turma no julgamento do AG 2004.01.00.021534-3/DF, Relator Desembargador Federal Fagundes de Deus, em 13/12/2004: “... 2. Atuando a Federação Agravante na condição de substituta processual dos hospitais a ela filiados (CF, art. 5º, XXI), mediante autorização estatutária ou assemblear, em ação coletiva ordinária na qual os pedidos e os beneficiários são certos e determinados, é legítima sua pretensão de levantar diretamente as parcelas referentes

ao precatório principal. 3. A figura da representação processual, em que há a necessidade de autorização expressa dos filiados para a execução do julgado, se aplica às ações de interesses coletivos ou individuais (CF, art. 8º, III), que discutem situações genéricas, nas quais os autores são indeterminados”. Essa orientação foi reafirmada no julgamento dos embargos de declaração, em 25/07/2005: “1. A União utiliza-se destes embargos com desvio de sua finalidade jurídico-processual, uma vez que têm eles por escopo a obtenção de efeito infringente. Na realidade, não se caracterizam, no acórdão embargado, as afirmadas omissões, uma vez que a matéria foi abordada com objetividade e precisão, tendo sido enfrentados todos os aspectos apontados pela Embargante em seu recurso, mormente no que diz respeito à legitimidade da FBH para representar seus filiados, tanto na ação de conhecimento, quanto no processo de execução, reconhecendo-se que, por ter atuado na ação coletiva ordinária, na condição de substituta processual dos hospitais a ela filiados (CF, art. 5º, XXI), mediante autorização estatutária, é legítima sua pretensão de levantar diretamente as parcelas referentes ao precatório principal”.

Essa questão encontra-se submetida ao STJ, REsp 848868/DF, sendo Relator, por sinal, o eminente Ministro Teori Albino Zavascki, redistribuição em 14/11/2006.

O MM. Juiz que proferiu a decisão agravada não está simplesmente retomando uma questão de ordem pública sobre a qual não incidiria o fenômeno da preclusão, mas modificando a sentença e decisões tomadas pelo Tribunal e ora submetidas ao Superior Tribunal de Justiça. A preclusão não impede que sejam modificadas, de ofício, decisões do próprio juízo em matéria de ordem pública, mas não sentença transitada em julgado ou decisões tomadas pela instância superior em grau de recurso.

A decisão agravada fundamentou-se, essencialmente, em que: a) “o valor fixado na sentença como devido apóia-se inteiramente em valores estimativos, servindo apenas para indicar o máximo prejuízo potencial sofrido pelos hospitais prestadores de serviços”; b) não pode o juízo da execução “considerar tal valor estimativo como aquele efetivamente devido pelo Estado aos substituídos, sob pena de configurar excesso de execução e enriquecimento ilícito”; c) “a única interpretação possível do dispositivo da sentença condenatória é que

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Assusete Magalhães, Jirair Aram Meguerian, Mário César Ribeiro, Carlos Olavo, Fagundes de Deus, Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Tourinho Neto, Catão Alves, Aloisio Palmeira Lima, Olindo Menezes, Luciano Tolentino Amaral, Daniel Paes Ribeiro e Carlos Moreira Alves (convocado). Ausente, eventualmente, o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Cândido Ribeiro (convocado) e Selene de Almeida.

o valor nele fixado refere-se ao valor máximo a ser pago aos hospitais substituídos, a depender da comprovação do efetivo prejuízo sofrido individualmente pelos substituídos”; d) “a sentença, como qualquer norma jurídica, deve ser interpretada em conformidade e coerência com a legislação em vigor e com os princípios aplicáveis aos processos coletivos”; e) “não há nos autos *nenhum* documento comprobatório de que *todas* as entidades lesadas eram *efetivamente associadas* da Federação Brasileira de Hospitais, e de que *ainda permanecem* nessa condição”; f) “há inúmeros hospitais da rede pública” e “seria um verdadeiro absurdo a União pagar valores à Federação Brasileira dos Hospitais na condição de substituta processual, cujo substituído, e credor último, é ela própria”; “ademais, não consta que os hospitais públicos sejam associados à Federação Brasileira de Hospitais”.

À luz desses fundamentos, entendeu o MM. Juiz que houvera “*erro material* no valor constante nos precatórios já expedidos, que contemplaram o valor máximo estimado na sentença, em vez do efetivo prejuízo sofrido pelos hospitais associados à Federação Brasileira de Hospitais” e que “a possibilidade de, na fase de execução da sentença, haver a correção de erro material no precatório é plenamente aceita pela jurisprudência”.

Mas, o que na verdade acontece é que se está revolvendo os fundamentos da sentença, com o objetivo de, a título de nova interpretação, modificar seu dispositivo. A interpretação está sujeita a uma moldura de razoabilidade, a partir da qual deixa de ser interpretação para tornar-se a criação de um novo texto. Esta, no caso, só é possível por meio de ação rescisória, que não pode ser substituída por mandado de segurança, nos termos da Súmula 268 do Supremo Tribunal Federal. Conforme diz Roberto Rosas, comentando a mencionada Súmula, “admitir-se o mandado de segurança seria burlar a coisa julgada material, que não admite recurso ordinário ou extraordinário. Se a parte não usa dos recursos cabíveis, não é lícito dar-lhe sucedâneo através do mandado de segurança. Não se argumentará com a liquidez e certeza do direito. Se for positivo, o recurso cabível atendê-lo-á (RTJ 63/682)” (*Direito Sumular*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 118). Há que se concordar com as palavras do Prof. Aroldo Plínio Gonçalves, em resposta a consulta formulada pela Federação Brasileira dos Hospitais, quando diz que o juiz prolator da decisão agravada “reapreciou a

prova, criticou a sentença, deu-lhe interpretação incompatível com o seu texto, alterou-a para dela excluir o que ela contém e nela incluir o que ela não comporta. O despacho rediscutiu o feito, redefiniu os limites da condenação, recriou o título de execução”.

O *erro material* (*inexatidões materiais*, na linguagem do Código de Processo Civil, art. 463, I) da sentença, corrigível pelo juiz da execução, de ofício ou a requerimento da parte, “é aquele perceptível *primu ictu oculi* e sem maior exame, a traduzir desacordo entre a vontade do juiz e a expressa na sentença” (RSTJ 102/278), assim, por exemplo: a) “a determinação, na sentença, de remessa dos autos ao tribunal, para reexame necessário (art. 475), quando este não for cabível (RTFR 105/19)”; b) “a falta de menção, no relatório, dos nomes de litisconsortes (TFR – 5ª Turma, Ag 44.563-SP, Rel. Min. Geraldo Sobral, v.u., DJU 30/08/1984)”; c) “a inclusão, no acórdão, do nome de parte que dele não devia constar” (STJ – 3ª Seção, MS 2.008-DF – Requerimento, Rel. Min. Assis Toledo, j. 14/02/1996, corrigiram o equívoco do acórdão, v.u., DJU 18/03/1996, p. 7.505; no caso, tratava-se de litisconsorte ativo, que havia desistido de mandado de segurança); d) “a condenação, na verba de sucumbência, da parte vencedora e não da vencida (STJ – 4ª Turma, AI 495.120-SP-AgRg, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 18/09/2003, negaram provimento, v.u., DJU 20/10/2003, p. 280)”. Diferentemente das *inexatidões materiais*, “o erro de fato ‘não pode ser corrigido de ofício ou por petição do interessado, após o trânsito em julgado da decisão que nele incidiu’ (STF – 1ª Turma, RE 190.117-9-DF. Questão de Ordem, Rel. Min. Moreira Alves, j. 29/09/1998, DJU 19/03/1999, p. 19)” (NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil* e legislação processual em vigor. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 525 e 526).

É relevante a preocupação do ilustre magistrado, no sentido de que os fatos relatados “revelam sérios indícios da consumação de gravíssimo dano ao Erário, pois, possivelmente já foi recebido até mais do que o devido. Tudo isso certamente foi facilitado pela deficiência na defesa da União, especialmente na fase inicial do processo, quando até se deixou transcorrer *in albis* o prazo para embargos do devedor, situação inconcebível diante da magnitude dos valores em causa”. Mas para evitar esse possível dano ao erário há a ação rescisória e correspondente ação cautelar para suspender o pagamento dos precatórios. É certo que o pedido em

tal ação foi indeferido pela egrégia 3ª Seção deste Tribunal, todavia, consulta ao *site* de informações processuais dá conta de que houve recurso especial, no qual, “após o voto do Sr. Ministro-Relator, conhecendo parcialmente do recurso e, nessa parte, dando-lhe parcial provimento (para reduzir o valor dos honorários de advogado a R\$ 500.000,00), no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Humberto Martins, pediu vista dos autos, antecipadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin”.

Quanto às certidões negativas exigidas pelo art. 19 da Lei 11. 033/2004, tenho que, se constitucional esse dispositivo, não tem sentido a apresentação de certidões da própria Federação Brasileira de Hospitais. Seria uma interpretação meramente literal e irracional da lei, quando “obedecer a lei não é homenagear-lhe a forma, mas reverenciar-lhe o conteúdo” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 82).

A constitucionalidade do mencionado dispositivo está afirmada nas decisões da 7ª Turma deste Tribunal, transcritas às fls. 525-527, tendo a eminente Desembargadora Selene de Almeida adiantado que se trata “de norma de natureza processual, aplicável, portanto, aos efeitos pendentes”, ponto de vista que inviabiliza *interpretação conforme a Constituição* de modo a não se aplicar às sentenças transitadas em julgado ou aos precatórios expedidos anteriormente a sua vigência.

No caso específico, não teria ocorrido preclusão, pois ainda não havia decisão tomada pelo Tribunal, estando presente, portanto, em tese, a possibilidade de o juiz modificar a decisão anteriormente tomada no mesmo nível, tratando-se de matéria de ordem pública.

De minha parte, penso que o mencionado dispositivo fere a norma do art. 100 da Constituição, ao acrescentar um requisito ali não previsto para a prerrogativa do pagamento mediante precatório. É nesse sentido parecer do Procurador Geral da República na ADI 3453-7/600-DF, bem como jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Argüida a inconstitucionalidade, seria o caso de suspensão do julgamento a fim de serem adotadas as providências previstas no art. 351 do Regimento Interno. Supero, todavia, a necessidade de tal argüição com um argumento de ordem processual. É que a decisão impetrada foi no sentido da liberação de valores, quando o art. 558 do Código de Processo Civil prevê a possi-

bilidade de suspensão do cumprimento de decisão, até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara, no caso, entre outros, de “levantamento de dinheiro sem caução idônea”, portanto, o contrário do que foi estabelecido na decisão impetrada.

A antecipação de tutela recursal esvaziou o objeto do agravo de instrumento. Levantado o dinheiro, não haverá, em termos práticos, o que julgar na Turma, definitivamente. Trata-se, pois, de situação irreversível, incompatível com a antecipação de tutela recursal.

Defiro, por este fundamento, o pedido.

É o voto.

Voto Vogal Vencedor

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Senhora Presidente, a decisão impugnada neste mandado de segurança se afigura bastante clara quando assim se expressa:

Embora eu seja simpático à preocupação do ilustre magistrado *a quo*, encontrando-se o Processo de Execução 2000.34.00.045940-0 com os precatórios regularmente expedidos, inclusive já com a realização do pagamento das duas primeiras parcelas, entendo que não mais cabe qualquer discussão a respeito do mérito do processo de conhecimento ou mesmo dos valores que estão sendo objeto da execução, tendo em vista que tais questões estão acobertadas pela coisa julgada ou preclusão, uma vez que os pontos abordados pelo juiz *a quo* ou já foram objeto de decisão em diversos procedimentos judiciais julgados em desfavor da União (inclusive Ação Rescisória 2000.01.00.134207-6/DF, montante da condenação fixada na sentença), ou sequer foram levantados pela União *in opportuno tempore*, individualização das entidades filiadas à Fundação, à FBH, e exigência de certidões negativas de que trata o art. 19 da Lei 11.033/2004, seja em primeiro ou em segundo grau de jurisdição.

E o eminente relator, Juiz Vallisney de Souza Oliveira, proferiu essa decisão, diga-se de passagem, de natureza mandamental e específica, posto que toda vez que o Tribunal e qualquer tribunal toma uma decisão judicial na instrumentalidade do recurso de agravo, esta decisão é essencialmente mandamental.

A reforma processual trouxe a reprimenda àqueles que, por motivos vários, resistem ou criam embar-

ços ao cumprimento das decisões ou dos provimentos mandamentais, acrescentando o inciso V ao art. 14 do Código de Processo Civil e também um parágrafo único através da Lei 10.358, de 27/12/2001, quando assim dispõe: “São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.” E, quando a lei estabelece que são deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma atuem no processo, está incluído também o juiz, como agente da soberania do Estado, estão incluídos os senhores advogados, procuradores e serventuários da Justiça, na linha determinante desse dispositivo legal, e o parágrafo único, já afastada a ressalva inconstitucional dos advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, mas aqui se incluem todos os advogados.

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 processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% do valor da causa. Não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Ora, nesta linha de determinação, também o juiz é passível dessa multa coercitiva e não punitiva aqui prevista no parágrafo único do art. 14 do CPC, considerando que esta norma reproduziu a figura, já muito comum na cultura dos países civilizados, da *common law, da content of court*, quando a desobediência à ordem judicial é uma afronta ao exercício da jurisdição. Por isso que a lei aqui impõe aplicação da multa a todo aquele que cria embaraço ao provimento mandamental ou se disponha a descumprilo.

O eminente Juiz Vallisney, ainda nesta decisão, afastou a alegação de erro material detectada pelo ilustre juízo singular, com seu olhar fiscalizador da decisão exequenda, quando disse o Relator, *in verbis*: “Ora, o erro material corrigível *ex officio* é aquele fruto de equívocos gráficos verificados de plano ou resultante de mera incorreção de cálculo, situações essas que não se verificam na espécie, tendo em vista que o nobre Magistrado, em sua decisão, discute a própria legitimidade do montante do crédito apurado na condenação. Po-

der-se-ia dizer, assim, que teria havido *error in iudicando*, atacável pela via processual própria, mas não o alegado erro material, que não restou caracterizado”. Ora, o ilustre advogado na tribuna já nos fez ver, com todas as letras, que a União Federal, nesta causa, que hoje deságua nas vias estreitas do mandado de segurança, esta preciosidade constitucional, que é o mandado de segurança, pôde a União utilizar-se de todos os instrumentos processuais previsíveis no ordenamento jurídico, isto é, de todos os recursos, até mesmo da exceção de pré-executividade, de ação rescisória, pôde, assim, usar de todos os instrumentos possíveis de prolação e, agora, na fase de execução do julgado, diante da autoridade máxima da coisa julgada, a que se referiu Frederico Marques, como a preclusão máxima do processo, resolve suscitar dúvidas na cabeça do juízo singular, para discutir aquilo que já estava consagrado pelo manto da coisa julgada, em todas as instâncias, tais como a legitimidade da autora, que, no exercício da sua legitimação extraordinária, assim se submeteu ao crivo desta Corte através do acórdão confirmatório da decisão singular no processo de conhecimento, da relatoria do eminente então Juiz Federal, hoje Desembargador Federal, Osmar Tognolo, cuja ementa desse acórdão restou assim lavrado “1. Devidamente autorizada pelos seus estatutos, tem a Federação Brasileira de Hospitais (FBH) legitimidade, como substituta processual dos seus associados, para propor contra a União Federal ação de cobrança de valores devidos em razão de serviços médicos prestados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)”. Essa questão, portanto, já foi enfrentada por esta Corte e submeteu-se ao crivo recursal do tribunal superior.

Estabelece, ainda, o acórdão deste Tribunal: “Tendo havido a prestação de serviços médicos e comprovado o pagamento a menor, merece confirmação a sentença que julgou procedente a ação de cobrança de saldo remanescente, eis que não comprovado nos autos que a autora tenha feito acordo com a devedora, admitido o recebimento de valor inferior ao devido”. Vejam os senhores que já naquela oportunidade o apontado acordo, que ainda é objeto de discussão na fase de execução do julgado, já houvera sido afastado por este Tribunal, como relevante para desconstituir o direito da parte em juízo.

Portanto, essas questões não podem mais ser rediscutidas, como também, e muito menos ainda, a questão da exigência das certidões negativas para le-

vantamento do valor em fase precatorial, diante do que já decidiu recentemente a Suprema Corte na ADIn 3453/DF, com julgado de 30/11/2006, da relatoria da eminente Ministra Cármen Lúcia, sem dúvida alguma, uma das mais brilhantes constitucionalistas deste país, a afirmar, na Corte Suprema, toda a sua inteligência, numa decisão que resultou unânime pelo afastamento da norma do art. 19 da Lei 11.033/2004, de flagrante inconstitucionalidade.

Essa questão, portanto, está sepultada, nem juiz, nem tribunal poderá reagitá-la, porque, após a Emenda 45, de 2004, as decisões do Supremo Tribunal Federal prolatadas no controle concentrado de constitucionalidade têm efeitos vinculantes de todos os órgãos do Poder Judiciário, não havendo, pois, como rediscutir essa questão no curso do processo de execução.

Verifico, agora, observação feita pelo eminente Relator, no que tange à inteligência da norma do art. 558 do Código de Processo Civil. Sem dúvida alguma, estabelece a possibilidade de o juiz relator no tribunal exercer um poder geral de cautela nos autos do agravo de instrumento. Ocorre que esse poder geral de cautela que resulta das letras do art. 558 do CPC fica inteiramente a critério da avaliação do relator diante do caso concreto. Observe a norma: “O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea”, o que não se caracteriza na hipótese dos autos perante a decisão monocrática, objeto da decisão do relator, que, ao contrário, avaliou a situação do processo e sem adentrar as questões de mérito já acobertadas pela autoridade da coisa julgada. Visualizou, como eminente processualista que é, a impossibilidade do magistrado singular, que preside o processo de execução, já em fase avançada essa execução, tendo a parte já recebido duas parcelas do precatório, estando a aguardar o prosseguimento desse parcelamento moratoriamente escandaloso, como sabemos, não haveria como o juiz alçar-se à condição de fiscal do erário para remexer aquilo que já foi objeto de discussão judicial em todas as instâncias do Poder Judiciário. Portanto, quando o art. 558 dá poderes ao relator para suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara, entenda-se que esse contexto, a rigor, não se aplica na hipótese dos autos. Aqui nós estamos diante da autoridade da coisa julgada.

Não se trata, ainda, de um processo de conhecimento, em que a incerteza domina os autos processuais. Aqui estamos diante da eficácia da sentença transitada em julgado, que, nos termos do art. 474 do Código de Processo Civil, está dito: “Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.” Repita-se, ainda, por não ser enfadonho, que a questão do erro material foi objeto da ação rescisória, e logicamente a União não obteve sucesso com esse fundamento para rescindir o julgado que ora se executa, observando-se o devido processo legal.

Assim, eminentes pares, não vejo como o mandado de segurança, esse remédio heróico e extraordinário, posto na Constituição Federal desde 1934 tão-somente para a defesa de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, para proteger direito incontestável, como dizia aquela Carta Política de 1934, possa ser utilizado contra uma decisão judicial apontada como ato coator, quando, a rigor, não possui qualquer eiva de ilegalidade ou de abusividade, mas, ao contrário, afirma a garantia fundamental do devido processo legal, da autoridade da coisa julgada e, sobretudo, do ato jurídico perfeito a que a Constituição Federal em vigor e todas as constituições do Brasil mandaram respeitar.

Com estas considerações, peço vênias ao eminente Relator, mas indefiro a inicial do mandado de segurança, declarando extinto o processo sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, I, c/c o art. 295, parágrafo único, III, do CPC), porque, se algo abusivo existe nesse contexto processual, com a devida vênias, foi a liminar concedida neste mandado de segurança para afastar a decisão judicial impugnada, que se impõe pelo seu acerto e pela sua autoridade afinada à coisa julgada material.

É voto.

Aditamento ao Voto

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Faço um aditamento ao meu voto. Peço licença, assim, ao eminente Desembargador Fagundes de Deus, para me pronunciar também sobre a questão da legitimidade para a execução, se a causa realmente envolve direitos coletivos ou direitos individuais homogêneos.

Hoje, diante da definição legal da Lei 8.078 de 1990, que regula nosso Código de Defesa do Consumidor, especificamente dos incisos I, II e III do parágrafo único do art. 81 desta lei, interesses ou direitos coletivos são aqueles “entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. Evidentemente que, nesta causa, a natureza do interesse não é indivisível, é perfeitamente divisível. O que temos aqui é aquela figura clássica da substituição processual a caracterizar a legitimação extraordinária da confederação para representar os seus substituídos em juízo.

Poder-se-ia cogitar, talvez, de interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum, como previsto no inciso III do parágrafo único do mesmo art. 81 da Lei 8.078/1990, mas aí, neste caso, a substituição processual, como caracterizada nos autos, está perfeita.

De qualquer forma, quer se entenda, equivocadamente, a meu ver, que se cuida de direitos coletivos, que, de fato, não se caracterizam, por se tratar de interesse divisível, e não indivisível, a norma do art. 97 da mesma lei dispõe o seguinte: “A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82”, e, dentre os legitimados, estabelece o art. 82, inciso que “as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada — inclusive — a autorização assemblear”, estão também legitimadas para a execução. Digo e repito, aqui não se enquadram, a meu ver, as normas de legitimação para a defesa de interesses coletivos, *stricto sensu*, mas, sim, dentro da visão clássica do processo, a legitimação extraordinária, que se configura com a substituição processual, em defesa de direitos individuais homogêneos (CDC, art. 81, parágrafo único, III), na instrumentalidade da ação coletiva, prevista na Lei 8.078/1990.

Portanto, este é meu entendimento, em aditamento a meu voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — Senhora Presidente, este Tribunal tem decidido reiteradamente que não cabe mandado de segurança contra ato de relator que defere ou indefere medida liminar em agravo de instrumento. Vários são os precedentes. Se não estou enganado, quem são contrários à tese são os Desembargadores Jirair e Antônio Ezequiel. Os votos contrários são minoritários, se não estou enganado, salvo quando a decisão impugnada contiver contornos de abusividade e ilegalidade. A decisão proferida pelo eminente Juiz Federal Vallisney, tantas vezes lida e referida neste julgamento, não tem nenhuma pecha, nenhuma marca de ilegalidade, muito pelo contrário, foi uma decisão clara, objetiva, que apenas fez valer um direito da parte de levantar o valor depositado em razão de um precatório; portanto, com todas as vênias, não vejo como se possa impugnar esta decisão por meio de um mandado de segurança.

O eminente advogado, da tribuna, teceu diversas considerações a respeito do mérito. Eu não chegaria a tanto, não sei, não vou analisar o mérito que ele expôs com muita segurança. O eminente Relator também adentrou pelo art. 558 do CPC; entretanto, penso eu que a questão deve ser analisada à luz da legislação processual para verificar se é possível, num mandado de segurança, rediscutirmos toda a matéria que foi debatida no agravo por força de uma decisão do Relator.

Com todas as vênias, penso que existem questões discutíveis naqueles processos, a própria legitimidade da autora é discutível, porque naquela decisão proferida por este Tribunal já houve entendimento diferente do próprio Supremo Tribunal Federal, a legitimidade com base apenas na autorização estatutária. Teria dúvidas também quanto à legitimidade para recebimento, se a associação, a confederação estaria legitimada ou não, mas essas questões já foram discutidas, este Tribunal bem ou mal já decidiu, a matéria foi remetida ao STJ. Se for o caso de suspender o pagamento, somente o STJ, que hoje está analisando a questão, poderá determinar. Penso eu, com todas as vênias, que este Tribunal julga a favor da parte, existe um recurso sem efeito suspensivo e nós vamos aqui impedir o pagamento? Com todas as vênias, entendo que a eventual suspensão do pagamento deverá ser postulada, se for o caso, junto ao STJ, que está, hoje, analisando a questão. No caso de um recurso em ação rescisória, se ele entender que deve sobrestar

esse pagamento, que defira uma medida lá. Penso que, aqui, em sede de mandado de segurança, essa decisão atacada não merece nenhum reparo.

Eu pediria licença, também, para manifestar meu modesto entendimento no que se refere ao art. 558 do CPC. Parece-me que o espírito dessa norma seria garantir o direito da parte agravante. Veja bem, dispõe o artigo que o relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos que ele menciona, sobrestar o levantamento até o pronunciamento da turma. Aqui foi exatamente o contrário. O juiz denegou, o relator é que mandou pagar. Portanto, parece-me que não tem, *data venia*, nenhuma aplicação o art. 558 do CPC.

Com essas modestas considerações, Senhora Presidente, decreto a extinção do processo sem resolução do mérito por entender que a espécie não comporta análise em sede de mandado de segurança.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Senhora Presidente, a questão, a meu ver, tem origem em duas realidades.

Primeira, o receio do juiz de assinar um alvará de alto valor. Daí partiu para, de ofício, dizer que há um erro material e que a parte não está legitimada devidamente para receber esse valor. E, aí, dá tempo ao tempo de rediscutir a causa e, quando chegar ao tempo de assinar o alvará, não será mais ele. É o receio.

A segunda é a seguinte realidade: a União, o Governo, é um péssimo pagador, salvo quanto aos juros do FMI, que paga até antecipadamente. Mas, fora disso, é um péssimo pagador. Outro dia o Incra, após quinze anos, perdeu o prazo; não me recordo bem se perdeu prazo para a ação rescisória ou perdeu a ação rescisória. Entrou com uma ação ordinária para não pagar ao proprietário do imóvel, alegando a relativização da coisa julgada, questão do valor da terra. Queria discutir novamente quinze anos depois o valor da terra. Má pagadora. E o Governo é assim.

Portanto, são duas realidades: primeira, receio de alguns juizes quando o valor é alto, porque, se o valor fosse pequeno, relativamente, assinava na hora, não haveria problema, mas o valor é alto; segunda, como bem disse o Juiz Antônio Sávio, o que é que tem de abusivo, de teratológico, de flagrantemente ilegal na decisão do Juiz Vallisney de Souza Oliveira? Nada. Nenhuma te-

ratologia, não foi uma decisão manifestamente ilegal. Ora, se é assim, incabível o mandado de segurança, como temos decidido aqui em várias oportunidades. Hoje mesmo vamos julgar casos deste tipo. Portanto, é aquela norma, vamos dizer assim, não cabe mandado de segurança contra decisão emanada de relator, salvo se teratológica, ou abusiva, ou manifestante ilegal, o que não é o caso. Assim, peço *venia* ao Relator e acompanho o Desembargador Souza Prudente.

Aditamento ao Voto

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Senhora Presidente, só mais um esclarecimento, diante das duntas ponderações do eminente Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, no sentido de que, com a devida *vênia*, a competência do juízo singular para processar a execução do julgado proferido por este egrégio Tribunal e, até mesmo eventualmente, pelo tribunal superior restringe-se apenas à competência para processar a execução, nos termos do art. 575, inciso II, do CPC.

O juízo da execução não tem competência, como no caso por ele fora levantado, de reagitar questões acobertadas pelo manto da coisa julgada, diante do que dispõe o art. 512 do Código de Processo Civil, que diz: “O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto do recurso”. Portanto, no processo de conhecimento, já ficou definido qual o julgado executando, que não é do juízo singular, mas, sim, da corte revisora. Então, esse juízo singular é absolutamente incompetente para reagitar questões da competência do tribunal revisor. A sua competência se adstringe apenas ao processamento da execução judicial que, a rigor, não admite mais questionamentos de mérito.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — Senhora Presidente, tudo quanto foi dito nesta assentada de julgamento dispensaria qualquer outra manifestação da minha parte. Mas, em homenagem ao relatório e ao voto do eminente Relator, dos memoriais que recebi do Dr. José Guilherme Villela e do Dr. Orlando Vaz, quero fazer algumas considerações simples a respeito do caso.

O Desembargador Federal Olindo Menezes tem razão. A lei pode modificar a nossa lei processual, simplificá-la, até conseguir, de alguma maneira, reduzir o número de demandas que hoje abarrotam os tribunais; mas jamais mudará a nossa mentalidade.

Quando recebi ontem os memoriais, minha primeira preocupação foi a de ver o objeto do mandado de segurança. E qual é esse objeto? É o despacho datado de 08/05/2006, no Agravo de Instrumento já aqui mencionado (12.435), proferido nestes termos: “Examinando o conteúdo da Decisão de 1º grau, que indeferiu o pedido de levantamento de parcela do precatório devido à agravante, da lavra do ilustre Juiz Federal substituto Dr. José Márcio da Silveira e Silva, constato que, salvo melhor juízo, cogita-se, na verdade, a reabertura da discussão sobre direito da FBH, na qualidade de substituta processual das instituições hospitalares a ela filiadas, de receber os valores devidos aos hospitais conveniados ao Sistema Único de Saúde, em junho de 1994, em razão do questionado critério adotado pela União de conversão da moeda, então, vigente para a nova moeda, então, criada.” Nesses termos, o despacho, objeto do mandado de segurança, foi assim lavrado; e concluindo com o deferimento de antecipação de tutela recursal, para determinar o regular prosseguimento da execução, com a expedição do alvará de levantamento da terceira parcela do precatório.

O que fez esse despacho atacado pelo mandado de segurança? Foi afastar ou foi condenar um exemplo frisante da pretendida violação da coisa julgada. O mandado de segurança é uma ação civil constitucional, com o objetivo de assegurar o resguardo de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* e violado por ato praticado com abuso de autoridade ou com abuso de poder ou ilegalidade. O que se tem que fazer no julgamento do mandado de segurança? É verificar se há um direito líquido e certo e se houve um ato manifestamente ilegal praticado com abuso de poder pela autoridade.

A mim me parece que o direito há de ser examinado com mais simplicidade do que vem sendo nos tribunais. Eu como alguns administrativistas, que se aprofundam nessa questão, também repudio uma certa falta de cerimônia de se aplicar ao mandado de segurança as normas processuais. O mandado de segurança é uma ação diferente das que estão previstas no Código de Processo Civil. Ou se concede pelas razões

de direito líquido e certo violado, praticado com abuso de poder, em que se verifica também a existência de direito líquido e certo ou se denega a ordem, ou se concede ou se denega.

Eu já participei de julgamentos, tentei já em alguns julgamentos deste tribunal adotar esse critério de repudiar para o julgamento do mandado de segurança essas normas processuais que sempre complicam o julgamento dos processos. Se a petição é formulada inepta, vamos dizer assim, analisada à luz da técnica processual, nós aplicamos o art. 8º da Lei 1.533, que é a norma específica do mandado de segurança. Não precisamos de invocar o dispositivo da lei processual para extinguir o processo, sem julgamento do mérito. No meu sentir, entendo que as coisas em direito têm que ser simplificadas. Nós recebemos, às vezes, autos com a petição inicial ou com a contestação ou com o recurso invocando cinco, seis, sete, oito preliminares: carência da ação, inépcia da inicial, ilegitimidade passiva, ilegitimidade *ad causam*, e o juiz perdendo tempo esmiuçando item por item, que dizer, tornando-se escravo de uma argumentação muitas vezes protelatória, frágil, inócua, vazia, balofa, e os processos vão se avolumando, vão crescendo.

Com todas as vênias daqueles que procuraram se preocupar se há substituição processual se não há, aqui, no meu sentir, tenho que julgar o mandado de segurança concedendo ou denegando a ordem. Existe ou não direito líquido e certo? O autor teve um direito seu violado? A mim me parece que não. Depois de ler os memoriais dos ilustres advogados, eu me detive no despacho, objeto da ação mandamental, e o li várias vezes. Onde está a liquidez e certeza de um direito aqui? Onde está a violação? Onde estaria a teratologia? Onde estaria o abuso? Senão a preocupação que teve o ato impugnado de preservar a coisa julgada já consagrada, já definitivamente a merecer respeito por todos em razão de como aduziu o ilustre advogado da tribuna: a preservar a segurança jurídica.

Com essas singelas considerações, porque entendo que o direito é uma coisa singela, e, às vezes, nós o tornamos uma coisa muito complicada, eu denego a segurança.

Voto Vogal

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

— Senhora Presidente, sigo a orientação desta Corte Especial, que só admite mandado de segurança contra ato judicial em casos excepcionais, em que a decisão seja manifestamente ilegal ou que dela possa resultar um dano irreparável, um dano grave ou de difícil reparação à parte.

No caso sob apreciação, não vejo configuradas essas hipóteses e também sigo o entendimento de que, depois de deferida a inicial e processado o mandado de segurança, não é mais o caso de seu indeferimento e, sim, da extinção do processo, sem apreciação do mérito. Portanto, acompanho a divergência com essa explicitação de que não é caso de indeferimento da inicial, mas de extinção do processo.

Primeira Seção

Embargos Infringentes em Apelação Cível

1997.01.00.002634-5/DF

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Kátia Balbino (convocada)

Embargante: Conselho Federal de Engenharia Arquitetura e Agronomia – Confea

Advogados: Dr. Luiz Filipe Ribeiro Coelho e outro

Embargado: Ari Domingos Ferreira

Advogados: Dra. Maria de Lourdes B. G. Pena Pereira e outros

Publicação: DJ 2 de 02/02/2007

Ementa

Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Servidor de Conselho de Fiscalização de Profissões Regulamentadas. Natureza do vínculo jurídico. Aposentadoria estatutária. Possibilidade. Demissão ilegal. Ausência de devido processo legal.

I – A decisão majoritária desta Corte considerou que o servidor apelante tem direito à aposentadoria estatutária, tendo em vista que desde o advento da Lei 8.112/1990 até a entrada em vigor da Lei 9.649/1998 a relação jurídica por ele mantida com o Confea possuía idêntica natureza.

II – O voto-vencido arrimou-se exclusivamente na conclusão de que o servidor já havia sido demitido da Autarquia fiscalizatória quando requereu a sua aposentadoria estatutária.

III – Como o autor da ação primeva, ora embargado, não argüiu a nulidade de sua despedida imotivada, restringindo-se em sua peça pòrtico a postular a conversão de sua aposentadoria pelo RGPS, em aposentadoria estatutária, não pode o Poder Judiciário determinar de ofício a anulação do ato, à míngua de requerimento expresso da parte nesse sentido.

IV – Embargos infringentes acolhidos, negando-se provimento à apelação do autor.

Acórdão

Decide a Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, acolher os embargos infringentes, nos termos do voto da Relatora.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 05/12/2006.

Juíza Federal *kátia Balbino C. Ferreira*, Relatora convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Kátia Balbino: — Cuida-se de embargos infringentes interpostos contra acórdão da eg. Primeira Turma deste Tribunal que, proferido por maioria de votos, reformou a sentença que meritoriamente resolveu a liça no primeiro grau de jurisdição.

O aresto objurgado foi assim ementado:

Constitucional e Administrativo. Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Confea). Servidor demitido sem justa causa após vigência da Lei 8.112/1990. Conversão de aposentadoria previdenciária em estatutária. Aplicação dos arts. 37, incisos I e II, e 39 da Constituição Federal de 1988 e do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, bem como, da Lei 8.112/1990.

1. A Primeira e Segunda Turmas deste Tribunal, bem como a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, já se pronunciaram acerca da aplicação, aos servidores das autarquias, incluídas as denominadas corporativas, de que são exemplo todos os conselhos de fiscalização do exercício profissional, como o Confea, das disposições contidas no art. 37, incisos I e II, da Constituição Federal, e, do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, bem como, conseqüentemente, da Lei 8.112/1990, que dispôs sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

2. Ao cuidar dos servidores públicos civis e, em especial, ao tratar do Regime Jurídico Único, nem o constituinte de 1988 (CF, art. 39), nem o legislador ordinário (Lei 8.112/1990, art. 243) fizeram qualquer distinção entre os diversos tipos ou grupos de autarquias (econômicas, previdenciárias, corporativas, etc).

3. O parágrafo 1º do art. 243 da Lei 8.112/1990, mandou transformar os empregos ocupados pelos servidores das autarquias, incluídos no regime instituído por essa lei, em cargos, na data de sua publicação.

4. O art. 1º do Decreto-Lei 968/1969, na parte em que afasta a aplicação das normas legais sobre pessoal das autarquias federais, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Tampouco pode retroagir, para prejudicar o direito adquirido à aposentadoria sob a égide da legislação anterior, o disposto no art. 58 da Lei 9.469, de 27/05/1998, estatuinto que “os empregados dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, dotados de personalidade jurídica de direito privado, são regidos pela CLT” (art. 58, parágrafos 2º e 3º).

5. Já possuindo tempo suficiente para a aposentadoria, quando do desligamento da autarquia, fato ocorrido em data posterior à vigência da Lei 8.112, de 11/12/1990, submete-se o servidor ao Regime Jurídico Único, por esta norma instituído.

6. Precedentes deste Tribunal (AMS 95.01.01765-6/GO, Relator Juiz Carlos Fernando Mathias, 2ª Turma do TRF/1ª Região, publicado no *DJ* de 19/11/1998, p. 124) e do Superior Tribunal de Justiça.

7. Apelação do autor provida (AC 1997.01.00.002634-5/DF, Relator Convocado Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista, Primeira Turma, *DJ* de 16/08/2002, p.51) (fls. 250).

Sustenta o ente público que o voto-vencido do eminente Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves considerou que o servidor que integra a presente lide já havia sido desligado do seu quadro de

pessoal quase dois anos antes de postular sua aposentadoria e, assim, que rompido o vínculo com a administração, não mais poderia postular a aposentação pelo regime estatutário, sem antes questionar a sua demissão, o que de fato não foi feito.

Propugna, portanto, o embargante pela prevalência da linha hermenêutica acima explicitada, ressaltando, *a latere*, que a matéria em testilha atualmente se encontra disciplinada pelo art. 58, § 3º, da Lei 9.649/1998, dispositivo que confirmou a natureza celetista da relação de trabalho mantida pelos servidores dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas.

Transcreveu farto acervo jurisprudencial que considerou abonador de sua pretensão recursal, pugnando, ao fim, pelo acolhimento dos embargos com a conseqüente manutenção da sentença proferida.

Contra-razões a fls. 369/371.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Kátia Balbino:

— A vinculação da fundamentação imposta aos embargos infringentes restringe a apreciação da questão polemizada ao alcance do voto minoritário proferido pelo Órgão do Colegiado que foi vencido em sua manifestação.

Nesse vértice, a fundamentação com a qual esgrimiu o ilustre Desembargador Antonio Sávio Moreira Chaves foi unicamente no sentido de que o servidor apelante não teria direito à aposentadoria estatutária por já estar desligado dos quadros do Confea quando a postulou, apenas e tão só.

Por essa razão, não há lugar para a apreciação, neste recurso excepcional, dos argumentos vertidos pela parte embargante no sentido de que a aplicação da Lei 9.649/1998 corroboraria a tese expendida no sentido da inexistência, *latu sensu*, do direito à aposentadoria estatutária pelos servidores dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Olavo, Carlos Moreira Alves, Luiz Gonzaga Barbosa Moreira e Antônio Sávio de Oliveira Chaves. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Aloisio Palmeira Lima e José Amílcar Machado.

Fixados os lindes do recurso, passo a analisar as razões de direito nele inseridas:

Como bem salientado pelo Juiz Reynaldo Soares da Fonseca, em seu voto-vogal de fls. 248, o ato de desligamento do autor em 20/12/1990 é nulo de pleno direito, porquanto levado a cabo após a edição da nova Carta Política e da Lei 8.112/1990, *sem a observância do devido processo legal*.

Assim, não deveria a despedida imotivada gerar nenhum efeito jurídico, consoante se infere do seguinte precedente da Corte da legalidade, destacado no que interessa:

Processo Civil. Conexão. CREA. Autarquia especial. Submissão dos servidores ao regime jurídico único. Ato de demissão. Inexistência de prévio processo administrativo disciplinar. Ampla defesa. Ilegalidade.

– Reputam-se conexas duas ações quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir (CPC, art. 103). Não há conexão entre o pleito que trata de dispensa irregular de servidora e o processo incidente que questionou liminar concedida.

– *A jurisprudência assentada nesta Corte consolidou o entendimento de que as entidades de fiscalização do exercício profissional, como o Conselho Federal e os Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia têm natureza jurídica de autarquias especiais, estando seus servidores submetidos ao regime jurídico único estatutário.*

– *Para a demissão de servidor de cargo público impõe sejam observados requisitos formais e de conteúdo por parte da Administração, como a instauração de prévio processo administrativo em que lhe seja assegurado o exercício pleno do direito de defesa.*

– Recurso especial não conhecido. (REsp 141.272/PB, Relator Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, julgado em 17/05/2001, DJ de 13/08/2001, p. 294, REP DJ de 15/10/2001, p. 303.)

Todavia, como o autor ora embargado não argüiu a nulidade de sua despedida imotivada, restringindo-se na peça pórdico da ação a postular a conversão de sua aposentadoria pelo RGPS, com data de início em 29/01/1992, em aposentadoria estatutária, não pode o Poder Judiciário determinar de ofício a anulação do ato, à míngua de requerimento expresso da parte nesse sentido.

Nessa quadra, como bem posto pelo ilustre Desembargador Antônio Sávio de Oliveira Chaves, “o pressuposto da aposentadoria estatutária é que o servi-

dor esteja no exercício do cargo público”, razão pela qual, “a partir do momento que perdeu o vínculo com a administração, não poderia postular a aposentadoria, mas sim questionar a sua demissão”, o que verdadeiramente não foi feito na hipótese dos autos.

Na espécie, o servidor foi despedido em 20/11/1990, aposentou-se pelo RGPS em 29/01/1992 e somente em 27/06/1994 requereu a “conversão” de sua aposentadoria para que ela passasse a ser estatutária. Quer dizer, somente depois de decorridos mais de três anos de sua dispensa do Confea foi que o autor requereu administrativamente a alteração de seu regime previdenciário (deveria ter pedido a concessão da aposentadoria com efeitos retroativos), reiterando tal formulação na esfera judicial, sem investir contra o ato demissional.

Portanto, o direito à aposentadoria estatutária em favor do demandado forçosamente deveria ser precedido de sua reintegração aos quadros do Confea para que, ato contínuo, fosse efetivada a sua aposentação. Como não foi requerida a reintegração, muito menos questionada a sua despedida imotivada, resta inviável a determinação de conversão de regime previdenciário, até porque não seria este o procedimento a ser adotado em caso de acolhimento da pretensão deduzida em juízo.

Ad argumentandum, o iter correto, repise-se, seria a reintegração do servidor com sua aposentadoria subsequente, efetivando-se o pagamento das parcelas em atraso, mas com a necessária determinação de restituição ao INSS de todos os valores que despendeu em face da aposentadoria já paga àquele que, indevidamente, teria sido considerado como seu segurado obrigatório.

De toda sorte, inexistindo pedido de reintegração, impossível a concessão da aposentadoria estatutária.

Ao lume do exposto, acolho os embargos infringentes opostos para, confirmando a sentença de primeiro grau, negar provimento à apelação da parte autora.

Condeno a parte autora em custas e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa suspenso o pagamento em razão da assistência judiciária gratuita.

É como voto.

Segunda Seção

Mandado de Segurança

2006.01.00.027250-1/DF

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

Impetrante: Mesa do Senado Federal

Advogados: Dr. Shalom Einstoss Granado e outro

Impetrado: Juízo Federal da 12ª Vara/DF

Publicação: DJ 2 de 09/02/2007

Ementa

Processo Penal. Inquéritos extrapoliciais. Senado Federal.

I – Os atos investigatórios destinados à apuração de crimes não são exclusivos da polícia judiciária.

II – O Senado Federal tem atribuição constitucional para proceder a investigação de crimes ocorridos em suas dependências, instaurando inquérito.

III – As medidas cautelares, a busca e apreensão, a quebra de sigilos, autorizadas, evidentemente pelo juiz, deverão ser cumpridas pela Polícia Federal, por constituírem atividade de polícia judiciária.

Acórdão

Decide a Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, conceder a segurança para assegurar à Mesa do Senado Federal o direito de, por meio de sua polícia, proceder a realização de inquérito, em caso de crime cometido em suas dependências.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 22/11/2005.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Tourinho Neto*: — 1. A Mesa do Senado Federal *impetra mandado de segurança* contra ato da MM. Juíza Federal da 10ª Vara respondendo pela 12ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Edna Márcia Silva Medeiros, que, nos Autos do Inquérito 2006.34.00.007627-8, entendeu, com base em parecer do Ministério Público Federal, ser ilegal a atividade investigativa interna procedida pelo Senado Federal, e determinou o envio das peças que lhe foram encaminhadas pelo Senado, referente à apuração, à Polícia Federal.

Argumenta a impetrante que, segundo o inciso XIII do art. 52 da Constituição Federal, o Senado pode dispor sobre sua polícia, podendo assim, investigar as

infrações penais ocorridas na sua Casa. Cita como precedente o caso do Senador Silvestre Péricles de Góes Monteiro, em que ele e o Senador Arnon de Mello, por terem trocado tiros no Plenário do Senado, foram presos em flagrante, sendo o auto assinado pelo Presidente do Senado, e o inquérito presidido por uma comissão designada por essa Casa. Concluído o inquérito, foram os autos encaminhados à autoridade judiciária.

2. A Procuradoria da República em primeira instância, pelo Procurador José Robalinho Cavalcanti, sustentou que “essa capacidade de investigação” [da Polícia Legislativa] “não se confunde, nem pode se confundir, com atribuição para se dirigir ao Poder Judiciário, cumprir ordinariamente diligências, de cunho policial, sob sua supervisão última — e do titular da ação penal —, nem de manejar os instrumentos próprios preparató-

rios da persecução criminal em juízo, previstos em lei, a saber, termo de prisão em flagrante, termo circunstanciado e inquérito policial. Todas estas específicas atividades conformam, em seu conjunto, a função de polícia judiciária, e esta, nos termos da Constituição Federal, cabe, nos Estados, à polícia civil (art. 144, § 4º, da CF), e, na União, com exclusividade à Polícia Federal (art. 144, § 1º, inciso IV, da CF (...)).

3. O MM. Juiz Federal Substituto Ricardo Augusto Soares Leite, respondendo pela 12ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, prestou informações (fls. 165/166).

4. Foi concedida liminar (fls. 199).

5. O representante do Ministério Público, pelo Procurador Regional da República Marcus da Penha Souza Lima, pugna pela concessão da ordem, dizendo que “a exclusividade de que trata o inciso IV do art. 144 da Carta Política não alcança a atividade de investigação” (fls. 212/223).

6. É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. De acordo com o parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal, a autoridade administrativa com função de polícia pode, também, proceder a apuração de infração penal da sua autoria. Portanto, os atos de investigação para apuração de crimes não são exclusivos da polícia judiciária.

A matéria já está pacificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que editou a Súmula 397, com o seguinte enunciado:

O poder de polícia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende, consoante o regimento, a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito (destaquei).

É verdade que essa Súmula foi aprovada antes da Constituição Federal de 1988, em sessão plenária

de 03/04/1964, na vigência, portanto, da Constituição de 1946, com base nos *Habeas corpus* 40.398 (*DJ* de 02/07/1964), 40.382 (*DJ* de 13/08/1964) e 40.400 (*DJ* de 25/06/1964), tendo como fonte de referência os arts. 36, 40 e 45 da Constituição Federal de 1946 e os Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Com a Constituição de 1988, a Súmula 397 ficou superada? Creio que não.

O poder de polícia dessas Casas Legislativas não pode, como dizia o Ministro Victor Nunes Leal (HC 40.398, julgado na sessão de 18/03/1964 – *DJ* 02/07/1964), “ficar adstrito ao exercício, propriamente, da função parlamentar. Esta é uma prerrogativa que resguarda o Poder Legislativo, de qualquer atentado, em nome da independência, garantida pela Constituição Federal. Segundo essa tradição, o Regimento Interno do Senado e o da Câmara dos Deputados, em nosso país, disciplina o modo de proceder da Mesa em tais circunstâncias”.

A Terceira Turma deste Tribunal, em sua antiga composição, em sessão de 17/03/1998 (*DJ* 17/04/1998), por unanimidade, ao julgar o HC 1998.01.00.001726-8/MG entendeu que:

Os atos investigatórios destinados à apuração de crimes não são exclusivos da polícia judiciária. As investigações referentes à fauna e à flora podem ser procedidas pela Polícia Florestal.

Tourinho Filho (*in Processo Penal*, 28. ed., rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2006, vol. 1, p. 197) explica:

O inquérito, de regra, é policial, isto é, elaborado pela Polícia Civil. Todavia o parágrafo único do art. 4º do CPP estabelece que “a competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”. Observa-se, desse modo, que o dispositivo invocado deixa entrever a existência de inquéritos extrapoliciais, isto é, elaborados por autoridades outras que não as policiais, inquéritos esses que têm a mesma finalidade dos inquéritos policiais.

Adiante indaga: “A quem cabe a presidência do inquérito?” E responde:

Normalmente, à autoridade policial. Em alguns casos, não. Vejam-se a propósito: a) o art. 41, parágrafo único, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625, de 12/02/1993); b) o art. 43 e respectivo parágrafo do Regimento Inter-

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Olavo, Mário César Ribeiro, Cândido Ribeiro, Ítalo Fioravanti Sabo Mendes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Jamil Rosa de Jesus Oliveira (convocado). Impedido o Exmo. Sr. Juiz Federal Ney Barros Bello Filho (convocado).

no do Supremo Tribunal Federal; c) a Súmula 397 do Supremo Tribunal Federal; e d) o art. 33 da Lei Complementar 35, de 14/03/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional).

Explica, ainda, Tourinho Filho (*op. cit.* p. 199) que:

Há entendimento no sentido de que o art. 144, § 4º, da Constituição Federal não mais permite seja o inquérito, nas infrações penais comuns, presidido por outra autoridade que não a policial. Na verdade, assim, dispõe o citado parágrafo: “Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

A toda evidência não ficou excluída aquela competência referida na Lei Complementar 40/1981 [estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual], na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, na Súmula 397 etc. O preceito constitucional quis, tão-somente, dizer o que compete à Polícia Civil. O que o preceito constitucional quis, também, foi excluir aqueles delegados que não eram de carreira, muito comum nos Estados do Norte e do Nordeste.

Atente-se para as seguintes disposições legais:

O parágrafo único do art. 41 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, de 1993, depois, portanto, da promulgação da Constituição Federal de 1988, dispõe que:

Quando no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, a autoridade policial, civil ou militar remeterá, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, *a quem competirá dar prosseguimento à apuração* (destaquei).

O parágrafo único do art. 33 da Lei Complementar 35, de 14/03/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) estabelece que:

Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, *a fim de que prossiga na investigação* (destaquei).

Por sua vez, o art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, atualizado até outubro deste ano de 2006, giza que:

Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o *Presidente instaurará inquérito*, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro (destaquei).

Guilherme de Souza Nucci (*in Código de Processo Penal Comentado*, 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, RT, 2006, p. 80) admite que “o inquérito policial não é o único e exclusivo sustentáculo à ação penal. Admite-se que outros sejam seus alicerces, desde que prevista em lei a função investigatória da autoridade”.

Julgando o RHC 13.728/SP, em sessão de 15/04/2004 (*DJ* 21/06/2004), a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator o Ministro Hamilton Carvalhido, decidiu, por unanimidade, que:

Diversamente do que se tem procurado sustentar, como resulta da letra do seu art. 144, a Constituição da República não fez da investigação criminal uma função exclusiva da Polícia, restringindo-se, como se restringiu, tão-somente a fazer exclusivo, sim, da Polícia Federal o exercício da função de polícia judiciária da União (parágrafo 1º, inciso IV). Essa função de polícia judiciária – qual seja, a de auxiliar o Poder Judiciário –, não se identifica com a função investigatória, isto é, a de apurar infrações penais, bem distinguidas no verbo constitucional, como exsurge, entre outras disposições, do preceituado no parágrafo 4º do art. 144 da Constituição Federal, *verbis*:

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

Tal norma constitucional, por fim, define, é certo, as funções das polícias civis, mas sem estabelecer qualquer cláusula de exclusividade.

O Ministro Victor Nunes Leal, no voto acima citado (HC 40.398), explica que:

(...) no tocante ao policiamento interno das Casas do Congresso, o Regimento tem força de lei formal, porque assim quis o próprio legislador constituinte, zeloso da independência dos Poderes.

O inciso XIII do art. 52 da Constituição Federal estabelece que:

Compete privativamente ao Senado Federal:

XIII – dispor sobre sua organização, funcionamento, *polícia*, criação, transformação (...)

O art. 59 da Constituição Federal estabelece que o “processo legislativo compreende a elaboração de resoluções” (item VII). E foi por resolução, a Resolução 59, de 2002, que o Senado dispôs sobre sua polícia.

Observe-se que se só a polícia civil pudesse investigar, instaurar inquéritos, o Ministério Público não estaria lutando para proceder investigações, instaurando procedimento administrativo criminal, ou seja inquérito.

O Procurador Regional da República Marcus da Penha Souza Lima, que opinou pela concessão da ordem, com o apoio de Clèmerson Merlin Clève, professor titular de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e nas Faculdades do Brasil (artigo intitulado *Investigação Criminal do Ministério Público*, publicado no *Boletim Científico* da Escola Superior do Ministério Público da União, ano 4, n. 16, 07/10, 2005, p. 154/189), faz ver que “a Constituição distingue investigação de atividade de polícia judiciária da União, porque as tratou em incisos diferentes. A exclusividade refere-se somente à atividade de polícia judiciária, que não se confunde com investigação de crimes”.

Explica que (p. 174):

Levando a cabo a interpretação do dispositivo em questão [§ 4º do art. 144 da Constituição], resta assentado que à Polícia Federal é reservada, com exclusividade, a função de polícia judiciária da União, ou seja, não há exclusividade quanto à apuração de crimes e a exclusividade referida se opera em relação ao âmbito de atuação das funções de polícia judiciária — federal — em contrapartida ao das polícias civis. Assim, não há exclusividade constitucionalmente garantida aos órgãos que exercem função de polícia judiciária para a apuração de infrações criminais.

Por fim, fique claro que as medidas cautelares, a busca e apreensão, a quebra de sigilos, autorizadas evidentemente pelo juiz, deverão ser cumpridas pela Polícia Federal, por constituírem atividade de polícia judiciária.

2. *Ante o exposto, concedo* para assegurar à Mesa do Senado Federal o direito de, por meio de sua polícia, proceder a realização de inquérito, em caso de crime cometido em suas dependências.

3. É o voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Juiz Federal Jamil Rosa de Jesus Oliveira: — Senhor Presidente, o voto do eminente Relator esgotou todos os aspectos relevantes para dar-se pela concessão da segurança. Voto no mesmo sentido.

Terceira Seção

Embargos Infringentes em AC

1999.01.00.088308-5/DF

Relator: O Exmo Sr. Des. Federal João Batista Moreira

Embargante: Caixa Econômica Federal – CEF

Advogados: Dr. Celio Ribeiro Vasconcelos e outros

Embargado: Valter Bernardo Gomes

Advogados: Dr. Hebert da Silva Tavares e outros

Publicação: DJ 2 de 09/02/2007

Ementa

Civil e Processual Civil. SFH. Plano de equivalência salarial. Redução de vencimentos. Pretensão de reduzir o valor de prestação na mesma proporção.

I – A tese de que deve haver revisão do valor da prestação para ajustá-lo a qualquer nova realidade não prevista expressamente no art. 9º, § 6º, do Decreto-Lei 2.164/1984 levaria ao absurdo de ter que reduzir a zero o valor da prestação na hipótese de o mutuário ficar desempregado.

II – A finalidade social dos contratos do SFH tem duplo aspecto. A manutenção da equação financeira tem em vista, é verdade, tornar possível a continuação da relação individual e concretamente estabelecida, mas também o objetivo de permitir retorno da quantia mutuada ao Sistema Financeiro da Habitação para efeito de atendimento a outras pessoas. O desejável favorecimento individual do mutuário não pode significar liberalidade em grave prejuízo da situação das demais pessoas que estão à espera de moradia.

III – A alternativa que se assegura ao Autor, no caso, é a renegociação do contrato, dentro de critérios razoáveis, não pura e simplesmente, como pretende, a redução do valor de prestação na mesma proporção da redução de renda.

IV – Embargos Infringentes a que se dá provimento.

Acórdão

Decide a Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por maioria, dar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do Relator.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 23/01/2007.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:
— Trata-se de embargos infringentes interpostos pela Caixa Econômica Federal objetivando a prevalência do voto vencido do Juiz Federal Convocado Evandro Reimão dos Reis, que deu provimento ao apelo da CEF, julgando improcedente o pedido e negou provimento

ao recurso dos autores, em ação de rito ordinário, visando o cumprimento das cláusulas de contrato de mútuo habitacional, sob fundamento de que “o argüido decesso da renda do mutuário, seja em decorrência da sua redução pelo rebaixamento da escala salarial, seja pela exclusão de mutuário que compõe a renda, não autoriza, de forma compulsória, a Caixa Econômica Federal a reduzir a pretensão mensal, mas somente

possibilita, na forma do contrato, a renegociação, a qual, é evidente, deve ser consensual”.

Argumenta a Embargante, às fls. 212-220, que: a) “não cometeu qualquer irregularidade, já que cabia ao mutuário comprovar o decesso de remuneração para que fosse providenciada a renegociação da dívida, não havendo necessidade de socorrer-se ao Judiciário, uma vez que a *caixa*, sabidamente, não se escusa de renegociar a dívida do mutuário”; b) “no contrato em discussão, o percentual de comprometimento da renda familiar, no caso do Sr. Valter, é de 34,22%, valor que vem sendo observado pelo Agente Financeiro quando do reajuste das prestações, conforme preceitua a cláusula primeira”; c) “se houve decesso remuneratório por parte do Embargado, cabia a este demonstrar tal decesso para que a Credora providenciasse a renegociação do saldo devedor e do valor das prestações”.

Contra-razões da parte autora, às fls. 225-230, pugnano pela manutenção do acórdão recorrido.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — A questão, em seu núcleo, reside em saber se a disposição do art. 9º, § 6º, do Decreto-Lei 2.164/1984, que exclui das hipóteses de revisão de contrato a redução de renda *por mudança de emprego* ou *por alteração na composição da renda familiar em decorrência da exclusão de um ou mais co-adquirentes*, é taxativa ou meramente exemplificativa. Em outros termos, trata-se de decidir pela aplicação do argumento *a contrario* (a lei previu certas hipóteses, logo excluiu as demais) ou pela aplicação da analogia, para efeito de inclusão de outras hipóteses similares.

A situação ilustra bem a lição de Carlos Maximiliano, ao considerar o argumento *a contrario* “muito prestigiado outrora, malvisto hoje pela doutrina, pouco usado pela jurisprudência”: “do fato de se mencionar uma hipótese não se deduz a exclusão de

todas as outras.”** Também Kelsen considera completamente destituído de valor, como meio de interpretação, o argumento *a contrario*, juntamente pelo fato de levar a resultado oposto ao da analogia, não havendo qualquer critério que determine a preferência de um ao outro.***

Não vale, *data venia*, a consideração de que o fato de tratar-se de *norma restritiva de direito* ou *exceção à regra* da possibilidade de revisão do contrato impõe opção pelo critério do argumento “*a contrario*”. A reversibilidade do contrato já é exceção à regra geral do *pacta sunt servanda*, portanto, uma restrição ao direito da outra parte no contrato, e uma *exceção à exceção* significa, simplesmente, recondução àquela regra geral.

A tese de que deve haver revisão do valor da prestação para ajustá-lo a qualquer nova realidade não prevista expressamente no referido dispositivo levaria ao absurdo de ter que reduzir a zero o valor da prestação na hipótese de o mutuário ficar desempregado.

A manutenção da equação financeira tem em vista, é verdade, tornar possível a continuação da relação individual e concretamente estabelecida, mas também o objetivo de permitir o retorno da quantia mutuada ao Sistema Financeiro da Habitação para efeito de atendimento a outras pessoas. Este argumento tem sido empregado para justificar a aplicação da Taxa Referencial (TR) nos contratos que prevêem reajuste pelos mesmos índices da caderneta de poupança. A finalidade social dos contratos do SFH tem, pois, duplo aspecto. O desejável favorecimento individual do mutuário não pode significar liberalidade em grave prejuízo da situação das demais pessoas que estão à espera de moradia.

Lamentável a situação do Autor, resta-lhe a alternativa de renegociação do contrato, dentro de critérios razoáveis, não pura e simplesmente, como pretende, a redução do valor da prestação na mesma proporção da redução de seus vencimentos.

Ante o exposto, dou provimento aos embargos infringentes.

É como voto.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Olavo, Daniel Paes Ribeiro e os Exmos. Srs. Juízes Federais César Augusto Bearsi, Moacir Ferreira Ramos, Avio Mozar José Ferraz de Novaes e David Wilson de Abreu Pardo (convocados).

** *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9 ed. 3 tir. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 243.

*** *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 5 ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 468.

Voto Vogal Vencido

O Exmo Sr. Juiz Federal César Augusto Bearsi:

— Senhor Presidente, compreendi e respeito profundamente o entendimento — que eu já conhecia — da Turma do Dr. João Batista. Entretanto, vejo a equivalência salarial ou a equivalência com a renda não como uma simples regra, mas sim como um princípio que rege esse tipo de contrato. Para respeitar esse princípio, não se pode congelá-lo no tempo ao momento que revela a renda apenas quando o contrato foi assinado. Deve-se seguir a renda dessa pessoa durante a evolução ou involução dela. Do contrário, não existe um princípio de equivalência, existiu a equivalência só no momento da entabulação. Isso, no entanto, não significa que o raciocínio vá ao extremo de zerar a prestação quando a pessoa perde o emprego, porque aí entra em linha de consideração o princípio da razoabilidade. Zerar a prestação implicaria não pagar, e ninguém tem o direito de simplesmente não pagar o contrato de financiamento. Não é isso que a pessoa pede com esse tipo de ação. O pedido é pagar dentro das suas possibilidades, e não deixar de pagar. Então, casando o princípio da equivalência com o princípio da razoabilidade, entendendo que o pedido da pessoa não é deixar de pagar, mas sim pagar dentro da sua possibilidade de renda, quando essa renda é reduzida, devemos atentar para essa circunstância e permitir que a prestação seja revista.

De outro lado, não se pode esquecer que, normativamente, isso é permitido quando é aposentadoria, inclusive há jurisprudência deste Tribunal favorável. Ora, por que só na aposentadoria é permitida a mudança da prestação e quando a pessoa troca de emprego ou perde uma parte de uma remuneração variável, que tinha sido considerada de início, não se permite? Temos, então, uma regra aplicável de vez em quando ou aplicável só naquele momento do contrato, não serviria para nada. Quem é que tem a renda congelada durante quinze ou vinte anos, que é a duração de um contrato do Sistema Financeiro? Não existe. Se for considerar só a renda do momento em que se assina o contrato, então, a pessoa já está assinando um contrato que sabe que não vai cumprir. A equivalência salarial é uma equivalência fictícia, porque é uma equivalência de uma previsão de renda de vinte anos, que jamais vai se confirmar. A situação só ganha sentido e a equivalência

só ganha utilidade como proteção ao mutuário nesse tipo de contrato se for olhada como uma renda ao longo de todos esses anos de existência do contrato.

Por isso, peço vênias ao Relator e mantenho posição que já manifestei nos votos na Turma contra os embargos infringentes, que seriam embargos infringentes improvidos.

Quarta Seção

Ação Rescisória

2005.01.00.063896-4/DF

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso
Rel. p/ acórdão: O Exmo. Sr. Juiz Federal Mark Yshida Brandão (convocado)
Autores: Antonio Moreira de Oliveira e outros
Advogados: Dr. Alvimar Bertrand Duarte Guerra de Macedo e outros
Ré: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. José Luiz Gomes Rolo
Publicação DJ 2 de 09/02/2007

Ementa

Processual Civil. Tributário. Ação rescisória. Último acórdão proferido pelo STJ, com exame de mérito. Incompetência do TRF 1ª Região. Art. 105, I, "e", da CF. Sumula 249/STF. Extinção do processo.

I – Uma vez que o último acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que negando provimento, mas adentrando ao mérito da questão, passa a ser sua a competência para processar e julgar a ação rescisória, nos termos do art. 105, I, e, da Constituição Federal, e aplicação, por analogia, da Súmula 249/STF.

II – *In casu*, o STJ examinou a questão da incidência do imposto de renda sobre as parcelas vertidas pelos autores à entidade de previdência privada, no momento da percepção da complementação de aposentadoria, sob a égide das Leis 7.713/1988 e 9.250/1995.

III – Ação rescisória extinta, sem julgamento do mérito.

Acórdão

Decide a Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do voto do Relator convocado.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 13/12/2006.

Juiz Federal *Mark Yshida Brandão*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Mark Yshida Brandão:

— Trata-se de ação rescisória proposta, com fulcro no art. 485, V, do Código de Processo Civil, por Antônio Moreira de Oliveira e outros, em que pretendem a rescisão do julgado proferido, por unanimidade, pela Quarta Turma deste Tribunal, cujo acórdão, da lavra do Desembargador Federal Mário César Ribeiro, restou assim ementado:

Tributário. Imposto de renda. Proventos. Aposentadoria complementar. Previdência privada.

Lei 7.713/1988. Lei 9.250/1995. Isenção. Prescrição. Correção Monetária. Juros de Mora. Honorários advocatícios.

1. O prazo prescricional para a restituição de parcelas recolhidas indevidamente a título de imposto de renda é de cinco anos, contados a partir da extinção do crédito tributário, no caso, de cada retenção indevida. Precedentes do STJ.

2. A Lei 7.713/1988 determinou a inclusão, na base de cálculo do imposto de renda, das importâncias relativas às contribuições mensais efetuadas pelos beneficiários às entidades de previdência privada.

3. A incidência da exação sobre os valores recebidos a título de complementação de aposentadoria, correspondentes às contribuições feitas no período de 01/01/1989 a 31/12/1995, configura bitributação.

4. As regras relativas ao imposto de renda incidente sobre a complementação de aposentadoria, contidas na Lei 9.250/1995, somente se aplicam às contribuições e benefícios recebidos após a sua vigência.

5. Nas ações de repetição de indébito tributário, devem ser aplicados os índices reais de inflação, sob pena de propiciar o enriquecimento ilícito do devedor.

6. Os juros moratórios, na espécie, são devidos à razão de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado da sentença (art. 167 do CTN).

7. Vencida a Fazenda Pública, devem os honorários advocatícios ser arbitrados observando-se o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.

Os autores interpuseram recurso especial, o qual foi dado parcial provimento, determinando a incidência da taxa SELIC nos casos de repetição de indébito, conforme os termos da decisão monocrática da Ministra Relatora Eliana Calmon (fls. 350/354). Inconformados, opuseram agravo interno, que foi negado provimento (fls. 364/368).

Sustentam os autores que o julgamento da lide foi distinto da matéria versada nos autos, motivo que autoriza a interposição da presente ação rescisória, nos termos dos arts. 128 e 460 do CPC.

Alegam que a sentença monocrática e os posteriores acórdãos enfrentaram a demanda discutindo a inovação trazida pela aplicação do art. 33 da Lei 9.250/1995, ante a não observância da sistemática anterior, em que ocorreu a formação de uma reserva de poupança do fundo previdenciário.

Sustentam que a hipótese dos autos é distinta, pois postularam o reconhecimento da isenção do imposto de renda sobre parcela das complementações de aposentadoria auferidas na vigência da Lei 7.713/1988, porque a entidade de previdência privada não reconhecia a isenção disposta no art. 6º, VII, *b*, da referida Lei, que trata da isenção do imposto de renda em relação ao valor correspondente às contribuições cujo ônus tenham sido do participante, desde que os rendimentos e ganhos de capital produzidos pelo patrimônio da entidade tenham sido tributados na fonte.

Requerem, pois, *seja acolhida a presente ação rescisória, rescindindo a decisão indicada no preâmbulo, proferindo-se nova decisão na causa para julgar procedente a demanda originária*, com a condenação da União em honorários de sucumbência em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Assim, juntaram aos autos as procurações outorgadas aos patronos da causa (fls. 40/44).

A Fazenda Nacional apresentou contestação (fls. 630/638), suscitando a incompetência deste Tribunal, com aplicação, por analogia, da Súmula 249 do STF, porque a última decisão de mérito foi do Superior Tribunal de Justiça.

Após, em atenção ao princípio da eventualidade, sustentou a incidência da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal.

No tocante ao mérito, asseverou que não há de se confundir os institutos da complementação de aposentadoria e do resgate das contribuições vertidas ao fundo de previdência privada, este, e apenas este, isento da incidência de imposto de renda em relação às parcelas transferidas no período de janeiro de 1989 e dezembro de 1995.

Réplica às fls. 642/647.

O Ministério Público Federal manifestou-se (fls. 656/671) pela inadmissibilidade e improcedência da ação.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Mark Yshida Brandão:
— Dispõe a Súmula 249 do STF, *verbis*:

É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida.

Sob este prisma o entendimento jurisprudencial pacificou-se no sentido de que quando o STJ, ao jul-

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Olavo, Catão Alves, Antônio Ezequiel da Silva, Leomar Amorim. Ausentes, eventualmente, os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Fernando Mathias e Luciano Tolentino Amaral.

gar o Recurso Especial ou o agravo interno, examinar o mérito da demanda, a competência para processar e julgar a ação rescisória passa a ser sua, em razão da aplicação por analogia da referida Súmula 249. Confira-se:

Processual Civil. Agravo regimental. Recurso especial. Ação rescisória. Propositura no Tribunal a quo. Competência originária deste STJ. Extinção do feito sem julgamento de mérito. Art. 113, § 2º, do CPC. Remessa ao tribunal competente. Impossibilidade.

I - Verificou-se que a decisão proferida pelo em. Ministro Milton Luiz Pereira, nos autos do AG 282.029/PR, apesar de negar provimento ao recurso, efetivamente adentrara na questão federal controvertida, sendo, portanto, de competência desta Corte Superior o exame de ação rescisória daquele julgado. Incidência do enunciado sumular 249 do STF.

II - A rescisória, todavia, fora proposta contra *decisum* do Tribunal Regional, quando, em verdade, tratava-se de competência originária deste Colendo Tribunal. Dessa forma, não haveria, pois, como remeter a esta Corte os autos para que conhecesse do pedido “como se fosse para anular o seu acórdão”, conforme já decidido pelo próprio Pleno do Excelso Sodalício ao apreciar a AR 1.053-1/RJ, Relator Ministro Neri da Silveira, *DJ* de 07/02/1992. De rigor, assim, a extinção do feito sub examine.

III - Precedentes: AgRg na AR 3.089/PR, Rel. Min. Denise Arruda, *DJ* de 02/08/2004; AR 408/DF, Rel. Min. Felix Fischer, Rel. p/ 23/05/2005) acórdão Ministro Gilson Dipp, *DJ* de 12/05/2003 e EDAR 388/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* de 31/08/1998. IV – Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ), AgRg no REsp 712215/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, *DJ* 23/05/2005.)

Direito Processual Civil. Competência para o julgamento da ação rescisória. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, ao negar provimento a agravo em agravo de instrumento, apreciou o mérito do recurso especial.

I – Compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar ação rescisória de seus próprios julgados (Constituição Federal, art. 105, I, “e”).

II – É competente o Superior Tribunal de Justiça para a ação rescisória quando, embora não tendo conhecido do recurso especial, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida. Aplicação da Súmula 249 do Supremo Tribunal Federal.

III – A competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar a ação rescisória afo-

rada depois de transitada em julgado a decisão do recurso especial se estende aos aspectos não abrangidos pelo recurso.

IV – Recurso especial conhecido e provido para julgar extinto o processo sem julgamento do mérito. (STJ), REsp 595681/SP, Terceira Turma, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, *DJ* 22/06/2004.)

Processual Civil e Constitucional – Ação Rescisória – Acórdão rescindível proferido pelo STJ (última decisão de mérito): Incompetência do TRF1 (Art. 102, I, “j”, da CF/1988) – Processo extinto: Precedentes.

1 – Súmula 249 do STF: “É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida.”

2 – CF/1988 (art. 105, I, “d”): “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: (...) (e) as (...) ações rescisórias de seus julgados”.

3 – Se o STJ, negando provimento ao agravo interposto contra a decisão do TRF1 que negou trânsito ao REsp, adentra no mérito da querela (IRRF sobre complementação de aposentadoria), apreciando, então, “a questão federal controvertida”, é (lendo-se *mutatis mutandis* a Súmula 249 do STF e tomando-se em consideração o art. 105, I, “d”, da CF/1988) sua a competência para o processamento e o julgamento da ação rescisória (desinfluyente que se alegue vício *extra petita* na sentença e no acórdão proferido por esta Corte).

4 – Se a ação é ajuizada em Corte incompetente (TRF1), aplica-se o preceito (*sententia debet esse conformis libello*) da pura e simples extinção do processo (art. 267, IV, do CPC), pois descabida a remessa à Corte superior competente.

5 – Peças liberadas pelo Relator, em 26/07/2006, para publicação do acórdão. (TRF 1ª Região, AR 2005.01.00.063895-0/DF, Quarta Seção, rel. Des. Federal Luciano Tolentino do Amaral, Quarta Seção, *DJ* 08/09/2006.)

Processo Civil - Ação rescisória - Recurso especial não conhecido pelo STJ - Apreciação da questão de mérito - Competência da corte superior - Súmula 249/STF - Carência de ação.

1. Havendo pronunciamento de mérito no recurso especial sobre a questão federal controvertida, a competência para eventual ação rescisória do julgado desloca-se para o STJ, ainda que se tenha decidido pelo seu não conhecimento. Aplica-se, *in casu*, a orientação da Súmula 249 do STF (“É com-

petente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida”).

2. Precedentes do STJ e desta Corte Regional (STJ; EIAR 199500184850/BA; Primeira Seção; *DJ* 12/05/1997 P.18.744; Min. Relator Antônio de Pádua Ribeiro); (STJ – AGRAR 199300291610/BA; Primeira Seção; *DJ* 06/03/1995 P.4.280; Min. Relator Humberto Gomes de Barros); (AR 93.01.29683-7/DF, Rel. Juiz Catão Alves, Primeira Seção do TRF 1ª Região, *DJ* de 30/06/1994 P. 35.399).

3. Carência de ação. (TRF 1ª Região, Primeira Seção, AR 2000.01.00.057359-1/DF, rel. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, *DJ* 06/06/2003.)

Ora, no caso em exame, foi negado provimento ao agravo regimental, interposto no STJ, ao fundamento que, sob a égide da Lei 7.713/1988, não há incidência do imposto de renda sobre os valores relativos ao resgate das contribuições aos benefícios da complementação de aposentadoria decorrentes de contribuições pagas pelos autores, mas, sobre as contribuições pagas na vigência da Lei 9.250/1995, incide o imposto de renda, uma vez que o contribuinte foi autorizado a deduzir da renda bruta os valores das contribuições.

Portanto, o Superior Tribunal de Justiça examinou o mérito da demanda, sendo sua a competência para processar e julgar a ação rescisória, nos termos do art. 105, I, *e*, da Constituição Federal, o qual estipula que compete ao STJ processar e julgar originariamente as ações rescisórias de seus julgados.

Desinfluyente, para o caso, a alegação de que houve julgamento de matéria diversa, porque os julgamentos deste Tribunal não podem se sobrepor aos dos Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, julgo extinta a presente ação rescisória, nos termos do art. 267, IV, do CPC, por incompetência originária deste Tribunal, nos termos da Súmula 249 do STF.

Condeno a parte autora ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, que ora fixo, com base no art. 20, § 4º, do CPC, em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Determino a conversão em renda da União do depósito efetuado pelos autores (CPC, art. 494).

É como voto.

Primeira Turma

Apelação Cível

2006.38.01.000258-5/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado

Apelante: União Federal

Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero

Apelado: Armindo Santiago

Advogada: Dra. Ana Paula Inhan Rocha

Publicação: DJ 2 de 05/02/2007

Ementa

Constitucional e Administrativo. Militar. Ex-combatente da 2ª Guerra Mundial..Leis 5.315/1967 e 8.059/1990. Assistência médico-hospitalar gratuita em organizações militares de saúde. Auto aplicabilidade do Art. 53, IV, do ADCT. Norma de eficácia plena. desnecessidade de prévia contribuição para o fundo de saúde da organização militar. precedentes do STF.Honorários advocatícios.

I – Comprovada a condição de ex-combatente (Lei 5.315/1967) ou de dependência deste (art. 5º da Lei 8.059/1990), é garantida constitucionalmente a percepção de assistência médico-hospitalar gratuita nas organizações militares de saúde, nos termos do inciso IV do art. 53 do ADCT da CF/1988, que é norma auto aplicável, de eficácia plena e imediata, independentemente de regulamentação e prévia contribuição.

II – A intenção da lei, ao permitir o acesso diferenciado de ex-combatentes e dependentes ao tratamento médico-hospitalar, próprio dos militares de carreira, visou a retribuir os serviços prestados por eles durante a Segunda Guerra Mundial.

III – Precedentes do Supremo Tribunal Federal (RE-AgR 414.256/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 20/05/2005 p. 26 e RE-AgR 417.871/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, DJ 11/03/2005, p. 31).

IV – Honorários advocatícios mantidos, uma vez que fixados em observância aos preceitos do art. 20, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil.

V – Apelação e remessa, tida por interposta, desprovidas. Sentença confirmada.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 24/01/2007.

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado:
— Trata-se de apelação interposta pela União contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG, que julgou pro-

cedente pedido relativo à fruição gratuita de assistência médico-hospitalar em organizações militares de saúde a Armindo Santiago e dependentes, em virtude da condição de ex-combatente da 2ª Guerra Mundial, determinando o pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa.

Em suas razões, insurge-se contra os argumentos da sentença, sustentando ser imprópria a fruição do benefício, uma vez que a pensão especial não é sujeita a contribuições e ensejaria prestação de benefício sem a necessária contraprestação pecuniária. Requer reforma do julgado no tocante à fixação da verba honorária (fls. 74/81).

Com as contra-razões (fls. 85/90), subiram os autos a esta Corte, vindo os autos a mim conclusos.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado:
— Cuida-se de recurso da União contra sentença que assegurou ao apelado Armindo Santiago, ex-combatente da 2ª Guerra Mundial, o direito de usufruir gratuitamente de assistência médico-hospitalar oferecida por organizações militares de saúde.

Dispõe o art. 53, inciso IV, do ADCT da CF/1988:

Art. 53. Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei 5.315, de 12/09/1967, serão assegurados os seguintes direitos:

(...)

IV – assistência médica, hospitalar e educacional gratuita, extensiva aos dependentes;

Com efeito, o recurso da União não merece prosperar.

No tocante à fruição gratuita de assistência médico-hospitalar em Hospital Militar, comprovada a condição de ex-combatente (Lei 5.315/1967) ou de dependência deste, à fl. 13 (art. 5º da Lei 8.059/1990), é garantida constitucionalmente a percepção de assistência médico-hospitalar gratuita nas organizações militares de saúde, nos termos do inciso IV do art. 53 do ADCT da CF/1988, que é norma auto aplicável, de eficácia plena e imediata, independentemente de regulamentação.

A intenção da lei, ao permitir o acesso diferenciado de ex-combatentes e dependentes ao tratamento médico-hospitalar, próprio dos militares de carreira, visou a retribuir os serviços prestados por eles durante a Segunda Guerra Mundial.

Por oportuno, colaciono julgados do Supremo Tribunal Federal:

Constitucional. Administrativo. Militar: Ex-combatente. Assistência médica e hospitalar: Organizações militares de saúde. C.F., 1988, ADCT, Art. 53, IV. I. – O ex-combatente e seus dependentes têm direito de serem atendidos pelas Organizações Militares de Saúde. CF/1988, ADCT, art. 53, IV. II. – Negativa de trânsito ao RE da União. III. – Agravo não provido. (RE-AgR 414.256/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 20/05/2005, p. 26).

Recurso. Extraordinário. Inadmissibilidade. Auto-aplicabilidade do art. 53, IV da Constituição. Concessão de assistência médico-hospitalar gratuita prevista no Dispositivo Transitório, a dependentes de ex-combatentes da 2ª Guerra Mundial. Agravo regimental não provido. O art. 53, IV, do ADCT, é norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. (RE-AgR 417.871/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, DJ 11/03/2005, p. 31)

No tocante à fixação da verba honorária, também não merece prosperar a pretensão recursal, uma vez que fixada em observância aos preceitos do art. 20, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, nego provimento à apelação da União e à remessa oficial, tida por interposta, e mantenho a sentença recorrida.

É como voto.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Itelmar Raydan Evangelista e Miguel Ângelo Alvarenga Lopes (convocados). Ausente, por motivo de férias, o Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira.

Segunda Turma

Remessa *Ex Officio*

2001.34.00.009759-1/DF

Relatora: Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves
Autor: Mariano Ribeiro da Silva
Advogada: Dra. Maria Lindinalva de Souza
Réu: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procurador: Dr. Miguel dos Santos Fonseca Neto
Remetente: Juízo Federal da 16ª Vara/DF
Publicação: DJ 2 de 08/02/2007

Ementa

Previdenciário. Constitucional. Equivalência salarial. Proporcionalidade do percentual do benefício previdenciário. Impossibilidade. Verba honorária.

I – A Constituição Federal de 1988, em seu art. 201, § 2º, com redação anterior à Emenda Constitucional 20/98, estabeleceu que “É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”.

II – Previsão inserida na Medida Provisória 316, de 11/08/2006, em seu art. 41-A, no sentido de que “O valor dos benefícios em manutenção será reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário mínimo, pro rata, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC, apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE”.

III – A preservação do valor real dos benefícios previdenciários ocorre com observância aos critérios e índices estabelecidos em lei, defeso ao Poder Judiciário estabelecer a aplicação de índices de reajuste diferentes, não havendo falar, pois, em ofensa às garantias de irredutibilidade do valor dos benefícios e da preservação do seu valor real, bem assim em qualquer inconstitucionalidade na Lei 8.213/1991.

IV – Verba honorária fixada em R\$ 60,00 (sessenta reais), a ser suportada pela parte autora, ficando sua cobrança suspensa em face da gratuidade deferida (Lei 1.060/1950).

V – Remessa oficial provida.

Acórdão

Decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, dar provimento à remessa oficial, nos termos do voto da Relatora.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 17/01/2007.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal *Neuza Alves*: — Trata-se de remessa *ex officio* contra sentença (fls. 55/59) pro-

ferida pelo Juízo Federal da 16ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, em ação pelo rito ordinário, indeferiu o pedido de manutenção da equivalência salarial da aposentadoria por invalidez no percentual de

75% do salário da categoria profissional de vigilantes, *in verbis*:

Julgo parcialmente procedente o pedido de revisão para determinar que o réu proceda ao reajustamento do benefício da aposentadoria por invalidez do Autor, observada a prescrição, compensados os percentuais já concedidos sob o mesmo título, nos seguintes termos:

a) revisar a RMI, calculando-a nos moldes do Decreto 83.080/1979, devendo corresponder à média da soma dos salários-de-contribuição imediatamente anteriores ao mês do afastamento da atividade, até o máximo de 12 (doze), apurados em período não superior a 18 (dezoito) meses, observado o percentual de 75% da média encontrada.

b) No primeiro reajustamento do benefício, aplicar o critério da Súmula 260/TFR, no período de 28/04/1987 a 04/04/1989.

c) Reajustar o benefício do Autor com base no salário-mínimo, por força do disposto no art. 58 do ADCT, no período de abril de 1989 a dezembro de 1991.

d) A partir da regulamentação da Lei 8.213/1991, há de ser observado o que determina o art. 41, II, do referido diploma legal, que fixa o índice de reajustamento e de correção.

e) Aplicar a correção monetária sobre as diferenças devidas ao Autor, com fulcro na Súmula 148 do STJ, a partir do vencimento de cada parcela, em face do caráter alimentar da prestação.

f) Os juros moratórios contra a Fazenda Pública incidem à taxa de 1% (um por cento) ao mês, inaplicável, no particular, o Código Civil vigente.” (cf. fls. 57/58).

Determinou o pagamento de custas e verba honorária pelas partes, fixada esta em 10% sobre o valor da condenação, porém sobrestado o pagamento por 5 (cinco) anos, em razão da gratuidade de justiça deferida.

Recurso voluntário intempestivo, conforme certidão de fls. 69.

Os autos subiram a esta Corte por força do duplo grau de jurisdição.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Após análise preliminar para verificação das condições de procedibilidade e da regularidade processual, cumpre discorrer acerca do direito invocado pelo autor.

Em petição inicial (cf. fls. 03 a 05) o autor pleiteou:

Por tudo isto exposto, considerando a flagrante afronta à legislação aplicável à espécie, ao direito adquirido do requerente, a uma pensão por invalidez com 75% dos vencimentos do salário de um vigilante, é a presente para requerer a V. Exa., a citação da União Federal – INSS, na pessoa do seu representante legal, no endereço declinado, para querendo, apresentar defesa no prazo de lei.

Que finalmente seja esta ação Julgada procedente em todos os seus termos, para condenar o Réu a Reajustar seu benefício para 75%, como era, a partir da sua queda, prorrogando-se essas diferenças com juros e correção monetária, de acordo com os termos da legislação pertinente e conforme for apurado em liquidação de sentença. (...)

A pretensão trazida a juízo refere-se a requerimento de recálculo do benefício previdenciário do autor com base no valor do salário que um vigilante percebe atualmente.

O benefício previdenciário do autor foi concedido por invalidez em 15/07/1986, portanto sob a égide do Decreto 83.080/1979.

Não há nos autos questionamento acerca do estabelecimento do benefício, nos moldes em que deferido. No entanto, a irrisignação reside na atualização do benefício em conformidade com o valor do salário da categoria de vigilante a qual pertencia o autor quando da sua aposentação.

Convém observar que o Decreto 83.080/1979, em seu art. 41, previa a forma de cálculo da renda mensal do benefício previdenciário, conforme adiante transcrito:

Art. 41. O valor da renda mensal do benefício de prestação continuada, ou o da sua parcela básica mencionada na letra “a” do item II do artigo

*N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, a Exma. Sra. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva (convocada). Ausente, por motivo de férias, o Exmo. Sr. Desembargador Federal Aloisio Palmeira Lima.

40, é calculado mediante a aplicação seguintes;

(...)

II – aposentadoria por invalidez – 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício, mais 1% (um por cento) desse por ano completo de atividade abrangida pela previdência social urbana, até o máximo de 30% (trinta por cento) (...).

Na seqüência, o art. 153 estabelecia que “O valor dos benefícios em manutenção é reajustado quando o salário-mínimo o é. § 1º Os índices do reajustamento são os mesmos da política salarial, considerando-se como mês básico o início da vigência do novo salário-mínimo. § 2º O reajustamento de que trata este artigo é devido a contar da data em que vigorou o novo salário-mínimo, arredondada a fração de cruzeiro do total obtido para a unidade imediatamente superior”.

Os reajustamentos dos benefícios, ao longo do tempo, ocorreram em observância ao disposto no Decreto 83.080/1979, e, após a edição da Lei 8.213/1991, este normativo passou a reger os planos de benefícios da Previdência Social.

A Lei citada estabeleceu em seu art. 41, em sua redação original, a forma de reajustamento dos benefícios, determinando no inciso II que “os valores dos benefícios em manutenção serão reajustados, de acordo com suas respectivas datas de início, com base na variação integral do INPC, calculado pelo IBGE, nas mesmas épocas em que o salário mínimo for alterado, pelo índice da cesta básica ou substituto eventual”.

A Medida Provisória 316, de 2006, por meio de seu art. 7º, revogou o art. 41 da Lei 8.213/1991.

Cumpra, ainda, incluir o disposto no art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que estabeleceu a revisão dos valores dos benefícios mantidos pela Previdência Social na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, *verbis*:

Art. 58. Os benefícios de prestação continuada, mantidos pela previdência social na data da promulgação da Constituição, terão seus valores revistos, a fim de que seja restabelecido o poder aquisitivo, expresso em número de salários mínimos, que tinham na data de sua concessão, obedecendo-se a esse critério de atualização até a implantação do plano de custeio e benefícios referidos no artigo seguinte.

Parágrafo único. As prestações mensais dos benefícios atualizadas de acordo com este artigo serão devidas e pagas a partir do sétimo mês a contar da promulgação da Constituição.

Determinada a forma de reajuste em obediência ao texto constitucional, por meio da Lei 8.213/1991, como demonstrado pelo art. 41, acima transcrito.

Mencionada pelo Juízo *a quo* a aplicação da Súmula do extinto TFR de n. 260 que estabelecia que:

No primeiro reajuste do benefício previdenciário deve-se aplicar o índice integral do aumento verificado, independentemente do mês da concessão, considerado, nos reajustes subsequentes, o salário-mínimo então atualizado.

No entanto, a regra vigente afasta a equivalência dos benefícios previdenciários ao número de salários mínimos.

Da peça inicial verifica-se que o pleito não se baseia em nenhuma das indicações normativas utilizadas pelo INSS desde a concessão do benefício do autor. Não foi, ao menos, apontado descumprimento de algum dispositivo legal ou constitucional.

E quanto à aplicação dos preceitos insertos no art. 58 do ADCT e da Súmula 260 do TFR, verifica-se a incidência da prescrição do direito do autor, impossibilitando o prosseguimento nestes temas.

Muito embora tenha se operado o instituto da prescrição, na forma mencionada, registro que a aplicação dos critérios definidos, no período compreendido entre a promulgação da Constituição Federal e a edição da Lei 8.213/1991, foi estendida a todos os aposentados e pensionistas do INSS, como largamente anunciado.

Vê-se que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 201, § 2º, com redação anterior à Emenda Constitucional 20/98, estabeleceu que “É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”.

Dispondo a Lei 8.213/1991, com as alterações havidas, acerca do reajustamento dos benefícios previdenciários, conforme expresso na Medida Provisória 316, de 11/08/2006, *verbis*:

Art. 41-A. O valor dos benefícios em manutenção será reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário mínimo, pro rata, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC, apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

§ 1º Nenhum benefício reajustado poderá exceder o limite máximo do salário-de-benefício na data do reajustamento, respeitados os direitos adquiridos.

§ 2º Os benefícios serão pagos do primeiro ao quinto dia útil do mês seguinte ao de sua competência, observada a distribuição proporcional do número de beneficiários por dia de pagamento.

§ 3º O primeiro pagamento de renda mensal do benefício será efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária a sua concessão.

§ 4º Para os benefícios que tenham sido majorados devido à elevação do salário mínimo, o referido aumento deverá ser compensado quando da aplicação do disposto no caput, de acordo com normas a serem baixadas pelo Ministério da Previdência Social. (NR)

A despeito da irresignação do autor, a equivalência salarial pleiteada não encontra respaldo na legislação, conforme demonstrado pelos dispositivos indicados e corroborado pela jurisprudência deste Tribunal, *verbis*:

Constitucional e Previdenciário. Revisão de benefício concedido antes da CF/1988. Aposentadoria por invalidez. RMI. Equivalência entre o salário-de-contribuição e o valor do benefício. Impossibilidade. Cálculo de acordo com a lei vigente na data da concessão. Decreto 89.312/1984. Equivalência salarial de forma perene. Impossibilidade. Art. 58 do ADCT. Critério transitório. Vinculação ao número de salários-mínimos. Vedação. Art. 7º, IV, CF/1988. Improcedência do pedido. Sentença reformada.

1. (...)

5. *Com a implantação dos planos de benefícios e custeio da Previdência Social, o art. 58 do ADCT deixou de ter aplicabilidade, ocasião em que passou a incidir a regra prevista na parte final do inciso IV do art. 7º do texto permanente da Constituição Federal, que veda a vinculação do salário-mínimo, para qualquer fim.*

6. Tendo o INSS revisado o benefício do autor pelo do art. 58 do ADCT e sendo esse critério de reajuste transitório, não há como manter a equivalência com o número de salários-mínimos de forma perene, por contrariar a jurisprudência, além de violar a parte final do inciso IV do art. 7º da mencionada Lei Maior.

7. *Aos benefícios em manutenção na data da Constituição, após o mencionado reajuste (art. 58 do ADCT), aplica-se o critério estabelecido no artigo 41, inciso II, da Lei 8.213/1991, de janeiro a dezembro de 1992, com base na variação do INPC, calculado*

pelo IBGE, nas mesmas épocas em que o salário-mínimo for alterado, pelo índice da cesta básica ou substituto eventual (art. 41, II, da Lei 8.213/1991); a partir de janeiro de 1993 até dezembro de 1993, pelo Índice de Reajuste do Salário-mínimo – IRSM (Leis 8.542/1992 e 8.700/1993); em janeiro e fevereiro de 1994, pelo Fator de Atualização Salarial – FAS (Lei 8.700/1993); de março a junho de 1994, pela conversão em URV (Lei 8.880/1994; a partir de julho de 1994 pelo IPC-r, conforme as Leis 8.880/1994 e 9.032/1995; a partir de 01/05/1996, pela variação acumulada do Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna – IGP-DI, nos doze meses imediatamente anteriores (Medida Provisória 1.415, de 29/04/1996, e Portarias MPS 3.253/1996, 3.971/1997 e 3.927/1997).

8. A aplicação de tais critérios de reajuste não ofendeu à Constituição Federal, vez que esta não estabeleceu o fator de correção a ser aplicado aos benefícios de prestação continuada, deixando tal critério para a legislação infraconstitucional, que disciplinou a matéria, conforme acima referido, tendo, pois, a norma constitucional assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhe, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei. *Com efeito, a preservação do valor real dos benefícios previdenciários se faz com observância aos critérios e índices estabelecidos em lei, não competindo ao Poder Judiciário determinar a aplicação de índices de reajuste diferentes, não havendo falar, pois, em ofensa às garantias de irredutibilidade do valor dos benefícios e da preservação do seu valor real, bem como em qualquer inconstitucionalidade nas Leis 8.213/1991 e 8.870/1994.* Precedente desta Corte: AC 2002.01.99.032761-0/MG, Rel. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, DJ 2 de 17/11/2003, p. 6.

9. Apelação do autor a que se nega provimento e apelação do INSS a que se dá provimento para, reformando a r. sentença, julgar improcedente o pedido, ficando prejudicada a remessa oficial tida por interposta. Honorários de advogado pelo autor no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais), na forma do art. 20, § 4º, CPC, ressalvada a justiça gratuita, ora deferida. Sem custas (art. 128 da Lei 8.213/1991).

(AC 1998.01.00.007991-8/BA, Rel. Juiz Federal Mark Yshida Brandão, Primeira Turma Suplementar, DJ de 19/05/2005, p. 41)

A determinação em sentença de aplicação do INPC, na forma do art. 41 da lei em estudo, tão somente reflete os preceitos legais, não trazendo inovação à conduta a ser adotada pelo INSS.

Portanto, não assiste razão ao Autor quanto ao pleito inaugural de equivalência da aposentadoria por

invalidez, concedida antes da Constituição de 1988, com o valor atual do salário de vigilante, pelo que julgo improcedente o pedido.

Ante o exposto, dou provimento à remessa, para, reformando a sentença, julgar improcedente o pedido formulado na inicial, *na forma delineada na fundamentação*.

Condeno a parte autora em honorários advocatícios, que arbitro em R\$ 60,00 (sessenta reais), ficando sua cobrança suspensa em face da gratuidade deferida (Lei 1.060/1950).

É o meu voto.

Terceira Turma

Apelação Criminal

2005.36.01.000085-4/MT

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

Apelante: Jucinete da Silva Rocha – ré presa

Advogada dativa: Dra. Mikaela Minare Brauna

Apelada: Justiça Pública

Procurador: Dr. Mário Lúcio de Avelari

Publicação: DJ 2 de 16/02/2007

Ementa

Processo penal. Penal. Tráfico internacional de drogas. Dependência toxicológica. Dosimetria da pena. Regime de cumprimento da pena.

I – O exame de dependência toxicológica, ainda que o réu se declare viciado, não é imprescindível se inexistem nos autos elementos de sua necessidade. A necessidade do exame decorre de um conjunto de elementos que possam gerar dúvida sobre a normalidade psíquica do agente, em face do vício.

II – Para a configuração do tráfico internacional, não é preciso que haja entendimento entre o cidadão nacional e o estrangeiro no sentido de comercializar a droga. Ao trazer a droga do estrangeiro ou a adquirindo em solo brasileiro trazida que fora diretamente do exterior, configurado está o tráfico internacional. *In casu*, a droga veio da Bolívia e foi adquirida, na fronteira com o Brasil, pela ré, na fronteira Brasil-Bolívia em Corixa, situada entre Cáceres e San Matias.

III – A procura do lucro fácil e as conseqüências do crime de tráfico de drogas — graves danos para a sociedade — foram consideradas pelo legislador ao cominar a pena mínima no crime de tráfico. Redução da pena.

IV – O cumprimento da pena em regime *integralmente* fechado — § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990 — é inconstitucional.

Acórdão

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, dar provimento parcial à apelação.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 07/02/2007.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Tourinho Neto*: — 1. O MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Cáceres, Estado de Mato Grosso, Carlos Roberto Barros de Campos, julgou procedente a denúncia para condenar Jucinete da Silva Rocha, brasileira, convivente, artesã, residente na rua Amazonas, qd. 146, casa 10, Alto da Serra, Cidade de Cuiabá, Mato Grosso, ora re-

colhida na Unidade Prisional Regional Ana Maria do Couto May, em Cuiabá/MT, por infração ao art. 12, *caput*, c/c o art. 18, I, da Lei 6.368, de 1976, à pena de 4 (quatro) anos e 08 (oito) meses, a ser cumprida em *regime integralmente fechado*, e ao pagamento de 74 (setenta e quatro) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos (fls. 100/111).

De acordo com a acusação (fls. 4/5):

(...) no dia 7/10/2004, por volta da 19h20min, na rodovia BR-174, no Km 6, Jucinete da Silva Rocha, trazia consigo substância entorpecente, consistente em aproximadamente 300 gramas de cocaína num invólucro de plástico, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Narram os autos que anteriormente aos fatos, a denuncianda encontrava-se na Bolívia, ocasião em que adquiriu o entorpecente acima citado.

Ao adquirir a droga, a denuncianda escondeu o invólucro de plástico em formato de absorvente higiênico junto à vagina.

Após o que, a denuncianda dirigiu-se até o local conhecido como corixa, onde embarcou numa Van de transportes de passageiros, indo em direção à cidade de Cáceres.

Já no momento dos fatos, ao passar pelo Posto da Polícia Rodoviária Federal, conhecido como Posto de Limão, os policiais rodoviários federais abordaram o ônibus, ocasião em que revistaram todos passageiros da Van.

Assim, ao revistarem a denuncianda os policiais lograram encontrar um invólucro contendo 300 gramas de cocaína, o qual se encontrava acoplado na calcinha da denuncianda, como se fosse um absorvente higiênico.

Teve o MM. Juiz *a quo* como comprovada a materialidade do delito, diante do laudo preliminar de constatação em substância (fls. 20) e do laudo pericial de fls. 48/50, que demonstraram que a substância apreendida era cocaína. Entendeu, também, que se trata de tráfico internacional, ante a prova produzida nos autos. Quanto à autoria, disse o ilustre magistrado (fls. 103):

(...) a negativa de autoria da acusada Jucinete é comum do ser humano, mas não sobrevive quando analisadas às provas produzidas no bojo dos autos, corroborado, ainda, com os depoimentos prestados pelas testemunhas, encontrando-se em perfeita sintonia com os fatos descritos na peça acusatória.

Dessa maneira, concluo que o depoimento da Policial Federal não pode ser invalidado como elemento de prova, eis que, como reiteradamente vem entendendo a jurisprudência, os depoimentos prestados por policiais, assim como os de outras testemunhas, tem, a princípio, presunção juris tantum de veracidade e boa-fé, cabendo à parte contrária demonstrar e comprovar a existência de motivos para duvidar dos mesmos.

2. Irresignada, apela a ré, por intermédio de *defensor dativo* (fls. 180/186), alegando, primeiramente, que disse que era dependente de droga e, no entanto, não foi submetida ao devido exame; que a droga que transportava “era para seu consumo próprio”. Pede, deste modo, a anulação da sentença. Afirmou, também, que não houve tráfico internacional, pois “deixou claro, de forma inquestionável, que o táxi era boliviano, o veículo, mas o motorista era brasileiro”, não tendo, assim, havido contradição como entendeu o MM. julgador; que não adentrou em território boliviano, pois, antes da fronteira, há “um largo trecho de terras, com moradias, pequenos sítios, e estradas de chão batido”. Argumento que (fls. 184):

A figura do tráfico internacional somente se admite quando ficar provado extreme de dúvida que os réus estavam organizados com o exterior para o cometimento de delitos de tráfico, mantendo vínculos permanentes com pessoas ou entidades estrangeiras, localizadas no exterior, visando o comércio internacional de entorpecentes, não bastando para tanto simples suposição ou presunção de que a droga apreendida em território nacional tenha sido adquirida em território estrangeiro, até porque interpretação tão elástica da norma importaria em admitir que todo o delito relativo a tráfico de cocaína ou pasta base devesse sofrer a majorante, porque cocaína e pasta base somente é produzida comercialmente no exterior, notadamente na Bolívia e Colômbia, onde situam-se a imensa maioria das plantações de coca, matéria prima única para sua produção.

Não se conformou, outrossim, com o regime integral da pena que lhe foi aplicado.

Pede, também, a redução da pena de multa, em face de seu estado de pobreza.

3. Contra-razões às fls. 190/196.

4. Nesta instância, o representante do Ministério Público Federal Procurador Regional da República Aldenor Moreira de Sousa, opina pelo improvimento do recurso de apelação (fls. 200/203 e não 195/199).

5. *Corrija-se a numeração dos autos, a partir da de n. 196.*

6. Denúncia oferecida em 28/10/2004, sentença prolatada em 30/06/2005. Autos remetidos a este Tribunal em 30/03/2006.

7. Ao revisor em 06/11/2006.

8. É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto:

1 A alegada dependência toxicológica

É verdade que a ré, ao ser interrogada, tanto na polícia (fls. 16) como em juízo (fls. 74), afirmou ser usuária de drogas. Todavia, o fato de a ré, sem apresentar outros elementos de convicção, alegar que é usuária de drogas não implica sua submissão a exame de dependência toxicológica. Não há, nos autos, nenhuma prova que leve à conclusão ser a ré usuária de droga.

O exame de dependência toxicológica, ainda que a ré se declare viciada, não é imprescindível se inexistem nos autos elementos de sua necessidade. A necessidade do exame decorre de um conjunto de elementos que possam gerar dúvida sobre a normalidade psíquica do agente, em face do vício.

A ré pode até ser viciada, mas nada impede que responda como traficante. Observe-se a quantidade de cocaína apreendida com a ré — trezentos grama. Para uma pessoa pobre, como alega ser (“sua renda durante uma quinzena”, afirmou, “é em torno de R\$600,00” – v. fls. 15), a quantidade foi grande. Essa quantidade, aliada ao fato de ser a ré pobre, sem condições, portanto, de dispor de dinheiro suficiente para a compra de tal quantidade de cocaína, constitui, sem dúvida alguma, circunstância indicadora de ser traficante. Tenha-se, ainda, que se deve levar em consideração, no caso, os antecedentes da ré (já foi autuada por crime de tráfico de entorpecente) e a forma de acondicionamento da substância entorpecente. Esse modo de proceder não revela o procedimento de um usuário.

2 O tráfico internacional

Segundo a testemunha Elis Regina de Sales, policial que conduziu a ré à Delegacia de Polícia, depoimento prestado no auto de prisão em flagrante, foi a ré presa no Posto da Polícia Rodoviária, Km 6 da Rodovia 174, Grupo Especial de Fronteira (Gefron), “com um pacote envolto a fita adesiva transparente e no interior, substância esbranquiçada semelhante a cloridrato de cocaína”, que se constatou, depois, em exame preliminar, ser realmente cocaína; que a ré disse que “vinha de São Matias na Bolívia onde adquiriu a droga de uma

mulher por R\$ 1.800,00 (hum mil e oitocentos reais) e seu destino seria Cuiabá/MT” (fls. 12). Confirmou esse depoimento em juízo (fls. 78) Declarações estas que foram confirmadas pelos policiais Tharssyo Akira dos Santos (fls. 13) e Reginaldo Ferreira (fls. 14).

Contou a acusada, ao ser interrogada na polícia, que assim adquiriu a droga (fls.15/16):

*Que tomou ônibus na cidade de Cuiabá/MT, por volta de meia-noite de ontem, tendo se hospedado em hotel aqui em Cáceres e pela manhã, por volta das 5 horas seguiu de ônibus para a fronteira Brasil/Bolívia descendo no ponto final na localidade de Corixa e após conversar com um motorista de táxi boliviano, que é brasileiro, e o mesmo a levou até a uma chácara que fica antes da divisa, cujo acesso se dá por uma estradinha de terra batida à esquerda antes da divisa donde fez a aquisição de cerca de 300 (trezentos) gramas de base de cocaína tendo pago R\$ 1.800,00 (hum mil e oitocentos reais) em papel moeda nacional; Diz que o taxista é de pele negra, magro, alto e de olhos puxados e o vendedor, que também é brasileiro, é moreno, alto, forte e muito sorridente; *que*, a casa do vendedor é de barro e coberto com palhas e fica em território brasileiro; Diz que tanto o taxista quanto o vendedor os viu pela primeira vez em data de hoje; *que* não adentrou na Bolívia; *que*, após a compra guardou o entorpecente entre as pernas, por dentro da calcinha, tomou o microônibus e retornou; *que*, no posto da polícia rodoviária, ao ser revista por uma policial foi o entorpecente localizado e apreendido, sendo o que está neste momento sobre a mesa do cartório; Diz que não trafica e que o entorpecente apreendido era para seu consumo; *que*, faz uso de entorpecente desde seus 13 anos de idade.*

Confirmou essas declarações em juízo (v. fls. 74/75).

A testemunha Lucilia Perine, “cobradora de Van”, veículo de transporte coletivo, às fls. 79, contou que “se recorda que durante uns três meses a acusada ia de 3 a 4 vezes por semana de van de Cáceres para Cuiabá/MT de manhã e voltava à tarde, quando pegava o ônibus da Real Norte para Cuiabá”.

Para a configuração do tráfico internacional, não é preciso que haja entendimento entre o cidadão nacional e o estrangeiro no sentido de comercializar a droga. Ao trazer a droga do estrangeiro ou a adquirindo em solo brasileiro trazida que fora diretamente do exterior, configurado está o tráfico internacional. *In casu*, a droga veio da Bolívia e foi adquirida, na frontei-

* Participaram do julgamento os Exmo. Srs. Juizes Federais Saulo Casali Bahia e Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocados).

ra com o Brasil, pela ré, na fronteira Brasil-Bolívia em Corixa, situada entre Cáceres e San Matias.

Para a caracterização do tráfico internacional basta o intuito de transferência da droga envolvendo mais de um país. Não é necessário que fique demonstrado o conluio com o cidadão estrangeiro. O trazer a droga do estrangeiro já constitui tráfico internacional, não se exigindo vínculo entre agentes nacionais e estrangeiros.

3 A dosimetria da pena

Fixou o MM. Juiz *a quo* a pena-base em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, considerando que a ré informou que já tinha sido condenada por tráfico de drogas, que os motivos do crime são reprováveis; que ela se utilizou do crime para obter lucro fácil; que as circunstâncias lhe são desfavoráveis, “eis que não mediu esforços para atravessar um inóspita fronteira e comprar a droga no país vizinho e introduzi-la em território pátrio”; e que as conseqüências do crime de tráfico “são sempre potencialmente gravíssimas para a sociedade, pois as famílias são aniquiladas, bem como causam a morte prematura de uma gama de usuários, principalmente adolescentes”.

Tenho que os motivos, a procura do lucro fácil, as circunstâncias e as conseqüências do crime de tráfico, considerados pelo ilustre Juiz Carlos Roberto Barros de Campos, foram consideradas pelo legislador ao cominar a pena mínima a esse delito. Examinando que a ré é pobre, leva uma vida miserável, tem dois filhos adolescentes, demonstra uma grande tristeza por ter cometido o crime, envergonhada perante os filhos. As folhas de antecedentes de fls. 28 e 38 dizem respeito ao crime de que cuida estes autos. A de fls. 21 é incompleta, não esclarecendo muita coisa. Por esta razão, *fixo a pena-base no mínimo legal*, 3 (três) anos e a *aumento* de 1/3 (um terço), ante o que dispõe o inciso I do art. 18 da Lei 6.369/1976, vigente à época dos fatos.

Assim, fica a pena privativa de liberdade definitiva em 4 (quatro) anos de reclusão.

Reduzo a pena de multa para 12 (doze) dias-multa e a *aumento*, de igual maneira que fiz para a pena privativa de liberdade, de 1/3 (um terço), *ficando em 16 (dezesseis) dias-multa*. Mantenho o valor do dia multa: 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

4 Regimento de cumprimento da pena

O § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990 tem a seguinte disposição: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”.

A constitucionalidade desse dispositivo está sendo apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, julgamento do HC 82.959-7/SP, que tem como relator o Ministro Marco Aurélio. Já votaram pela inconstitucionalidade os Ministros relator, Marco Aurélio, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso e Gilmar Mendes. Pela constitucionalidade, votaram os Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Velloso. O julgamento ainda não terminou. Pediu vista a Ministra Ellen Gracie.

Em seu voto disse o Ministro Gilmar Mendes:

(...) é certo que o modelo adotado na Lei 8.072/1990 faz *tábula rasa* do direito à individualização no que concerne aos chamados crimes hediondos.

(...)

Os direitos básicos do apenado a uma individualização são totalmente desconsiderados em favor de uma opção política radical.

Não é difícil perceber que fixação *in abstracto* de semelhante modelo, sem permitir que se levem conta as particularidades de cada indivíduo, a sua capacidade de reintegração social e os esforços envidados com vistas à ressocialização, retira qualquer caráter substancial da garantia da individualização da pena. Ela passa a ser uma delegação em branco oferecida ao legislador, que tudo poderá fazer. Se assim se entender, tem-se a completa descaracterização de uma garantia fundamental.

(...)

Em verdade, tal como apontado por Marco Aurélio e Peluso, a Lei dos Crimes Hediondos contém uma incongruência grave, pois, ao mesmo tempo em que repele a progressividade, admite o livramento condicional desde que cumpridos dois terços da pena (CP, art. 83, V). Tem-se, pois, o retorno à vida *social sem que tenha havido progressão do regime, com a reintrodução gradual do condenado na vida em sociedade.* (*destaquei*)

(...)

Fica evidente, assim, que a fórmula abstrata consagrada pelo legislador, que veda a progressão aos crimes hediondos, não se compatibiliza também com o princípio da proporcionalidade, na acepção da *necessidade* (existência de outro meio eficaz menos lesivo aos direitos fundamentais). Verificada a *desnecessidade* da medida, resta evidenciada a lesão ao princípio da proporcionalidade.

E assim concluiu seu douto voto:

Com essas considerações, também eu, Senhor Presidente, declaro a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072, de 1990. Faço isso, com efeito *ex nunc*, nos termos do art. 27 da Lei 9.868, de 1999, que entendo aplicável à espécie. Ressalto que esse efeito *ex nunc* deve ser entendido com aplicável às condenações que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão.

Tenho, também, que a vedação à progressão do regime de cumprimento da pena para os crimes hediondos é inconstitucional. Essa vedação é tão hedionda como o próprio crime.

O regime de cumprimento da pena da acusada, em obediência ao que dispõe a letra c do § 2º do art. 33 do Código Penal, será o aberto.

5. *Diante do exposto*, dou provimento parcial à apelação da acusada para reduzir a pena privativa de liberdade e de multa e para permitir que o regime de cumprimento da pena seja o aberto.

6. É o voto.

Voto Revisor

O Exmo. Sr. Juiz Federal Saulo Casali: — Recebi os autos do processo, procedi ao necessário exame de revisão, nos termos legais e regimentais e, sem acréscimo ao relatório, pedi dia para julgamento.

Alega a apelante que a substância entorpecente consigo encontrada destinava-se ao uso, e não ao tráfico, pois sustentou tanto no depoimento prestado frente à autoridade policial (fl. 16) quanto em juízo (fl. 74), que é usuária de drogas.

Tal afirmação, contudo, carece de confirmação comprobatória nos autos. Tampouco é imprescindível a submissão da apelante ao exame toxicológico, tendo em vista que os elementos indiciários trazidos ao feito apontam para a desnecessidade do exame, uma vez que sequer se alega qualquer anormalidade psíquica da ré em face do vício, capaz de comprometer sua capacidade de entendimento e conduta de acordo com o ordenamento normativo vigente. Ademais, nada impede que a ré, mesmo ostentando a condição de usuária de drogas, venha a cometer o delito de tráfico internacional de entorpecentes, se não restar devidamente comprovado o porte da substância em quantidade suficiente apenas ao uso individual.

Releva anotar que a quantidade de cocaína encontrada acondicionada junto à roupa íntima da apelante é grande, não se podendo supor que poderia adquirir tal montante com os rendimentos que alegou perceber (cerca de R\$1.200,00 por mês – fl. 15). O modo utilizado no transporte, acondicionado como se fosse um absorvente higiênico íntimo, também não é compatível com o comportamento normal do usuário.

A materialidade e a autoria do delito restaram comprovadas por intermédio do exame realizado na substância encontrada de posse da acusada, conforme se verifica no Laudo Preliminar de Constatação em Substância (fl. 20), e no Laudo Pericial da Superintendência de Perícias e Identificações 03-01-001785/2004 (fls. 48-50), cujas conclusões apresentaram resultado positivo para cocaína.

No que diz respeito à internacionalidade, verifica-se do depoimento da acusada prestado à fl. 15 perante a autoridade policial, que confessou ter adquirido a substância proibida em Corixa, na Bolívia, trazendo-a escondida dentro da roupa íntima até ser presa em flagrante. Para configuração do tráfico internacional, não é necessária a configuração da habitualidade ou do conluio com estrangeiros para aquisição da droga, tampouco haver vínculo entre agentes brasileiros e estrangeiros. O simples fato de adquirir a cocaína em solo estrangeiro, conforme hipótese dos autos, suficientemente corroborada pelos depoimentos dos agentes que realizaram o flagrante, bem como pelas demais testemunhas (fls. 12 a 14 e 78), é suficiente para subsidiar a agravante contida no inc. I do art. 18 da Lei 6.368/1976.

A pena aplicada à acusada, contudo, mostrou-se exacerbada. Não há nos autos comprovação da reincidência, nem de outras circunstâncias estabelecidas pelo art. 59 do Código Penal para a fixação da pena-base além do mínimo legal, razão pela qual a fixo no patamar mínimo de 3 (três) anos de reclusão. Deixo de considerar a atenuante da confissão, por não ter o condão de reduzir para quantidade aquém do mínimo estabelecido para o tipo penal e verifico a ausência de agravantes.

Presente contudo a causa especial de aumento de pena contida no inc. I do art. 18, aumento a pena em 1/3 (um terço), tornada definitiva à míngua de causas de diminuição em 4 (*quatro*) anos de reclusão.

A pena de multa também deve ser reduzida para 12 (doze) dias-multa, e, pelas mesmas razões sustentadas acima, aumentada em 1/3 (um terço), restando definitiva em 16 (dezesseis) dias multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à data dos fatos, devidamente atualizado.

No tocante ao regime de cumprimento da pena, tenho que merece também reparos o decreto condenatório neste particular. tem-se que o STF, retomando o julgamento do *Habeas corpus* 82.959/SP, decidiu pela inconstitucionalidade do preceito que vedava a progressão do regime de cumprimento da pena em crimes hediondos (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990), sob a fundamentação de que feriam os princípios da individualização da pena e da isonomia, razão pela qual reformou a sentença nesse ponto, determinando que o regime de cumprimento da pena seja o aberto, conforme preceitua a letra c do § 2º do art. 33 do Código Penal, e não o integralmente fechado como fora fixado na sentença.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação da acusada, para reduzir a pena privativa de liberdade na forma acima exposta, bem como para alterar o regime de cumprimento.

É o voto.

Quarta Turma

Apelação Criminal

1999.01.00.069504-7/RR

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado)

Apelante: Flávio Antônio Gomes

Advogado: Dr. Marcos Antônio Carvalho de Souza

Apelada: Justiça Pública

Procurador: Dr. Eduardo André Lopes Pinto

Publicação: DJ 2 de 02/02/2007

Ementa

Penal. Processual penal. Contrabando. Crime contra a ordem economica. Lei 8.176/1991, artigo 1º. Interrogatório. Nulidade. Pena. Dosimetria. Antecedentes. Prescrição.

I – Considerando que entre a publicação da sentença condenatória (28/01/1999) até esta data, decorreu período superior ao prazo prescricional previsto no art. 109, inciso V, do Código Penal (4 anos), deve ser reconhecida de ofício a prescrição em relação ao delito do art. 334, § 1º, “d”, do CP, tendo em vista que o apelante foi condenado à pena de dois anos de reclusão para este delito e que não houve recurso da acusação.

II – A materialidade e autoria do delito do art. 1º, I, da Lei 8.176/1991 restaram devidamente comprovadas.

III – O interrogatório do acusado não se verificou, porque citado o mesmo a ele não compareceu, ou seja, o próprio réu foi o responsável pela pretensa nulidade que decorreria da alegada ausência de interrogatório judicial, sendo, portando, defeso suscitá-la em seu favor nos termos do art. 565 do CPP.

IV – A determinação introduzida pela Lei 9.271, de 17/04/1996 no art. 366 do CPP, de suspensão do processo e do prazo prescricional para o réu revel é inaplicável a fatos ocorridos antes de sua vigência.

V – “Processos ou inquéritos em curso não podem ser considerados como maus antecedentes, uma vez que, conforme estabelece a CF/88, em seu art. 5º, LVII, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (cf. ACR 1998.34.00.025167-6/DF, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, Terceira Turma, DJ de 06/10/2006, p.58).

VI – Recurso de apelação parcialmente conhecido e provido em parte tão-somente para reduzir a pena aplicada ao apelante pelo delito do art. 1º, I, da Lei 8.176/1991. Extinção de punibilidade do Réu reconhecida de ofício também em relação a este crime em face da prescrição regulada na hipótese pela nova pena aplicada.

Acórdão

Decide a Quarta Turma do TRF 1ª Região, por unanimidade, julgar parcialmente prejudicado o recurso de apelação em relação ao delito do art. 334, § 1º, “d”, do CP e dele conhecer, em relação ao delito do art. 1º, I, da Lei 8.176/1991, e, na parte conhecida, dar-lhe parcial provimento, reconhecendo ainda de ofício a extinção da punibilidade pela prescrição em relação a ambos os delitos, nos termos do voto do Relator.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 09/01/2007.

Juiz Federal *Klaus Kuschel*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Klaus Kuschel: — O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Flávio Antonio Gomes, pela prática dos crimes previstos no art. 334, § 1º, “d” do Código Penal e art. 21 da Lei 7.805/1989, nos seguintes termos:

No dia 13/03/1993, por volta das 6 horas, nas proximidades do riacho Água Boa, Sítio Mucura, numa pista de pouso clandestina, localizada neste município de Boa Vista, quando abastecia sua aeronave com combustível estrangeiro, laudo às fls. 37/38, possivelmente proveniente da Venezuela, desacompanhado da documentação legal, e preparava-se para praticar garimpagem em área proibida, foi surpreendido por Policiais Federais que o detiveram, após receberem informações sobre suas atividades.

Em seu interrogatório, fls. 11/13 do IP, o Denunciado confessou, em parte, a imputação que lhe é feita.

Citado por edital (fl. 56), o acusado não compareceu à audiência de interrogatório, pelo que foi decretada sua revelia, sendo-lhe nomeado defensor dativo (fl. 60).

Em suas alegações finais, pugnou o Ministério Público Federal pela absolvição do acusado em relação ao crime do art. 21 da Lei 7.805/1989 e sua condenação pelo delito do art. 1º, I, da Lei 8.176/1991, dando nova classificação jurídica aos fatos imputados ao réu.

Sentenciando o feito (fls. 166/172), o MM. Juiz *a quo* julgou procedente a denúncia, condenando o réu Flávio Antonio Gomes a 2 (dois) anos de reclusão pelo crime do art. 334, § 1º, “d”, do Código Penal; e 3 anos de detenção pela infração ao art. 1º, I, da Lei 8.176/1991; substituindo as penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

Inconformado, o Acusado interpôs Recurso de Apelação (fls. 179/181), pugnando por sua absolvição.

Com contra-razões (fls. 184/192), subiram os autos a esta Corte onde receberam parecer ministerial pelo improvimento do recurso (fls. 196/204).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Klaus Kuschel: — Cuida-se de Recurso de Apelação da sentença que condenou o Acusado Flávio Antônio Gomes nas penas do artigo 1º, inciso I, da Lei 8.176/1991 e do art. 334, § 1º, “d” do Código Penal.

Sustenta o recorrente, em síntese, que:

- a) Que, o acusado não fora flagrado cometendo o delito;
- b) Que, as provas materiais, ou seja, “o combustível”, não foi provado ser de propriedade do apelante, passando a ser uma suposição de que fosse dele;
- c) Que, na oitiva das testemunhas de acusação/defesa, ficou claro ser o local de difícil acesso, e por ser demasiadamente próximo à fronteira, poder-se-ia até admitir, já que não havia acesso ao local de combustível brasileiro, nem mesmo para a própria cidade de Boa Vista havia regularidade;
- d) Que, o apelante não tivera oportunidade de comparecer em juízo, onde seu testemunho fatalmente seria sua melhor defesa; (...)

Inicialmente, considerando que entre a publicação da sentença condenatória (28/01/1999) até esta data, decorreu período superior ao prazo prescricional previsto no art. 109, inciso V, do Código Penal (4 anos), reconheço de ofício a prescrição e declaro extinta a punibilidade do Acusado nos termos dos §§ 1º e 2º, do art. 110, c/c o art. 107, inciso IV, ambos do Código Penal e art. 61 do Código de Processo Penal, em relação ao delito do art. 334, § 1º, “d”, do CP, tendo em vista que foi condenado à pena de dois anos de reclusão para este delito e que não houve recurso da acusação.

Passo a analisar o recurso em relação ao outro crime.

Não merecem prosperar as alegações do apelante, porquanto não encontram guarida nas provas existentes nos autos. A materialidade restou devidamente comprovada pelo Laudo de Exame em Substância Mineral (fls. 37/38 do apenso) e autoria também mostra-se latente, tendo o acusado, em seu interrogatório policial (fls. 11/13 do apenso) confessado que acreditava ser o combustível adquirido procedente da Venezuela.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Hilton Queiroz e Ítalo Fioravanti Sabo Mendes.

Quanto à alegação de prejuízo para a defesa face à ausência do interrogatório judicial, também não vislumbro razão ao recorrente, porquanto o interrogatório do acusado não se verificou porque citado o mesmo a ele não compareceu, ou seja, o próprio réu foi o responsável pela pretensa nulidade sendo, portando, defeso suscitá-la em seu favor nos termos do art. 565 do CPP.

Ressalte-se ainda, por oportuno, que a determinação introduzida pela Lei 9.271, de 17/04/1996 no art. 366 do CPP, de suspensão do processo e do prazo prescricional para o réu revel é inaplicável a fatos ocorridos antes de sua vigência, como no caso, uma vez que, em que pese seja o mencionado dispositivo atinente ao processo penal, dispõe, outrossim, sobre regra mais gravosa de direito penal, como a suspensão do prazo prescricional. Nesse sentido, confira-se:

Penal. Processual penal. Habeas corpus preventivo. Constrangimento ilegal. Ocorrência. Nulidades inexistência. Habeas corpus concedido parcialmente.

1. Caracteriza a hipótese de constrangimento ilegal o recolhimento do réu provisoriamente em condições semelhantes a regime fechado quando, por sentença transitada em julgado, foi-lhe imposto o regime aberto de cumprimento da pena.

2. Inocorrendo os requisitos que autorizam a prisão provisória, não é de se admitir a prisão do paciente como medida acatelatória.

3. A Lei 9.271/1996, que deu nova redação ao art. 366, do Código de Processo Penal, embora contenha preceito de direito processual penal, não pode ser aplicada aos processos que tenham por objeto julgamento de delitos praticados antes de sua vigência, por dispor também sobre regra mais gravosa de direito penal, como a suspensão do prazo prescricional. Precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça.

4. Havendo nos autos elementos que permitam inferir ter o defensor dativo tomado ciência da sentença publicada, não há porque se falar na ocorrência de nulidade.

5. *Habeas corpus* concedido parcialmente. (HC 2005.01.00.068527-8/PA, 4ª Turma, Rel. Des. Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, DJ 13/01/2006.)

Processual penal. Revelia. Suspensão do processo e do prazo prescricional. Lei 9.271/1996. Aplicação retroativa. Impossibilidade.

– A Lei 9.271/1996, que deu nova redação ao art. 366, do Código de Processo Penal, embora contenha preceito de direito processual, não pode ser aplicada aos processos que tenham por objeto o julgamento de delitos praticados antes de sua vigência, por dispor também sobre regra mais gravosa de direito penal, como a suspensão do prazo prescricional.

– É inadmissível a aplicação parcial do mencionado diploma legal, com incidência apenas do preceito pertinente à suspensão do processo, afastando o comando relativ à suspensão do prazo prescricional.

– *Habeas corpus* denegado. (STJ, HC 11864/SP, 6ª Turma, Relator Min. Vicente Leal, DJ de 19/05/2003, p. 254)

Todavia, em relação à pena aplicada ao delito, deve ser a mesma reduzida, porquanto não se pode considerar, como o fez a sentença apelada, que o apelante tenha maus antecedentes em razão de ter sido preso em flagrante meses após ter cometido o delito aqui analisado.

Nesse sentido destaco o seguinte julgado desta Corte:

Processual penal. Art. 2º, inc. I, da Lei 8.137/1990. Substituição da pena privativa de liberdade. Art. 44 do Código Penal. Impossibilidade. Maus antecedentes. Inexistência.

1. Não é possível a concessão do benefício da substituição de pena quando ausente um dos requisitos previstos art. 44 do Código Penal.

2. *Processos ou inquéritos em curso não podem ser considerados como maus antecedentes, uma vez que, conforme estabelece a CF/1988, em seu art. 5º, LVII, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.*

3. Apelação não provida. (ACR 1998.34.00.025167-6/DF, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, Terceira Turma, DJ de 06/10/2006, p.58 – grifei.)

Assim, reduzo a pena a ele aplicada para 2 (dois) anos de detenção.

Ante o exposto, dou por prejudicada a apelação em relação ao delito do art. 334, § 1º, “d”, em face da prescrição, e conheço dela em parte, quanto ao delito do art. 1º, I, da Lei 8.176/1991, e nesta parte dou-lhe parcial provimento tão-somente para reduzir a pena aplicada, nos termos da fundamentação.

Considerando que entre a publicação da sentença condenatória (29/01/1999) até esta data, decorreu período superior ao prazo prescricional previsto no artigo 109, inciso V, do Código Penal (4 anos), reconhecido de ofício a prescrição e declaro extinta a punibilidade do Apelante também em relação ao delito do art. 1º, I, da Lei 8.176/1991, nos termos dos §§ 1º e 2º, do artigo 110, c/c o artigo 107, inciso IV, ambos do Código Penal e artigo 61 do Código de Processo Penal.

É como voto.

Voto de Revisão

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Fiz a revisão no presente feito, nada tendo a acrescentar ao relatório de fl. 215.

Ressalto, inicialmente, que a análise do recurso em relação ao delito previsto no art. 334, § 1º, “d”, do CP encontra-se prejudicada, em face da incidência de inexorável prescrição da pretensão punitiva.

Com efeito, a pena aplicada foi de 2 (dois) anos de reclusão, e de acordo com o disposto no § 1º do art. 110 do CP, a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se pela pena aplicada.

Como a pena aplicada foi de 2 (dois) anos de reclusão, de acordo com o disposto no art. 109, VI, do CP, verifica-se a prescrição em 4 (quatro) anos.

Como da data da publicação da sentença (19/03/1999) até a presente data transcorreram mais de 4 (quatro) anos, e tendo ocorrido o trânsito em julgado para o Ministério Público Federal, encontra-se prescrita a pretensão punitiva do Estado, em face da prescrição superveniente.

Entendo, noutro giro, no que se refere ao delito previsto no art. 1º, inc. I, da Lei 8.176/1991, que não merecem ser acolhidas as razões do apelante, pelas razões que passarei a expor.

Com efeito, preceitua o artigo em questão:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem econômica:

I – adquirir, distribuir e revender derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico, hidratado carburante e demais combustíveis líquidos carburantes, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei.

In casu, fora apreendido em poder do acusado, quando do abastecimento de uma aeronave, aproximadamente 280 (duzentos e oitenta) litros de gasolina estrangeira.

Transcrevo, nesse diapasão, alguns documentos colhidos na fase inquisitorial:

(...) apresentou a autoridade 2 (dois) tambores metálicos, um na cor preta e outro cinza claro, contendo aproximadamente 140 (cento e quarenta) litros cada usado para a aviação (sic), esclarecendo o apresentante que tal combustível fora encontrado na localidade denominada Água Boa, mais precisamente no lugar conhecido por “Pedro Mucura”, e que teria sido adquirido de forma irregular, provavelmente de origem Venezuelana, que, além disso, serviria para o abastecimento de aeronave para vôos não autorizados pelo Órgão competente, vôos que poderiam servir lançamento de gêneros na área Indígena, segundo informe recebido, pelo que foi determinado pela Autoridade a Apreensão do mencionado combustível e seus recipientes, sendo que um deles, o tambor de cor cinza-claro apresenta uma pequena perfuração, o que obriga a permanecer deitado (...). (Auto de Apreensão – v. fl. 14 do anexo).

Findos os exames concluem os Peritos tratar-se o material em questão de combustível (gasolina) de procedência estrangeira.

Ao 3º) Esclarecem ainda os Signatários que de acordo com a Portaria 23, de 25/09/1992, do Conselho Nacional de Combustíveis, foi fixado em 22% (vinte e dois por cento) o teor de álcool etílico anidro na gasolina, em todo o Território Nacional. (Laudo de exame – v. fl. 38 do anexo).

Ouvido na fase inquisitorial, o acusado confessou a autoria nos seguintes termos:

(...) que faz três dias recebeu um telefonema no Hotel onde se encontra hospedado, qual seja, Hotel Euzébios, de Nelson dizendo que iria para a pista do Dicão, dentro do território da Venezuela, tendo o declarante dito que se pudesse fornecer-lhe gasolina que desse para avião a compraria pelo preço marcado na bomba aqui em Boa Vista/RR, e depois faria o vôo para a pista do Dicão – Venezuela, tendo comparecido no Hotel um indivíduo mandado por Nelson, que o descreveu antes de mandá-lo, tendo entregue ao emissário de Nelson Cr\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de cruzeiros), tendo Nelson lhe dito o lugar onde deveria pegar a gasolina, ou seja, junto à Ponte sobre o rio Água Boa, distante cerca de 15 km do local onde seu avião PT-BUZ foi hoje localizado pelo equipe da Polícia Federal e com sua

Chevy levou tal combustível para a referida Pista; que Nelson disse ao declarante que adquiriu a gasolina do indivíduo chamado Romilson, tendo Nelson, inclusive, lhe fornecido o n. do telefone de Romilson que se encontra numa anotação em poder do declarante em seu quarto de hotel, querendo fornecê-la para ajudar nas investigações; que o prefixo do telefone de Romilson é de BV-8, por isso acredita que a gasolina lhe fornecida seja adquirida na Venezuela; que a sua intenção era partir para Santarém/PA, como já disse anteriormente e agora reafirma, com parada em S. João da Balisa; que nega que tenha contratado um voo para garimpo situado em terras Yanomami, com o garimpeiro conhecido por "Pará", a fim de que fosse feito um lançamento de mantimento em ponto daquela Reserva Indígena a ser indicado por "Pará"; que quer esclarecer que o garimpo de Trombetas fica próximo de S. João da Balisa, a uma distância média de uma hora e quinze minutos de voo; que "Baixinho" que estava ajudando no abastecimento do seu avião PT-BUZ é seu ajudante, isto é trabalha para o declarante; que a pista em que hoje cedo foi surpreendido pela Polícia Federal é de sua propriedade tendo sido aberta pelo próprio declarante, tendo sido também encontrado o combustível adquirido de Nelson que, em parte, já tinha sido colocado no tanque do avião PT-BUZ, sendo que o restante do combustível encontrado pela equipe policial, ainda fora do tanque, do avião, foi trazido para sede deste Órgão Policial, é o mesmo que está sendo apreendido em Auto próprio. (fls. 11/12 do anexo).

Oportuna, outrossim, a transcrição de algumas testemunhas ouvidas em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa:

(...) a lembrança que tem do fato é vaga em virtude de operações realizadas objetivando este tipo de apreensão foram em grande quantidade, que nessa mesma época foram apreendidas aproximadamente 6 aeronaves; que lembra que a Fazenda onde se encontrava o réu era de difícil acesso, que ele foi encontrado abastecendo a aeronave, e que havia com ele duas pessoas que seriam transportadas para um garimpo clandestino; que inclusive esse garimpo situava-se em área de reserva indígena (Yanomami); que o acusado tanto transportava passageiros para o garimpo como garimpava; que não participou do interrogatório do acusado, apenas da prisão." (depoimento de Luiz Gonzaga de Melo Sousa – v. fl. 119).

(...) houve a informação de que havia uma pista de pouso clandestina no Município de Bela Vista/RR, motivo por que passaram os policiais a fazer observação, postando-se em um "banho" (balneário) existente próximo a ela. Realizada uma

campana, os agentes policiais conseguiram ver quando chegou um avião teco-teco, o qual ficou escondido no meio da mata. Feita a abordagem, verificou-se que no local havia vários tambores de combustível e a aeronave estava sendo abastecida. O piloto foi conduzido à Superintendência da Polícia Federal e o seu nome é Flávio Antônio Gomes. Ratifica as suas declarações prestadas no inquérito policial, constantes das fls. 13/14. Dada a palavra à eminente Representante do MPF, respondeu que os tambores de combustível não traziam a indicação do país de procedência. Na região, a prática era a de importação de combustíveis dos países vizinhos, em razão do preço ser bem mais barato. A Polícia Federal chegava a descobrir a procedência dos combustíveis pelo fato de ser prática constante a compra nos países vizinhos e, ainda, pela constatação em perícia, com a qual se chegava à conclusão de que o produto era estrangeiro, devido à qualidade bem superior à dos combustíveis vendidos no Brasil. O avião estava abastecido e, no momento da abordagem, houve a constatação de que estariam sendo colocados tambores de combustíveis na aeronave, para serem transportados para as áreas de garimpo." (depoimento de Pedro Antônio de Lima – v. fls. 134/135).

Dúvidas não restam, pois, que o réu adquiriu derivado de petróleo em desacordo com as normas estabelecidas em lei.

Não há que se falar em prejuízo em face da ausência do réu ao interrogatório, visto que "*citado por edital (fl. 56), não compareceu à audiência designada, motivo pelo qual foi declarado revel, sendo-lhe nomeado defensor dativo (fl. 60).*" (fl. 166), sendo oportuno ressaltar que os fatos em questão ocorreram antes da entrada em vigor da Lei 9.271/96, não havendo que se falar em retroatividade, "*uma vez que não se admite a cisão da referida norma que dispõe a respeito de regra de direito processual – suspensão do processo – e de direito material – suspensão da prescrição –, já que a aplicação desta importaria em prejuízo ao réu*" (RHC 15.526/CE, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 14/3/2005, p. 383).

No entanto e noutro norte, entendo que a pena-base deve ser reduzida.

Com efeito, quando da dosimetria, decidiu o magistrado:

O réu, a despeito de ser primário, não possui bons antecedentes, haja vista haver sido preso em flagrante menos de um mês após a prática dos delitos aqui julgados. (fls.170/171).

O fato mencionado não pode fundamentar o aumento da pena, pois inquéritos diversos e processos em curso não podem servir como indicativos de maus antecedentes no momento da fixação da reprimenda, razão pela qual reduzo a pena para 2 (dois) anos de detenção.

Verifica-se, assim, que incidiu, na espécie, inexorável prescrição da pretensão punitiva, visto que a pena aplicada foi de 2 (dois) anos, prescrevendo, portanto, em 4 (quatro) anos (v. art. 109, V, do CP).

Como da data da publicação da sentença (19/03/1999) até a presente data transcorreram mais de 4 (quatro) anos, e tendo ocorrido o trânsito em julgado para o Ministério Público Federal, encontra-se prescrita a pretensão punitiva do Estado, em face da prescrição superveniente.

Diante do exposto, declaro extinta a punibilidade do recorrido em relação aos delitos previstos no art. 334, § 1º, “d”, do CP e art. 1º, inc. I, da Lei 8.176/1991, com fulcro nos arts. 107, IV, 109, V, e 114, II, todos do CP.

É como voto.

Quinta Turma

Agravo de Instrumento

2006.01.00.017736-8/PA

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida
Agravante: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Marco Antônio Delfino de Almeida
Agravada: Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte
Advogados: Dr. Andrei Braga Mendes e outros
Agravado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama
Procurador: Dr. Vilberto da Cunha Peixoto Júnior
Agravada: Centrais Elétricas Brasileiras S/A – Eletrobrás
Advogados: Eduardo Antonio Lucho Ferrao e outros
Agravada: Fundação Nacional do Índio – Funai
Procurador: Dr. Antonio Roberto Basso
Procurador: Dr. Luiz Fernando Villares e Silva
Agravada: União Federal
Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Publicação: DJ 2 de 05/02/2007

Ementa

Constitucional. Exploração de recursos energéticos em área indígena. Decreto legislativo 788/2005 que autoriza a construção da UHE Belo Monte na volta grande do rio Xingu e delega ao Ibama a oitiva das comunidades indígenas potencialmente atingidas. Acréscimo feito no texto pelo senado sem reexame pela câmara. Art. 65 parágrafo único da cf. Vício formal que não causou prejuízo. Alegação da necessidade de lei complementar para exploração de recursos energéticos em área indígena. § 6º. Do art. 231 da CF/1988. Delegação de ato da competência exclusiva do Congresso Nacional ao Poder Executivo (Ibama) para a oitiva das comunidades indígenas. Momento da consulta aos índios, § 3º do art. 231 da CF/1988.

I – O Congresso Nacional, mediante o Decreto-Legislativo 788/2005, autorizou a construção do complexo hidroelétrico de Belo Monte na Volta Grande do rio Xingu, no Estado do Pará.

II – A UHE Belo Monte é considerada estratégica para o setor elétrico porque faria a integração das diferentes regiões hidrológicas por meio da interligação com o sistema elétrico. A UHE visa o abastecimento do Nordeste e Sudeste.

III – A área de influência direta da UHE abrange os municípios de Vitória do Xingu, Altamira, Senador José Porfírio e Anapu, com a inundação dos igarapés Altamira e Ambé que cortam a cidade de Altamira, inundação de parte da área rural do Município de Vitória do Xingu, redução da água e jusante do barramento do rio na Volta Grande do Xingu e interrupção do transporte fluvial de Altamira para comunidades ribeirinhas a jusante, até o rio Bacajá.

IV – O rio Xingu é utilizado como via fluvial para o transporte de passageiros e da produção extrativista regional. É o único acesso existente para a comunidade à jusante de Altamira até o rio Bacajá, incluindo comunidades garimpeiras e indígenas. Com a construção da barragem a 30Km à jusante de Altamira, o transporte ficará interrompido.

V – Os impactos imediatos incidirão sobre povos indígenas que possuem língua e culturas diferentes. O impacto da construção da UHE Belo Monte não será apenas ambiental, mas sistêmico por reassentamento, alagamento de aldeias e roças. A área da UHE será submetida a pressões migratórias, grilagem, ocupações clandestinas, garimpagem, extração de madeira.

VI – A consulta se faz diretamente à comunidade envolvida com o projeto da construção. É do Congresso Nacional a competência exclusiva para fazer a consulta, pois só ele tem o poder de autorizar a obra. O § 3º do art. 231 da CF/1988 condiciona a autorização à oitiva.

VII – As alterações ecológicas, demográficas e econômicas conhecidas decorrentes da exploração de recursos naturais da terra indígena impõem o dever de ouvir as comunidades afetadas nos termos do § 3º do art. 231 da CF/1988.

VIII – Sendo a oitiva das comunidades indígenas afetadas um antecedente condicionante à autorização, é inválida a autorização para a construção da UHE Belo Monte outorgada no Decreto Legislativo 788/2005 do Congresso Nacional.

IX – O impacto do empreendimento deve ser analisado em laudo antropológico e estudo de impacto ambiental prévios à autorização prevista no § 3º, do art. 231 da CF/1988.

X – Antes de autorizar a UHE de Belo Monte o Congresso necessita de dados essenciais para saber a extensão dos danos ambientais e sociais que ocorrerão e as soluções para poder atenuar os problemas que uma hidrelétrica no meio de um grande rio trará.

XI – A audiência pública prevista no art. 3º da Resolução Conama não se confunde com a consulta feita pelo Congresso Nacional nos termos da Constituição.

XII – A Funai, os índios, ribeirinhos, comunidades urbanas, ambientalistas, religiosos etc, todos podem ser ouvidos em audiência pública inserida no procedimento de licenciamento ambiental. Tal audiência realizada pelo Ibama para colher subsídios tem natureza técnica. A consulta realizada pelo Congresso às comunidades indígenas afetadas por obras em suas terras tem por objetivo subsidiar a decisão política.

XIII – Concluído o estudo de impacto ambiental e o laudo antropológico, o Congresso consultará os índios.

XIV – Agravo parcialmente provido.

Acórdão

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por maioria, dar parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Exma. Sra. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 13/12/2006.

Desembargadora Federal *Selene de Almeida*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida: — O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública, com pedido de liminar, contra o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis – Ibama, e contra Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte, tendo como objeto a proibição de fazer o licenciamento da Usina Hidrelétrica de Belo Monte a ser implementada no rio Xingu, sob

o fundamento da nulidade do Decreto Legislativo 788/2005 do Congresso Nacional.

Alegou o autor, ora agravante, na ação civil pública, que a hidrelétrica atingirá as comunidades indígenas de Arara, Juruna Parakanã, Xikrin, Xipaia, Kuruaia, Kayapó e Araweté, as quais poderão sofrer danos ambientais, caso ocorra a implantação.

Sustentou o *Parquet* que o processo legislativo que deu origem ao Decreto Legislativo 788/2005 tem

vícios de ordem material pois não consultou as comunidades indígenas afetadas (arts. 170, VI e art. 231, §3º, da CF/1988 e art 6º, 1, a, da Convenção OIT, ratificada pelo Brasil, através do Decreto Legislativo 142/2002.

Apontou também outro vício formal, pois o projeto do decreto legislativo foi modificado no Senado sem retorno para apreciação pela Câmara dos Deputados, *ex vi* do art. 123 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Alegou que não existe lei complementar que disponha sobre a forma de exploração dos recursos hídricos em área indígena, nos termos do § 6º do art. 231 da Constituição.

Diz que o Congresso Nacional não poderia delegar a oitiva das comunidades envolvidas, para os fins do art. 231, § 3º da CF/1988, daí porque seria inconstitucional a delegação prevista no art. 2º do Decreto Legislativo 788/2005, por violar os arts. 231, § 3º e 49, XVI, da Constituição.

Por fim, diz que estavam designados os dias 30 e 31/03/2006 para audiências públicas para consulta às atividades envolvidas, mas a oitiva das comunidades envolvidas é atribuição exclusiva do Congresso Nacional, sendo a primeira vez que o Legislativo Federal promulga decreto sobre a matéria, sendo a omissão sério precedente em relação a futuros estudos derivados de outros projetos hidrelétricos já planejados.

O Juízo definiu liminar para suspender o procedimento do Ibama e da Eletronorte para licenciamento da Usina Hidrelétrica de Belo Monte.

O Ibama pediu a reconsideração da liminar e o Juiz Titular da Vara Federal de Altamira/PA atendeu o pleito com os seguintes fundamentos:

1. o art. 3º do Decreto Legislativo hostilizado é de clareza meridiana ao determinar que “os estudos citados no art.1º deste Decreto Legislativo serão determinantes para viabilizar o empreendimento e, sendo aprovados pelos órgãos competentes, permitem que o Poder Executivo adote as medidas previstas na legislação objetivando a implantação do aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte” É dizer, somente se os estudos realizados forem favoráveis e se eles forem aprovados pelos órgãos competentes é que poderá vir a ser implantado o empreendimento;

2. para que os estudos possam ser aprovados pelos órgãos competentes, eles terão que ser submetidos à oitiva das comunidades afetadas e dire-

tamente envolvidas, o que, sem qualquer sombra de dúvida, influenciará na decisão final quanto ao licenciamento ou não da obra;

3. somente após o desenvolvimento de estudos de impacto ambiental (EIA/RIMA/AAI) e dos estudos antropológicos (peça antropológica) é que serão identificadas mais precisamente as terras e as comunidades indígenas que serão afetadas, direta ou indiretamente, pelo projeto Belo Monte, bem como o alcance das interferências ambientais. De qualquer forma, repito, não vejo como impedir que o Ibama ouça as comunidades envolvidas, inclusive as indígenas, em caráter provisório, durante qualquer fase da análise da viabilidade do projeto;

4. a realização de estudos de viabilidade, que culminam com a concessão, ou não, de licença ambiental, independe de autorização legislativa, necessária somente para a implantação da obra. É que art. 231, § 3º, da CF/1988, exige autorização legislativa apenas para a efetiva exploração do empreendimento. Na realidade, a decisão do Congresso Nacional é eminentemente política, enquanto que o licenciamento ambiental reveste-se de natureza técnica. Por isso é que as duas exigências, uma de natureza política (autorização do Congresso Nacional) e outra técnica (estudos de viabilidade e conseqüente licenciamento ambiental), não possuem intrinsecamente uma relação de dependência entre si, mas, ao final, se entrelaçam e condicionam a efetiva implantação do empreendimento.

5. tendo-se como necessária a precedência da autorização legislativa, primeiramente realizam-se os estudos de viabilidade, tal como determinam os arts. 1º e 2º do Decreto Legislativo 788/2005, fazendo parte desses estudos, inclusive, a oitiva das comunidades indígenas. Depois, o licenciamento ambiental é concedido, ou não, pelo órgão competente. Sendo concedida a licença ambiental, segue-se a licitação, o projeto básico e, por fim, a construção. Esta é a seqüência correta para a instalação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, não sendo, a meu sentir inconstitucional o Decreto Legislativo 788/2005, por não ter ouvido previamente as comunidades indígenas, mesmo porque o Congresso Nacional foi além e determinou não só a simples oitiva das comunidades indígenas, mas, também, algo muito mais profundo e relevante, qual seja, a realização de Estudos de Natureza Antropológica. Isso sem contar com a previsão da condição de realização, além de EIA/RIMA, de uma Avaliação Ambiental Integrada – AAI da bacia do Rio Xingu, o que demonstra a seriedade e precaução com que o Congresso Nacional tratou a questão, estabelecendo rígidas condicionadas para a implementação do projeto UHE Belo Monte;

6. não há vício formal no Decreto Legislativo 788/2005 pois a hipótese é de adiarmos a participação do Estado do Pará nos estudos ambientais;

7. a competência indelegável é apenas a autorização do Congresso e não a oitiva das comunidades indígenas;

8. o § 6º do art. 231 da CF/1988 exige lei complementar para a exploração de riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes em terra indígena. Não há menção para a exploração de potencial hidroelétrico;

9. o Brasil deve buscar fontes de energia outras não apenas para garantir o desenvolvimento ou para o fornecimento longínquo aos cidadãos, mas também para garantir, a médio ou, quiçá, curto período, uma alternativa à exploração de usinas termelétricas a gás hoje existentes no país, tendo em vista que elas dependem da importação desse insumo de outros países vizinhos, notadamente da Bolívia;

10. milita em favor da realização de estudos técnicos conclusivos a possibilidade de existir: baixa relação de área inundada por MW de capacidade instalada; ausência de emissão de poluentes; modicidade de tarifa; enorme capacidade de geração; o desenvolvimento e a manutenção do domínio da exploração da tecnologia associada a essa fonte de energia; fuga à dependência da importação de gás, uma vez que eventual exploração de usinas termelétricas a gás dependeria da importação desse insumo de outros países vizinhos, notadamente da Bolívia; e ser a fonte de energia auto-renovável;

11. quanto ao projeto UHE Belo Monte, deve-se ter em mente que se trata de uma obra que, inegavelmente, apresentará impacto ambiental. Isso é uma obviedade. Porém são os estudos de viabilidade que irão apontar a dimensão desse impacto ambiental e as medidas possíveis para minimizá-lo;

12. o impacto ambiental será mitigado pela própria sazonalidade da bacia do rio Xingu, que oscila sua vazão durante o ano. Caso seja implantada a hidroelétrica, será observado um volume de águas semelhante ao do período da cheia, porém, durante um período maior;

13. sem desmerecer a legitimidade das iniciativas em defesa dos índios residentes nas localidades sob futura e potencial influência da UHE Belo Monte (índios estes que, repita-se, ainda não foram devidamente informados sobre os benéficos oriundos da hidroelétrica em questão), tecnicamente e mesmo sociologicamente, os interesses indígenas não podem jamais soterrar o interesse público nacional. Tudo é uma questão de ponderação de interesses de modo a compatibilizá-los, preservando-se o núcleo fundamental de cada um;

14. com a implantação da UHE Belo Monte, as famílias que atualmente se encontram em áreas sujeitas a alagamentos todos os anos poderão finalmente ser contempladas com uma casa em área segura, já que serão indenizadas pelas empresas empreendedoras. A medida representa sensível aumento de qualidade de vida de milhares de pessoas.

15. inexistente perigo de demora, posto que as audiências públicas que seriam realizadas não estariam formalizadas em nenhum instrumento normativo do processo de licenciamento ambiental, nem estariam previstas no Decreto Legislativo 788/2005, sendo uma iniciativa espontânea do Ibama, para permitir a participação da sociedade desde o início do processo do licenciamento, tornando-o mais transparente e democrático. Tais consultas fazem parte do processo de discussão do Termo de Referência que daria suporte ao desenvolvimento dos Estudos de Impacto Ambiental (EIA);

16. na fase de estudos de impacto ambiental o meio ambiente ou as populações indígenas não correm perigo algum.

O Ministério Público Federal interpôs agravo de instrumento contra decisão do MM. Juízo Federal da Vara de Altamira/PA que reconsiderou decisão liminar deferida para suspender qualquer procedimento do Ibama e Eletronorte na condução do licenciamento da Usina Hidroelétrica de Belo Monte.

Alega o agravante que a decisão monocrática recorrida funda-se nas seguintes premissas:

a) relevância econômica do empreendimento para a economia nacional;

b) constitucionalidade do Decreto Legislativo 788/2005 com a conseqüente desnecessidade de oitiva das populações indígenas e da regularidade do processo legislativo da edição do mesmo bem como possibilidade de delegação de competência exclusiva do Congresso ao Poder Executivo;

c) normalidade do rito de tramitação do Decreto Legislativo no Congresso Nacional;

d) desnecessidade de lei complementar para exploração de recursos energéticos em área indígena;

e) reiteração da importância estratégica do empreendimento para a economia do país;

f) falta de cientificidade do Livro Tenotãmô. Fruto de ambientalistas pertencentes à denominada “Máfia Verde”. Esta máfia teria interesse na permanência do subdesenvolvimento nos países do Terceiro Mundo para assegurar a liderança econômica e política dos países desenvolvidos;

g) necessidade de integração das nações indígenas à cultura e à economia do restante da sociedade;

h) desenvolvimento social da região que seria obtido com a construção da Usina Hidrelétrica;

i) inexistência de *periculum in mora*; e

j) existência de *periculum in mora* reverso.

O Ministério Público Federal sustenta em suas razões de agravo que, na análise do processo legislativo que culminou com a promulgação do ato guerreado, nota-se a existência de três graves vícios de formação que se confundem com o mérito, a saber: I) desrespeito aos preceitos fundamentais descritos nos arts. 170, VI, e 231, § 3º, ambos da CF por falta de consulta às comunidades afetadas; II) desrespeito ao processo legislativo, pois houve modificação do projeto no Senado sem retorno do mesmo à Câmara dos Deputados; III) ausência da lei complementar dispondo sobre a forma de exploração dos recursos hídricos em área indígena.

Alega que o Procurador-Geral da República promoveu Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 3573-8/DF). O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, considerou que, embora Decreto Legislativo, o ato é de efeito concreto, não podendo ser contestado pela via concentrada do controle de constitucionalidade.

O agravante alega que haverá também os impactos ambientais na região de construção da Usina, nestes termos:

Sem muito esforço, observa-se o quanto será intenso o impacto sócio-ambiental-cultural que a construção da UHE Belo Monte trará às diversas populações indígenas residentes ao longo do Rio Xingu, em especial à etnia Juruna, da T.I. Paquçamba.

Com a interrupção do curso do rio, essas comunidades terão inúmeros complicadores, tais como a inviabilidade de locomoção, principalmente nos períodos de seca do rio; a diminuição e provável extinção dos peixes (principal fonte alimentar). Além da proliferação de diversas doenças que, se não forem controladas, podem levar a um processo de dizimação do grupo.

Esses impactos, desde a infausta concepção da UHE Kararaô pela Eletronorte há uma década atrás, já vinham sendo delineados no chamado “livro verde”, elaborado pela empreendedora há uma década atrás, como se constata a seguir:

“(…) a pesquisa efetuada em convênio com a Funai, inventariou um total de 1.014 índios localizados na Volta Grande do Xingu, na AI Bacaiá, na

Aldeia Trincheira, em Altamira, no beiradão Xingu/Iriri/Curuá e na AI Curuá.

Desse total cerca de 344 indivíduos serão diretamente afetados pela formação do reservatório. (...)

A população indígena dessa área soma 344 pessoas, agregadas em 42 grupos familiares e em 61 famílias nucleares. Deste total, 193 pertencem ao grupo Juruna, 79 pertencem ao grupo Xipaya, 6 ao grupo Curuya, 06 ao grupo Arara do Xingu e 2 ao grupo Kayapó”.

Essa situação gerou, à época, grande revolta em tais comunidades indígenas, as quais relutaram de todas as formas contra a construção da então UHE Kararaô. Tal resistência deu ensejo à cena que correu o mundo. A índia Tu-ira apontou seu facão para o rosto do presidente da Eletronorte, José Antônio Muniz, que, por coincidência, é a mesma pessoa que dirige a estatal e tenta, mais uma vez, retomar o projeto de barramento do rio Xingu.

E nem se diga que o novo projeto da UHE Belo Monte veio justamente para eliminar ou minimizar os impactos previstos para a UHE Kararaô, como tem afirmado o presidente da empreendedora. Não é a simples diminuição da área a ser inundada, ou a criação de dois canais de adução, que farão com que as águas cheguem na Volta Grande do Xingu com o mesmo volume e com a mesma quantidade de peixes se não houvesse interferência.

Os Juruna, principal povo indígena a ser sacrificado pelos impactos gerados pela obra em tela, estão localizados à jusante do possível empreendimento e dependem fundamentalmente das águas do Xingu para sobreviverem. Eles sabem que, com o baixíssimo nível d’água após o represamento, terão sérias dificuldades de tráfego, além do pescado não resistir ao calor forte de águas tão baixas. A estagnação das águas aumentará, também, o número de pragas, como ocorreu em Tucuruí, gerando com certeza sérios riscos sanitários e a proliferação de doenças como a malária naquela região.

Em estudo não contestado pelos agravados elaborado pelo engenheiro e professor Renato Luiz Leme Lopes, intitulado Hidrelétricas na Amazônia – lições do passado e perspectivas para o futuro, há um alerta para os impactos sócio-ambientais de uma UHE à jusante da barragem, exatamente onde está localizada a T.I. Paquçamba:

Mudança do regime das vazões;
mudança da qualidade da água;
alteração da composição da fauna aquática;
redução da fertilidade natural das várzeas;
erosão das margens

A Eletronorte menciona que o não alagamento da terra indígena não impactará a Terra Indígena Paquaçamba. Ora, é intuitivo a conclusão anteriormente aduzida. A mudança da vazão acarretará sérias mudanças na fauna e flora da região bem como no modo de vida da etnia Juruna. Desnecessário para tal desiderato, o alagamento de suas terras.

Urge reconhecer, por fim, que o conceito de terra indígena compreende não só a terra indígena propriamente dita, como suas adjacências (ex. rios), posto que indispensáveis à sobrevivência do grupo étnico. Trata-se do instituto jurídico chamado indigenato. Não se vislumbra aí apenas uma questão de direito patrimonial, mas também um problema de ordem cultural.

No que tange a oitiva das comunidades indígenas pelo Congresso diz o agravante:

Em que pese a obrigação de ouvir as comunidades afetadas pelos fundamentos expostos — que no caso do empreendimento UHE Belo Monte tem-se Arara, Juruna, Parakanã, Xikrin, Xipaia-Kuruiaia, Kayapó, Araweté, entre outras etnias indígenas afetadas —, o Congresso Nacional não o fez. Isso é provado pela ficha de consulta de tramitação da proposição e notas taquigráficas das sessões da Câmara dos Deputados e do Senado federal que discutiram e aprovaram o projeto.

Ao revés, o ato legislativo, em seu art. 2º, após autorizar os estudos “delega” sua exclusiva atribuição ao Poder Executivo:

Art 2º Os estudos referidos no art. 1º deste Decreto deverão abranger dentre outros o seguinte:

I - Estudo de Impacto Ambiental – EIA

(...)

III – Estudo de natureza antropológica, atinentes às comunidades indígenas localizadas na área sob influência do empreendimento, devendo, nos termos do § 3º do art. 231 da Constituição Federal, ser ouvidas as comunidades afetadas.

O ponto nodal aqui é saber se a consulta às comunidades afetadas é atribuição do Congresso Nacional, ou se poderia ser delegado por este ao empreendedor da obra, ou seja, ao Poder Executivo.

Um dos primeiros livros sobre o tema, logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi Os Direitos Indígenas e Constituição, coletânea de artigos. Nessa obra, a d. publicista Juliana Santilli, com fulcro em Dalmo Dallari, assim comenta o dispositivo constitucional em estudo:

Certo é que o intuito do constituinte, ao determinar que “sejam ouvidas as comunidades afetadas”, foi assegurar a participação das mesmas na definição de projetos econômicos a serem desenvolvidos em suas terras, e não criar um mero entrave burocrático à obtenção de autorização mineral. Assim, o Congresso Nacional, ao decidir se autoriza ou não um determinado projeto mineral, deverá sempre levar em consideração o posicionamento da comunidade indígena em relação ao mesmo, e saber o quanto de tal decisão irá afetá-la. Nos dizeres de Dalmo Dallari:

“Não é pura e simplesmente ouvir para matar a curiosidade, ou para ter-se uma informação relevante. Não. É ouvir para condicionar a decisão. O legislador não pode tomar decisão sem conhecer, neste caso, os efeitos dessa decisão. Ele é obrigado a ouvir. Não é apenas uma recomendação. É, na verdade, um condicionamento para o exercício de legislar. Se elas (comunidades indígenas) demonstrarem que será tão violento o impacto (da mineração ou da construção de hidrelétrica), será tão agressivo que pode significar a morte de pessoas ou a morte da cultura, cria-se um obstáculo intransponível à concessão da autorização” (Informe Jurídico da Comissão Pró-Índio, ano II, n. 9 a 13, abril a agosto de 1990).

Na mesma esteira é a posição de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins:

O primeiro desses direitos é a exploração dos recursos mencionados só poder ser autorizada pelo Congresso Nacional, o que vale dizer, as duas casas do parlamento devem manifestar-se a respeito.

O segundo aspecto é que as comunidades indígenas devem ser ouvidas, pois a exploração poderá afetá-las.

O constituinte preferiu utilizar o verbo “ouvir” o que vale dizer, a oitiva de tais comunidades objetiva apenas permitir ao Congresso Nacional os argumentos, em caso de oposição ao projeto pretendido.

As comunidades indígenas não têm, todavia, o poder de veto. Se forem contrárias à exploração, mas se o Congresso Nacional for favorável, há de prevalecer a opinião deste sobre a opinião das comunidades.

É de se entender, todavia, que se tal oposição decorrer de argumentos que mostram que a comunidade será extinta, a autorização poderá ser tida por inconstitucional, em face da violação do princípio da preservação conformada no art. 231.

Ademais a oitiva prévia das comunidades indígenas representa uma expressa consagração daquilo que Canotilho chama de “direito à inclusão”:

No campo dos direitos fundamentais existem dois grupos diferentes: 1. direitos dos indivíduos pertencentes às minorias; 2. direitos das minorias propriamente ditas. Indivíduo e grupo e grupo/indivíduo surgem estreitamente relacionados. Como pessoas, não podem reivindicar outra coisa se não a do tratamento como igual quanto aos direitos fundamentais. Enquanto grupo, põe-se o problema dos direitos coletivos especiais dada a sua identidade e forte sentimento de pertença e partilha(...).

Nada foi observado pelo Congresso Nacional. Nenhuma audiência pública, nenhuma viagem de membros ao local da hidrelétrica, nenhum papel... nada que pudesse expressar a opinião de pelo menos uma comunidade afetada.

A CF/1988, quando formulou a exigência de prévia oitiva das comunidades para a exploração de recursos hídricos, não determinou somente um procedimento formal, mas uma garantia substancial de participação e inclusão dos indígenas no debate e na tomada de decisões políticas do Estado brasileiro, quando estas puderem atingir os seus direitos fundamentais (igualdade e propriedade), a partir de uma perspectiva étnica. A forma de se dar vazão à manifestação efetiva e inclusiva das comunidades é oitiva prévia, pois somente esta é capaz de influenciar a decisão do órgão legislativo nacional.

Aliás, em análise das notas taquigráficas da sessão do Senado Federal que aprovou a proposição, a alguns senadores não passou despercebida a curiosa pressa na sua aprovação que fez com que as comunidades afetadas não fossem ouvidas, em flagrante afronta ao princípio constitucional da participação, também consagrado no campo do Direito Ambiental:

O Sr. Luiz Otávio (PMDB-PA) (...) A única observação que quero acrescentar no meu aparte é a seguinte: estou na Casa há mais de sete anos, e há projetos que estão aqui desde que cheguei e não saem das comissões, não andam. São projetos de vários para não dizer de todos os senadores. E esse projeto, por incrível que pareça, foi apresentado no dia 8 de julho, na semana passada. Faz quatro dias que esse projeto foi aprovado na Câmara e vamos aprova-lo aqui no Senado hoje. Eu nunca vi isso! Manifesto apenas a minha admiração (...) Eu queria encaminhar desde a oportunidade que tive de encaminhar a urgência, mas queria saber o motivo de tanta urgência. Isso não bate!... Essa história de que Belo Monte vai resolver o problema do apagão (...) essa obra é para dez anos, como disse o Presidente José Sarney, ou para quinze ou vinte anos. Então, o motivo não é o apagão. Eu gostaria de apenas de saber — e que alguém me explicasse como — se houve um projeto mais rápido, mais relâmpago do que esse na história do Congresso Nacional (...).

Temos de fazer de forma, não digo correta, mas transparente. Não é possível, em uma sessão como a de hoje, chegar aqui de pára-quadras o projeto, e termos de votá-lo hoje. Por que tem que ser hoje? Em quatro dias! É recorde mundial. Com certeza esse projeto vai para o Guinness Book (...).

O mesmo senador, que paradoxalmente, votou a favor da proposição assim chega ao cerne da questão:

E eu ia me esquecendo dos índios, é verdade. Os índios são muito mais importantes, como disse a Senadora Heloísa Helena. Eles têm que ser ouvidos, “cheirados”. Temos de conversar com os índios. Afinal de contas, eles são os donos. Temos de agir de forma a que todos nós tenhamos condições de votar com tranqüilidade, sem pressa, esses projetos relâmpagos. Nunca vi isso, sinceramente! Trata-se de um projeto bala: vem e passa e ninguém vê.

Muito obrigado, Sr. Presidente.

No mesmo sentido, e na mesma sessão de votação e aprovação do projeto no Senado, foi o pronunciamento da Senadora Heloísa Helena (PSOL/AL) que votou contra a proposição por falta de oitiva das comunidades afetadas:

(...) eu acho que a autorização de um projeto como esse, discutida amplamente, democraticamente, por meio de audiências públicas, ela constrói um novo marco nas relações com a comunidade indígena local... Quando conversamos com cada uma representação de entidade...”

Outro ponto discutido pelo autor agravante é a ausência de lei complementar sobre a forma de exploração dos recursos hídricos em terra indígena:

Há ainda um outro argumento a ser considerado, trata-se da previsão do § 6º do art. 231, o qual impede a exploração dos rios existentes em áreas indígenas, ressalvado o relevante interesse público da União, definido em Lei complementar:

São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvando relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção do direito à indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé. (d.n.)

A lei complementar exigida pela Constituição da República ainda não foi promulgada. Isso inviabiliza qualquer obra ou estudo que tenha por

objeto a exploração de recursos hídricos em áreas indígenas.

Diante dessa visão, se não houver uma análise teleológica dos §§ 3º e 6º do art. 231 da CR/1988, estes serão conduzidos à inaplicabilidade no que se refere aos recursos hídricos em geral.

Como não se pode admitir norma constitucional desprovida de efeitos, impõe-se concluir que são atingidos pela disciplina de ambos os dispositivos, os rios que, margeando as áreas indígenas, sejam indispensáveis às atividades produtivas da comunidade e/ou sejam portadores de significativas referências culturais, como se extrai do art. 231, § 1º, CR:

São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem estar e as necessárias a sua reprodução física e cultura, segundo seus usos, costumes e tradições.

Para melhor elucidar a questão é válido transcrever trecho do estudo realizado pelo sociólogo Roberto A. O. Santos:

Graças à raiz histórico-originária de sua posse, as terras dos índios estão-lhes afetadas permanentemente (art. 231, parágrafo segundo), dispondo eles de um usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.”

Com o fim jurídico de proteger a posse indígena permanente, o estado brasileiro estatuiu que são bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, o que incluiu o solo, subsolo, águas superficiais e águas subterrâneas (CF/1988, art. 20, item XI).

Por fim cabe pontuar que o Congresso Nacional editou o inconstitucional Decreto Legislativo em comento autorizando estudo de impacto ambiental, relatório de impacto ambiental, avaliação ambiental integrada e outros, para impor a realização do empreendimento em tela, mas em nenhum momento dispôs sobre o retorno às comunidades indígenas atingidas das vantagens financeiras a serem auferidas com a realização do empreendimento.

As Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte apresentou contraminuta alegando:

1ª irregularidade alegada: modificação da proposição sem retorno à Câmara dos Deputados.

Após aprovação na Câmara dos Deputados o Decreto chegou ao Senado federal, tendo ocorrido a seguinte modificação:

Texto original: “Os estudos referenciados no caput deverão ser elaborados na forma da legislação aplicável”.

Texto após aprovação do Senado: “Os estudos referidos no caput deste artigo, com a participação do Estado do Pará, em que se localiza a hidrelétrica, deverão ser elaborados na forma da legislação aplicável”.

O agravante alega que se trata de uma emenda modificativa e que, por isto, deveria ter retornado à casa legislativa.

No entanto, como se verificou acima, não houve uma mudança no seu conteúdo capaz de gerar a necessidade de retorno à Câmara dos Deputados, assim não foi uma emenda modificativa e, de acordo com o art. 135 do Regimento Comum do Congresso Nacional, não é exigido o retorno à Câmara.

Neste diapasão, não existe vício no procedimento legislativo capaz de macular o Decreto Legislativo 788/2005, pois seguiu os trâmites regulares e não houve mudança no seu conteúdo a gerar a necessidade de retorno do projeto à Câmara dos Deputados. Trata-se de mera emenda de redação, que não causou qualquer modificação na interpretação do teor do ato legislativo.

Por outro lado, a exigência de retorno e discussão de eventual alteração no conteúdo do ato legislativo só tem pertinência para o processo legislativo de elaboração de leis, não abrangendo, por falta de previsão, os Decretos Legislativos.

2ª irregularidade alegada: ausência de Lei Complementar.

O agravante alega que em razão do exposto no § 6º do art. 231 da CB/1988, a ausência de Lei Complementar dispondo sobre a forma de exploração dos recursos hídricos em área indígena inviabiliza qualquer obra ou estudo referente ao AHE Belo Monte.

Assim dispõe o referido parágrafo:

§ 6º – São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando, a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

Tem-se que o parágrafo acima citado ao dispor sobre a necessidade de lei complementar, refere-se à exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos existentes em terras indígenas, não incluindo o aproveitamento de recursos hídricos

— notadamente, o potencial energético hidráulico — e a pesquisa e lavra dos recursos minerais, que são objeto de normas constitucionais específicas, a saber: art. 49, XVI, art. 176, caput, e § 1º e § 3º do art. 231 da CB/1988.

Ou seja, as normas constitucionais aplicáveis ao processo de licenciamento do AHE Belo Monte são os artigos abaixo citados.

Art. 49, inciso XVI:

Art 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)

XVI – autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais.

Art. 176, § 1º:

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o caput deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

Art. 231, § 3º:

Art 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e os direitos originários sobre terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 3º – O aproveitamento dos recursos hídricos incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada a participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

A lei complementar exige para sua aprovação a maioria absoluta dos membros das casas legislativas e, por isso, o constituinte decidiu restringir a capacidade política das maiorias circunstanciais a fim de assegurar maior estabilidade à disciplina de determinadas matérias que apenas podem ser reguladas por leis complementares.

Assim, somente nas hipóteses expressamente previstas na Constituição é exigível a edição de lei complementar, e para o aproveitamento de recursos hídricos não há esta previsão.

A exigência de lei complementar para as hipóteses previstas no art. 231, § 6º, da CF/1988 não deve se estender para hipótese que não esteja expressamente prevista no referido parágrafo, lembrando mais uma vez, que a exigência da lei complementar se refere a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Assim, no campo material, as matérias aprovadas por lei complementar são as definidas no texto constitucional, como para o aproveitamento de recursos hídricos não há esta exigência, se o pedido do agravante, quanto à irregularidade alegada, for deferido estará ocorrendo uma flagrante inconstitucionalidade.

Mesmo que, na mais improvável das hipóteses, fosse necessária a lei complementar para o aproveitamento de recursos hídricos, esta exigência deveria ser cumprida antes da implantação do empreendimento e não antes dos estudos, posto que, os estudos não geram danos e podem, inclusive, ser conclusivos pela inviabilidade do empreendimento.

Do teor do Decreto Legislativo 788/2005

Depois de ficar comprovada a legalidade do Decreto 788/2005, resta explicitar o seu teor.

É autorizado o Poder Executivo a implantar o aproveitamento hidroelétrico Belo Monte no trecho do rio Xingu, denominado “Volta Grande do Xingu”, localizado no Estado do Pará, a ser desenvolvido após estudos de viabilidade técnica, econômica, ambiental e outros que julgar necessários.

O teor do art. 1º acima reproduzido mostra que a autorização dada ao Poder Executivo para a implantação do empreendimento foi de fato uma autorização condicionada à realização dos correspondentes estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental. Tal autorização, portanto, não terá validade caso os aludidos estudos não venham a ser efetivamente realizados.

Por sua vez, o art. 2º do mesmo Decreto Legislativo, abaixo transcrito, relaciona os estudos de viabilidade que deverão ser necessariamente desenvolvidos:

Os estudos referidos no art. 1º deste Decreto Legislativo deverão abranger, dentre outros, os seguintes:

I – Estudo de impacto ambiental – EIA

II – Relatório de impacto ambiental – RIMA

III – Avaliação ambiental integrada – AAI da bacia do rio Xingu.

IV – Estudo de natureza antropológica, atinente às comunidades indígenas localizadas na área sob influência do empreendimento, devendo, nos termos do § 3º do art. 231 da Constituição Federal, ser ouvidas as comunidades afetadas.

Parágrafo único. Os estudos referidos no caput deste artigo, com a participação do estado do Pará, em que se localiza a hidroelétrica, deverão ser elaborados na forma da legislação aplicável à matéria.

Por fim, consoante dispõe o art. 3º do Decreto Legislativo sob enfoque, os estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental pertinentes ao empreendimento tem caráter determinante para sua efetiva implantação:

Os estudos citados no art. 1º deste Decreto Legislativo serão determinantes para viabilizar o empreendimento e, sendo aprovados pelos órgãos competentes, permitem que o Poder Executivo adote as medidas previstas na legislação objetivando a implantação do aproveitamento hidroelétrico Belo Monte.

Segue-se, portanto, que o Decreto Legislativo 788/2005 em nada fere a Constituição Federal em vigor, em vez que:

- Determina a realização dos estudos de natureza técnica, econômica e ambiental necessários à definição da viabilidade do empreendimento;
- Exige que tais estudos sejam desenvolvidos em conformidade com a legislação correspondente aplicável;
- Impõe a oitiva das comunidades indígenas afetadas localizadas na área sob influência do empreendimento, consoante preconiza o § 3º do art. 231 da CF/1988; e
- Condiciona a tomada pelo Poder Executivo das medidas previstas na legislação objetivando a implantação do empreendimento à aprovação dos correspondentes estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental pelos órgãos competentes.

Da consulta às populações indígenas.

O agravante alega afronta ao art. 231, § 3º da CF/1988, *in verbis*:

§ 3º – O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com a autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

Afirma o agravante que o art. 231, § 3º, da CF/1988, antes citado, exige a oitiva das comunidades indígenas antes da concessão da autorização do Congresso Nacional. No entanto, o momento da oitiva das comunidades indígenas não consta do texto constitucional.

O processo de licenciamento encontra-se em fase inicial, onde estão sendo feitos os estudos de viabilidade do AHE Belo Monte, tais estudos ainda não foram concluídos.

A imprescindibilidade da oitiva das comunidades indígenas potencialmente afetadas é indiscutível, porém, o momento oportuno para a sua ocorrência não é antes da autorização do Congresso Nacional, posto que, nesta etapa não há subsídios bastantes para levar ao conhecimento das comunidades a fim de que elas tenham um posicionamento conclusivo sobre o empreendimento.

As informações completas sobre o empreendimento só seriam obtidas após a conclusão do EIA/RIMA, bem como dos estudos antropológicos.

O agravante cita, ainda, o art. 6º da Convenção 169 da OIT, que prescreve:

Art. 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente.

Todavia, na mesma convenção, no mesmo artigo, em seu número 2, consta a seguinte proposição:

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

As informações completas sobre o empreendimento só seriam obtidas após a conclusão do EIA/RIMA, bem como dos estudos antropológicos.

Assim, a obrigatoriedade da oitiva das comunidades indígenas é certa, porém, a certeza que se tem quanto ao momento para que a mesma ocorra é que deve ser antes da implantação da obra, lembrando, então, que o empreendimento do AHE Belo Monte encontra-se na fase dos estudos.

Neste diapasão, aplicando-se a Convenção 169 da OIT, temos que a circunstância refere-se a licenciamento ambiental e a maneira mais apropriada para se realizar a consulta às comunidades

interessadas é após a conclusão do EIA/RIMA, conforme legislação ambiental e princípio da participação comunitária, pois, só depois dos estudos as comunidades indígenas terão a informação necessária quanto ao empreendimento.

De acordo com o jurista Edis Minaré:

O princípio da participação comunitária, que não é exclusivo do Direito Ambiental, expressa a idéia de que para a resolução dos problemas do ambiente deve ser dada especial ênfase à cooperação entre o Estado e a sociedade, através da participação dos diferentes grupos sociais na formulação e na execução da política ambiental. De fato, é fundamental o envolvimento do cidadão no equacionamento e implementação da política ambiental, dado que o sucesso desta supõe que todas as categorias da população e todas as forças sociais, conscientes de suas responsabilidades, contribuam à proteção e melhoria do ambiente, que, afinal, é bem e direito de todos. Exemplo concreto deste princípio são as audiências públicas em sede de estudos prévio de impacto ambiental.

A participação comunitária na tutela do meio ambiente foi objeto do Princípio 10 da Declaração do Rio de 1992.

No Brasil, o artigo vem contemplado no art. 225, *caput*, da Constituição Federal, quando ali se prescreve ao Poder público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

O direito à participação pressupõe o direito de informação e está intimamente ligado ao mesmo. É que os cidadãos com acesso à informação têm melhores condições de atuar sobre a sociedade, e de articular mais eficazmente desejos e idéias e de tomar parte ativa nas decisões que lhes interessam diretamente, “tantôt comme auxiliaire de l’administration, tantôt comme organe de controle”.

Destarte, em momento algum foi dito que não será feita a oitiva das comunidades indígenas afetadas, porém, o momento adequado somente pode ser após a conclusão dos estudos.

Dos alegados impactos às comunidades indígenas

O agravante discorre sobre vários impactos que as populações indígenas poderiam sofrer com o empreendimento da AHE Belo Monte, no entanto, tais alegações não têm nenhuma base legal ou técnica de ser.

Os estudos técnicos apresentados à Aneel mostram que nenhuma terra indígena será atingida pelo alagamento decorrente da implantação da Usina Hidroelétrica Belo Monte.

Em tais circunstâncias, as comunidades indígenas situadas na área sob influência do empreendimento serão afetadas, eventualmente, somente por impactos indiretos, cujo efetivo alcance somente poderá ser conhecido após a realização dos estudos de viabilidade.

O Livro Verde citado pelo agravante em nada irá ajudar neste empreendimento, pois foi elaborado há mais de dez anos e tratava-se de outro empreendimento.

Quanto aos aludidos impactos ambientais indiretos, sabe-se antecipadamente apenas que a comunidade indígena Paquiçamba que ocupa uma área à jusante do barramento previsto será afetada pelo empreendimento, muito embora tal área não deva ser alagada. As demais comunidades indígenas mencionadas pelo Ministério Público situam-se em áreas muito distantes, razão pela qual os eventuais impactos indiretos sobre as mesmas deverão ser muito pouco significativos, embora, conforme já dito, o conhecimento do seu efetivo alcance dependa da conclusão dos estudos antropológicos exigidos.

O Ministério Público ao discorrer sobre os impactos a serem experimentados pelas populações indígenas, aponta a interrupção do curso do rio pelo barramento que provocaria a inviabilidade de locomoção dos indígenas da etnia Paquiçamba, a redução e provável extinção dos peixes e a proliferação de diversas doenças.

Tal afirmação, todavia, carece de qualquer procedência, visto que os estudos de viabilidade técnica já apresentados à Aneel prevêem a manutenção de uma vazão permanente à jusante do barramento, cuja dimensão final será definida após a revisão dos aludidos estudos. Sabe-se de antemão, contudo, que tal vazão será inferior à vazão natural do rio nos períodos de cheia e superior à mesma nos períodos de seca.

De qualquer sorte, a vazão que será mantida à jusante do barramento em caráter permanente será suficiente para acionar uma casa de força auxiliar com 182 MW de potência instaladas, equivalente a potência instaladas integralizada por 6 (seis) pequenas centrais hidroelétricas (PCHs).

Não há, pois, quaisquer razões para falar em interrupção do curso do rio.

Nessa seara, é preciso esclarecer que os estudos de viabilidade econômica desse tipo de empreendimento tem por base metodologias e procedimentos consagrados, estabelecidos pelo setor elétrico brasileiro, por meio de leis, resoluções e normas técnicas, emitidas principalmente pelo MME e pela Aneel. Do mesmo modo, a realização de estudos de impacto ambiental (EIA/RIMA)

também segue procedimentos técnico-científicos e legais previstos em normas setoriais e definições legais, algumas já citadas (leia e resolução do Conama).

O que se conclui é que os efetivos impactos dependem da conclusão dos estudos.

Assim, além de delimitar quais os impactos que as comunidades indígenas irão sofrer, os estudos irão viabilizar as medidas mitigadoras a serem tomadas.

Do alegado dano ao erário.

Não há como admitir o argumento de que o dinheiro público seria utilizado para a realização de estudos inaproveitáveis, já que os vícios questionados, mesmo que tornem nulo o ato legislativo, não invalidam os procedimentos empreendidos até então, mas apenas impedem a expedição das licenças ambientais, dentre outras autorizações previstas em lei.

Os estudos de viabilidade representam instrumentos criados para informar com antecedência ao Poder Público e à sociedade quais os custos e benefícios de atividades econômicas e obras e sobre quem eles irão recair.

Portanto, tornam possível a análise e discussão de um empreendimento pela sociedade antes que seja consumado.

E nem se cogite ofensa ao princípio ambiental da prevenção, já que a continuidade dos estudos configura, em verdade, ato preventivo no processo de licenciamento ambiental.

Importante, frisar parte da decisão do MM. Juiz Federal de Altamira que revogou a liminar:

O valor a ser investido nos estudos de viabilidade da UHBM, que podem ser compartilhados com empresas interessadas, é ínfimo se comparado aos benefícios sociais, econômicos, energéticos e de infra-estrutura que poderão advir da implantação do projeto, caso os estudos sejam favoráveis e todos os trâmites legais sejam observados. Assim, há proporcionalidade no custo/benefício, investimento/potencial retorno nacional.

Assim, o valor despendido para a realização dos estudos não causará danos ao erário, muito pelo contrário, caso estes estudos não sejam concluídos é que haverá o dano.

Ainda que ultrapassados os argumentos supra, *ad argumentandum tantum*, no que se refere à boa ou má utilização dos recursos públicos, cabe salientar que compete ao Tribunal de Contas da União tal verificação.

Com efeito, é a Constituição Federal que define e circunscreve as competências e funções do Tribunal de Contas da União. A bem ver, muito

embora seja o art. 71 da Lei Maior que aponte as competências do referido Tribunal, é o seu art. 70 que melhor resume as suas atribuições.

Confira-se:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária.

Corolário do quadro constitucional apontado é que, em suma, compete ao Tribunal de Contas da União a fiscalização (controle externo) de todo aquele que gerir dinheiro público. Tanto assim é que a definição da estrutura e das competências desse órgão foram incluídos na seção constitucional que trata justamente da fiscalização contábil, financeira, orçamentária.

Assim, o argumento de desperdício de dinheiro público não merece prosperar.

Conclusão

A decisão que concedeu efeito suspensivo ao agravo de instrumento fundamentou-se em premissas frágeis e comprometeu a continuidade de todos os procedimentos que estavam sendo adotados junto ao Ibama, com relação ao empreendimento Belo Monte.

Apesar de se tratarem de estudos preliminares, a d. Relatora concluiu, erroneamente, que a continuidade dos atos junto ao Ibama poderia acarretar risco de lesão ao meio ambiente, utilizando como válidos/verdadeiros os dados/fatos trazidos à colação pelo MPP, o que, frise-se não é pertinente.

O Decreto Legislativo questionado pelo Ministério Público autoriza a implantação do empreendimento após os estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental e outros que se julgar necessários. Entre esses estudos, destacam-se os trabalhos de natureza antropológica, que subsidiarão a oportuna oitiva das comunidades indígenas. Em seu art. 3º, o Decreto Legislativo estabelece que os estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental, incluindo os de natureza antropológica e a oitiva as comunidades indígenas, deverão ser aprovados pelos órgãos competentes.

Ora, a oitiva das comunidades indígenas deve ser feita depois de concluídos os estudos, já que sem estes não há como se demonstrar quais os prejuízos advindos do empreendimento e quais as conseqüências/providências a serem adotadas, não havendo razão para deferimento da liminar perseguida pelo Ministério Público Federal nesse aspecto.

Conforme estabelece o § 3º do art. 231 da Constituição Brasileira de 1988, as comunidades indígenas serão ouvidas pelo Congresso Nacional. Mas, somente a partir do desenvolvimento de estudos de impacto ambiental e dos estudos antropológicos, sob orientação e acompanhamento da Funai e dos representantes das comunidades indígenas, é que se poderá conhecer detalhadamente os impactos do empreendimento e estabelecer processos de negociação junto as comunidades diretamente e indiretamente afetadas.

Ficou demonstrado, anteriormente, que não existe vício no procedimento legislativo capaz de macular o Decreto Legislativo 788/2005, pois seguiu trâmites regulares e não houve mudança no seu conteúdo a gerar a necessidade de retorno do projeto à Câmara dos Deputados. Trata-se de mera emenda de redação, que não causou qualquer modificação na interpretação do teor legislativo.

Por outro lado, a exigência de retorno e discussão de eventual alteração no conteúdo do ato legislativo só tem pertinência para o processo legislativo de elaboração de leis, não abrangendo, por falta de previsão, decretos legislativos.

O Ministério Público alegou que teria havido delegação das atribuições do Poder Legislativo ao Executivo, posto que, a realização dos estudos, com a consulta das comunidades indígenas em determinado momento do procedimento inviabilizaria que o Congresso Nacional adotasse as providências necessárias à efetiva autorização de implantação do empreendimento.

Tal alegação não merece prosperar, posto que, justamente, os estudos de natureza antropológica previstos no Decreto Legislativo é que servirão de base para as oitivas conduzidas pelo Congresso Nacional. O Decreto Legislativo não delega competência ao Poder Executivo para realizar essas oitivas. A orientação técnica para a realização da peça antropológica será estabelecida e acompanhada pela Funai e deverá contar com a participação, por certo, do Ministério Público Federal e do Congresso Nacional na sua concepção e desenvolvimento.

Os impactos ambientais decorrentes do empreendimento só poderão ser adequadamente identificados e avaliados no estudo de impacto ambiental (EIA/RIMA), onde serão definidas também

as respectivas medidas mitigadoras, compensatórias ou de controle. Após concluído, o EIA/RIMA é submetido à análise dos órgãos ambientais competentes, que devem ouvir a sociedade, por meio das audiências previstas nas normas vigentes. Destaque-se, ainda que, com relação às possíveis repercussões desses impactos sobre as comunidades indígenas, o assunto será objeto de estudo específico, no âmbito da peça antropológica.

Portanto, a referência prévia a esses impactos, suas magnitudes e abrangências, não passa de especulação, uma vez que os estudos ambientais ainda não tiveram início.

Cabe esclarecer que o livro citado pelo Ministério Público (Tenotã-Mô) não se refere, na realidade, aos estudos ambientais, mas sim a uma compilação de debates e argumentos de contestação ao empreendimento,

O Decreto Legislativo questionado pelo Ministério Público estabeleceu a realização de diversos estudos a serem concluídos antes do início do empreendimento, não havendo qualquer risco na demora da prestação jurisdicional, já que o projeto só será executado com a aprovação dos órgãos competentes (seguindo a legislação que rege a matéria) e, inclusive, com a oitiva das comunidades afetadas.

Na realidade, o *periculum in mora*, no caso vertente, mostra-se inverso, considerando que o planejamento estratégico da nação necessita da conclusão desses estudos de viabilidade de “Belo Monte” para equacionar/solucionar o problema da falta de energia elétrica que pode afligir o país.

Como dito, o efeito suspensivo concedido ao agravo de instrumento não pode ser mantido, uma vez que ausentes os requisitos necessários para sua concessão. Na realidade, consoante se pode depreender da presente peça, a demora na resolução do litígio (*periculum in mora*) com a suspensão de todos os atos envolvendo o licenciamento ambiental de “Belo Monte” acarretará lesão grave e de difícil reparação inclusive à nação, que poderá ter que enfrentar novos “apagões” num futuro próximo.

O obstáculo imposto pela decisão compromete o estado brasileiro (não o governo) e põe em risco o regular andamento dos trabalhos da Eletro-norte, da Eletrobrás e de todos os demais interessados na resolução da questão energética, devendo ser revisto.

Cabe notar, a propósito, que os procedimentos de licenciamento junto ao Ibama, ora suspensos, servem justamente, para analisar a viabilidade de “Belo Monte” e o resultado pode, até mesmo, ser negativo à sua implementação.

Mas como saber se é viável o empreendimento se não estão conclusos os estudos e demais aspectos inerentes? Essa é a pergunta que se busca responder.

Nesse contexto, vale dizer que não se questiona o papel do Ministério Público na defesa do meio ambiente e das comunidades indígenas. Todavia, é inconcebível que o *parquet* imponha condições inexistentes e faça exigências desnecessárias à consecução de estudos ambientais, simplesmente.

Ao contrário do que tenta induzir o agravante, o impacto sócio-ambiental de “Belo Monte” ainda não está delimitado e, assim, os argumentos “técnicos” trazidos à colação, sobretudo os contidos no livro “Tenotã-Mô”, não podem se considerados verdades absolutas, supremas, indiscutíveis, sobretudo porque não atendem aos requisitos regulamentados pelas normas vigentes para os estudos ambientais desse tipo de empreendimento.

Cumprir observar que os atos empreendidos junto ao Ibama e questionados pelo Ministério Público não estão relacionados à construção/execução da obra, mas apenas à realização de estudos.

Assim, para se debater a viabilidade do empreendimento, evidentemente, faz-se necessária a existência de estudos prévios, até mesmo para se identificar quais as comunidades afetadas e que deverão ser ouvidas antes da efetiva autorização da obra.

Centrais Elétricas Brasileiras S/A – Eletrobrás também apresentou contraminuta e também a União Federal.

A Eletronorte sustenta também que a consulta às populações somente deve ser feita após a conclusão dos estudos ambientais.

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo provimento do agravo.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida:

A pretensão recursal

Afirma a Eletrobrás que o que se busca neste momento é a continuação dos estudos de viabilidade do

AHE Belo Monte que não causam impacto ao meio ambiente, prescindem de autorização legislativa e são indispensáveis para que se possa mensurar a viabilidade de empreendimento, seus impactos e medidas mitigadoras.

A decisão agravada considerou que o processo de licenciamento encontrava-se em fase inicial e que não é possível se fazer consulta aos povos afetados sem que existam subsídios básicos.

A obra

Belo Monte é considerada estratégica para o setor elétrico porque faria integração dos diferentes regimes hidrológicos por meio da integralização com o sistema elétrico. A UHE visa o abastecimento do Nordeste e do Sudeste.

Segundo consta dos autos e do material de propaganda que a agravada Eletronorte juntou com seu memorial, o sítio do complexo hidroelétrico Belo Monte está localizado no rio Xingu, no Estado do Pará. O empreendimento está contemplado no programa de governo “Avança Brasil”, para equacionar a questão da escassez de energia e como projeto estruturante do eixo de desenvolvimento do norte. A concepção do empreendimento é integrar o planejamento regional proporcionando efeitos multiplicadores de emprego e renda.

Segundo a agravada, os estudos apontam para a conclusão de que o complexo Belo Monte é o empreendimento mais atrativo economicamente a médio prazo para a expansão do sistema gerador brasileiro. O objetivo do Plano de Inserção Regional seria potencializar os impactos positivos do empreendimento, pois a região encontra-se em fase de decadência econômica.

Informa que o ciclo de expansão esgotou-se no período dos trinta anos de ocupação econômica, com acentuada degradação ambiental, como é comum nos processos baseados na exploração desordenada dos recursos naturais. O projeto buscaria reunir em seu bojo ações que correspondem às expectativas da população local e ações consideradas estratégicas, que possibilitem a retomada do desenvolvimento local, ligadas à educação, fomento à produção, melhoria da infraestrutura social e urbana, integração da infraestrutura.

Um intenso processo de ocupação constituiu-se na região, com grandes impactos ambientais e sociais. A população teve um crescimento acentuado, ao longo

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Fagundes de Deus e João Batista Moreira.

das décadas de 1970 e 1980. A década de 1990 apresentou forte declínio da taxa de crescimento populacional. A aparente exclusão da mão-de-obra insere-se no contexto de relação das áreas de fronteira econômica, porém, tem forte influência de fatores locais como: o esgotamento de áreas de garimpo, as dificuldades de desempenho da agricultura familiar, ou mesmo redução da área colhida das culturas tradicionais como o cacau, café, pimenta-do-reino e, na lavoura temporária, de mandioca, milho, arroz, feijão, como também a exaustão dos recursos madeireiros da pecuária extensiva.

Os estudos de impacto ambiental ficariam a cargo de instituições científicas paraenses internacionalmente mencionadas como a Universidade Federal do Pará e o Museu Emilio Goeldi.

O material de propaganda distribuído pela Eletronorte menciona também os impactos diretos que se sabe *a priori* que ocorrerão.

A obra de influência direta da construção desse empreendimento abrange quatro municípios: Vitória do Xingu, Altamira, Senador José Porfírio e Anapu.

Ainda sem os estudos de impacto já se sabe que haverá:

1. inundação provocada pelo reservatório dos igarapés Altamira e Ambé que cortam a cidade de Altamira;
2. inundação de parte da área rural do município de Vitória do Xingu;
3. redução da água e jusante do barramento do rio na Volta Grande do Xingu;
4. interrupção do transporte de Altamira para as comunidades ribeirinhas a jusante, até o rio Bacajá.

A agravada, em levantamento preliminar da população diretamente atingida pelo reservatório, afirma que precisarão ser remanejadas algumas pessoas. Fala em duas mil famílias na área urbana de Altamira, 813 na área rural de Vitória do Xingu e 400 famílias ribeirinhas.

Por fim, a título de impactos imediatos previamente conhecidos a agravada fala do aspecto da repercussão da UHE no meio de transporte. O rio Xingu é utilizado como via fluvial para o transporte de passageiros e da produção extrativista regional. É o único acesso existente para as comunidades a jusante de Altamira

na Volta Grande até o rio Bacajá, incluindo comunidades garimpeiras e indígenas. Com a implantação da barragem a 30km a jusante de Altamira, o transporte neste trecho ficará interrompido.

Histórico do projeto da UHE de Belo Monte

Em maio de 2006 o Ministério das Minas e Energia noticiou, pela publicação do Plano Decenal de Expansão de Energia Elétrica, o projeto do governo até 2015, nessa área.

Foram previstas uma série de novas obras dentre elas a UHE de Belo Monte, a ser localizada na Volta Grande do rio Xingu, no Pará.

É conveniente lembrar que o projeto de Belo Monte existe desde a década de 80 e a partir de então tem gerado toda a sorte de debates, mas principalmente sobre os impactos no meio ambiente e nas comunidades indígenas e ribeirinhas. Além da questão ambiental emerge o problema da destruição do *habitat* das populações tradicionais que pode conduzir a uma diáspora traumática e infeliz.

Já se sabe que o projeto da UHE alagará parte de Altamira, praias naturais do rio e áreas utilizadas na agricultura pelos ribeirinhos, além da redução do volume das águas conforme informa a própria Eletronorte.

As discussões sócio-ambientais são decorrentes de uma real ameaça às populações locais, pois parte do rio Xingu não terá navegação, haverá perda do volume de águas dos afluentes do Xingu (Rio Bacajá), onde vivem comunidades na Terra Indígena Trincheira Bacajá.

Estima-se que quatorze mil índios vivem às margens do rio Xingu. O projeto inicial do governo, em 1980, para utilizar o potencial hidrográfico da bacia do hidrográfica Xingu, significava dezoito mil km² de terras alagadas no Pará e cerca de sete mil índios de áreas diferentes desalojados.

Os indígenas organizaram uma reunião no município de Altamira. Em 20 a 25 de fevereiro de 1989 ocorreu um encontro dos povos indígenas do Xingu com três mil participantes, sendo 650 índios que se insurgiram contra o projeto inicial de construir hidrelétricas na região. Sabia-se, então, como se sabe hoje, que haveria alteração de vazão de rio, mudança do regime

de inundação com reflexos na agricultura, afluxo populacional e desestruturação fundiária.

Vinte etnias seriam afetadas e a perspectiva de serem desalojados era certa, de sorte que não é possível se excluir a opinião indígena sobre a construção da hidrelétrica.

A questão da lei complementar para exploração de recursos hidrelétricos em terra indígena

Compete à União os serviços e instalação de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos (art. 21, b da CF/1988). O §6º do art. 231 da Constituição exige lei complementar para a exploração de riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes em terras indígenas. O § 3º do art. 231 dispõe sobre a competência exclusiva do Congresso Nacional para autorizar a exploração dos recursos hídricos. Não menciona a exigência de lei complementar neste aspecto, portanto, não há que se falar em erro na decisão agravada.

Vício formal do Decreto – Legislativo 788/2005

Invoca o Ministério Público Federal agravante que teria havido violação ao parágrafo único do art. 65 da Constituição quando do trâmite do decreto Legislativo 788/2005. Leia-se a norma tida por infringida:

Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o amparar, ou arquivando, se o rejeitar.

Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

O texto incluído no Senado Federal foi a expressão “com a participação do Estado do Pará, em que se localiza a hidrelétrica”, no parágrafo único do art. 2º do Decreto Legislativo.

Ao contrário do que diz a decisão agravada a alteração não é de redação, mas de conteúdo para permitir a participação do Estado do Pará nos estudos de viabilidade do empreendimento. Como é o Estado do Pará quem suportará os danos ambientais, a alteração foi legítima.

Embora a questão não diga respeito a simples modificação redacional, não se vislumbra na espécie prejuízo na inclusão do Estado federado nos estudos a

serem desenvolvidos. Quanto a este aspecto não merece censura a r. decisão recorrida ao afirmar que “em deferência ao princípio da razoabilidade, não se pode eivar de inconstitucionalidade, ou mesmo de ilegalidade, nenhum acréscimo textual que não traga prejuízos para o interesse público”.

Sem exaurir a questão do procedimento legislativo em sede de agravo, afasto a questão da inconstitucionalidade por vício formal.

Delegação de competência do Congresso Nacional para oitiva dos índios

Neste ponto a questão controvertida não se revela tão singela, pelo contrário. No particular, assim se manifestou decisão *a quo* agravada:

Não vislumbro qualquer irregularidade do ato do Congresso Nacional ao estabelecer, como condicionante da aprovação do projeto UHE Belo Monte, que sejam ouvidas pelo Poder Executivo as comunidades indígenas. Na realidade, o que é de competência exclusiva do Congresso Nacional, portanto, indelegável, é a autorização legislativa, tão-somente.

Os povos indígenas que serão direta ou indiretamente atingidos pela construção da UHE não foram ouvidos (Juruna, Arara, Parakanã, Xikrin, Kayapó, Araweté, Asurini, Kararaó, Xibaia, Curuaia).

Esta Quinta Turma já teve oportunidade de apreciar o caso dos Parakanã que foram desalojados para a construção de Tucuruí. Os Parakanã foram remanejados duas vezes porque não se adaptaram às novas condições e porque foram hostilizados por diferente comunidade indígena onde foram alocados.

Os povos indígenas e as populações ribeirinhas precisam de floresta para viver e a barragem lhes trará dificuldades. A consulta aos grupos é requisito constitucional para qualquer empreendimento de exploração de recursos hídricos e de riqueza mineral.

Em resumo, a inundação hoje sazonal, será constante nos igarapés Altamira e Ambé, que corta Altamira e parte da área rural de Vitória do Xingu. Haverá interrupção do transporte fluvial, único meio de locomoção das populações ribeirinhas e indígenas. Há que se fazer o deslocamento de centenas de famílias que atualmente vivem em situações miseráveis na periferia de Altamira; 800 famílias da área rural de Vitória do Xingu e de 400 famílias ribeirinhas.

A situação dessas pessoas todas tem que ser considerada, inclusive os não índios. Indaga-se se as famílias que vivem em Altamira e os ribeirinhos que não possuem título de terra serão indenizados? Se não forem, qual será o seu destino?

Estima-se hoje que um milhão de pessoas foram desalojados em razão da construção de barragens, sendo que milhares não foram indenizadas por não terem título de propriedade.

As pessoas que vivem na área urbana poderão receber uma pequena indenização e tentarem a vida em outro município. Não é o que se passa com os ribeirinhos. Eles formam o que a antropologia chama de sociedade tradicional. Não são índios, mas também não são urbanos. Não conseguirão, se deslocados, adaptarem-se em novas comunidades urbanas. Deixarem o seu *modus vivendi* é mais que um desterro.

É preciso um olhar atento a este tipo de indivíduos e sua ligação simbiótica com a natureza.

A invisibilidade social dos ribeirinhos

O Brasil abriga uma grande diversidade cultural e socioeconômica que é decorrente das várias etnias que compõem a população brasileira como consequência da forma como se operou a nossa colonização a partir do século XVI.

Trabalho de referência importante para aprofundamento do tema relativo a comunidades tradicionais do país foi empreendido pelo Ministério do Meio Ambiente em parceria com a Universidade de São Paulo em fevereiro de 2000. O estudo, organizado por Antônio Carlos Diegues, denominado “Biodiversidade e Comunidades Tradicionais no Brasil” aborda as diferentes comunidades tradicionais inclusive aborda a questão da perspectiva histórica de sua formação.

À medida que o colonizador foi avançando do litoral rumo ao interior, ao longo dos séculos, estabeleceram-se comunidades rurais não indígenas em regiões distantes e isoladas do restante da população do país, que viviam em núcleos urbanos ou em cidades e vilas no litoral.

Ocorreu entre nós que o colonizador tinha interesse específico na exploração de produtos também específicos, reclamados no mercado internacional e por isso o povoamento do território nacional deu-se nas localidades em que a exploração de determinado

produto era bem sucedida. E foi por isso que ao longo dos nossos ciclos econômicos, a partir da exploração do pau-brasil no litoral, os núcleos habitacionais foram se espalhando do litoral para o interior até a decadência do ciclo econômico quando a exploração de outro produto levava o fator povoamento para outra região produtora. Os velhos núcleos populacionais remanesciam em parte isolados e voltados para uma economia de subsistência.

Darcy Ribeiro, o grande estudioso da etnografia nacional, assinalou os diferentes modelos de ocupação do interior. No ciclo da cana-de-açúcar apareceu a cultura crioula no Nordeste, a cultura caipira, surgida da união do português com o indígena, união esta da qual decorreu o mameluco paulista. O mameluco também trabalhou nas áreas de mineração e da plantação de café. A cultura sertaneja, nascida da criação de gado espalhou-se desde o sertão nordestino até o cerrado do Brasil central. Nas populações ribeirinhas da região amazônica está a cultura cabocla que surgiu do contato do colonizador com os índios e depois dos índios com os nordestinos brasileiros. As populações ribeirinhas da região norte são o produto do encontro de grupos de não índios com as populações indígenas locais, desde o século XVIII. Se as populações ribeirinhas perderam, no contato com a sociedade nacional que foi invadindo seu espaço, a identidade étnica indígena, não adotaram a identidade nos novos ocupantes da região. Pelo contrário, adotaram um modelo de cultura rústica ou “população tradicional” como em vários outros pontos do país.

O povo tradicional não é apenas o índio. Em termos antropológicos cresce a consciência de que há várias culturas com identidade própria, com as quais se estabelece uma unidade nacional em razão da religião cristã e da língua comum.

No território da jurisdição do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, encontramos grupos tradicionais que foram alcançados pelo processo de modernização desigual em áreas isoladas, como os jangadeiros do sul da Bahia, os caboclos, ribeirinhos amazônicos, sertanejos/vaqueiros do Piauí e do oeste da Bahia, os varzeiros, ribeirinhos que vivem as margens do rio São Francisco, os pantaneiros do Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, os quilombolas, os babacueiros no Maranhão, Piauí e norte de Goiás. Os praiheiros habitam a faixa litorânea da região amazônica entre o Piauí

e o Amapá. Vivem em grandes extensões de mangue e ilhas.

No território sujeito à nossa jurisdição, além das populações indígenas há outras populações tradicionais, como já afirmei.

As populações tradicionais não-indígenas da Amazônia vivem de atividades extrativistas. Os ribeirinhos habitam nas várzeas e beiras de rios, sobrevivendo essencialmente da pesca. Alguns seringueiros, e castanheiros habitam também à beira de rios, igapós e igarapés, contudo outros vivem em terra, sendo menos dependente da pesca.

Os caboclos/ribeirinhos vivem, principalmente, à beira de igarapés, igapós, lagos e várzeas. Quando as chuvas enchem os rios e riachos, estes inundam lagos e pântanos, marcando o período das cheias, que por sua vez regula a vida dos caboclos. Esse ciclo sazonal rege as atividades de extrativismo vegetal, agricultura e pesca dos habitantes da região (Mybury-Lewis 1997). Quando começa a cheia torna-se impossível fazer roça e mesmo a pesca e a caça tornam-se mais difíceis. Esses caboclos são extrativistas e agricultores que produzem em regime familiar, vendendo o excedente e, freqüentemente, em períodos de maior demanda de força de trabalho lançam mão da troca de dias entre vizinhos. Como os sítios ocupam as beiras dos rios, os ribeirinhos podem tirar proveito das várzeas, colhendo produtos alimentícios, principalmente a mandioca, mas também frutas e ervas medicinais. Nas florestas, extraem o látex para a venda e também a castanha do Pará, além de criar pequenos animais domésticos e alguns deles têm também algumas cabeças de gado. Moram em casas de madeira, construídas em palafita, mais adaptadas ao sistema das cheias.

Os ribeirinhos são, portanto, a população rural fluvial. É uma população com traços indígenas. Habitam em pequenas comunidades relativamente isoladas. A estrutura social de suas famílias se sobrepõe ao sistema formal de representação política. O principal meio de transporte são pequenas canoas de madeira.

Os ribeirinhos não são proprietários das terras que moram. São raros os títulos de propriedade privada e, geralmente, tratam-se de terras devolutas. Alguns desses ribeirinhos são posseiros, que cultivam nas terras de outros ou na zona da várzea, têm apropriação do produto do trabalho, mas não a propriedade da terra. Por outro lado, as terras da várzea, que inundam periodicamente, não podem ser registradas em cartório de acordo com os princípios da legislação brasileira.

(Gabriela O. Alvarez e Nicolas Reynard, *in* Amazônia Cidadã).

Essa população mestiça não é mais índio, mas também não se integra a sociedade nacional.

O conceito de população tradicional foi desenvolvido pela antropologia e não é imune de controvérsias. Relevante na caracterização desses agrupamentos humanos é que reproduzem historicamente sua forma de sobrevivência, de certa forma isolada, mantendo ao longo do tempo, as mesmas atividades de subsistência em espaço geográfico dependendo de ciclos da natureza e recursos naturais renováveis.

Alguns desses grupos têm mais ou menos visibilidade social, ou identidade pública. Os povos indígenas sempre foram objeto de peculiar atenção em virtude da significativa diferença que os separa da sociedade nacional, isto é, são anteriores à formação do Estado nacional e têm língua e religião distintas do colonizador e, depois, dos neo-brasileiros.

Os povos tradicionais dedicados à extração de recursos pesqueiros, como os ribeirinhos da Amazônia, não têm visibilidade econômica ou simbólica e não dispõem de uma legislação que reconheça as peculiaridades do espaço natural que ocupam e no qual sobrevivem. Eles não ocupam um lugar privilegiado no discurso sócio-ambientalista, como ocorre com os indígenas. São os esquecidos.

Os interesses das quatrocentas famílias que são segmento de um tipo de população tradicional necessita de um tratamento especial que não se resolve com expulsão da terra/indenização: conquanto no mundo do mercado estas pessoas padeçam de uma invisibilidade, têm direito a uma solução justa quanto à adaptação em outro território. O que se discute aqui não é só o direito da sociedade nacional ao desenvolvimento, mas dos povos tradicionais marginais de não terem uma identidade destruída com o desligamento de seu espaço cultural e sem estarem capacitados para outras formas de sobrevivência que não a de seus ancestrais.

Os ribeirinhos têm o direito à identidade cultural, devendo ser oferecidos meios para a manutenção de seu modo de vida e produção, repassados de geração em geração, de acordo com os ciclos da natureza. Não há uma palavra nestes autos sobre como se vai proporcionar às quatrocentas famílias de ribeirinhos condições de sobrevivência, pois necessitam de recur-

tos florestais à prática da pesca extrativista de forma sustentável. Nada se disse sobre em que locais e em que condições esse grupo será realocado. Tem-se que pensar em reassentamento em lugares que lhes propiciem condições análogas de sobrevivência, inclusive em relação ao modo de produção e aos conhecimentos tradicionais.

Volto a repetir que a questão da ausência de titulação da terra é uma questão preocupante, pois não está claro qual o tratamento legal que se dará às quatrocentas famílias ribeirinhas.

Competência exclusiva do Congresso Nacional para a oitiva das comunidades indígenas

A luta pelas terras indígenas e de suas riquezas naturais é o cerne da questão indígena sobre a qual há 500 anos se debruçam os juristas.

A história da ocupação das áreas indígenas que se desenrolou nos séculos XVI e XVII se repete nas frentes de desenvolvimento da sociedade nacional quando avança sobre os últimos redutos silvícolas.

O que mudou foi o método de atração; as motivações de exploração capitalista e as conseqüências para as populações tribais continuam as mesmas. Ainda hoje, a sociedade nacional só tem a oferecer ao índio, em condição de isolamento, doença, fome e desengano. A atração, por isso, não interessa ao indígena, mas à sociedade nacional, que, sem explorar convenientemente o território já conquistado, procura novas áreas de expansão, para atividades mineradoras, extrativistas, madeireiras e agropecuárias.

As terras indígenas — solo e subsolo — são disputadas por agropecuaristas, cacauicultores, garimpeiros, mineradoras, pequenos e grandes agricultores.

A abundante legislação protecionista desde a colônia aliada à legislação imperial e depois a republicana não impediram o genocídio.

Inúmeros povos indígenas desaparecem das Américas em razão do morticínio resultante do encontro dos europeus com os aborígenes do Novo Mundo. Não existiu uma política deliberada de extermínio dos povos indígenas pelos povos ibéricos, mas o chamado capitalismo mercantil logrou o resultado de reduzir milhões em 1500 a alguns milhares.

Lembremo-nos que em 1570 Lisboa proíbe a escravidão indígena, exceto nos casos de “guerra justa”.

Segundo a legislação portuguesa e espanhola haveria guerra justa se (a) declarada por príncipe legítimo ou seu representante; (b) houvesse motivo nobre e (c) não houvesse ganhos materiais.

A guerra era justa porque travada contra selvagens, primitivos, bárbaros e pagãos. A questão jurídica nunca foi pacífica e a Coroa portuguesa sempre oscilou entre a guerra justa e a proibição de escravização dos índios. Em 1808 D. João VI voltou a instituir a “guerra justa” de extermínio de tribos “inimigas”, justificando a ocupação de território indígena.

O caso dos autos é um capítulo desse conflito de interesses da sociedade nacional e das comunidades indígenas que desejam apenas sobreviver e não é mais possível se invocar os princípios da “guerra justa” para a defesa unilateral de algumas pretensões apenas. Hoje os princípios de antanho vêm camuflados com outros argumentos a justificar o pretense direito de uns progredirem, desenvolverem-se e se enriquecerem às custas do perecimento do outro.

Tem-se conhecimento que hidráulicas para exploração de recursos hídricos, independentemente do tamanho, provocam mutações nas pressões pela ocupação das terras indígenas e alterações do quadro social da microrregião onde se localizará a construção. Tal se passou com os Parakamã, no Pará (UHE Tucuruí), os Cinta Larga, em Mato Grosso (UHE Juína), com os Waimiri Atroari, no Amazonas (UHE Balbina), com os Ava-Candino (UHE Serra da Mesa), os Macuxi (UHE Contigo) em Roraima.

Há que se buscar uma solução que harmonize o desenvolvimento socioeconômico com a preservação das comunidades indígenas e a proteção ao meio ambiente, dentro do princípio constitucional do desenvolvimento sustentado (CF, art. 225).

Desde os tempos da guerra justa autorizada em 1570 por Portugal, até os dias de hoje, a questão legal da terra indígena tem sofrido mutações.

A Constituição da República vigente garante aos índios o direito exclusivo ao usufruto das riquezas do solo, rios e lagos existentes nas terras tradicionalmente por eles ocupadas (§ 2º do art. 231). Foi atribuído ao Congresso Nacional o poder de autorizar a concessão para aproveitamento de recursos hídricos, incluindo os potenciais energéticos.

A questão jurídica controvertida nesse tópico diz respeito se o Congresso Nacional pode delegar a oitiva das comunidades indígenas afetadas. A Constituição não oferece uma resposta conclusiva. É preciso examinar-se a questão em conformidade com os princípios que regem a defesa das comunidades indígenas.

A primeira constatação que se tem da mera leitura do § 3º do art. 231 das CF/1988 é a obrigatoriedade da consulta às comunidades indígenas afetadas. A hipótese não é de faculdade do Congresso Nacional. O constituinte ordenou que sejam “ouvidas as comunidades afetadas para que participem da definição dos projetos que afetarão suas terras e seu *modus vivendi*”.

A consulta se faz diretamente à comunidade envolvida com o projeto de construção. Não há se falar em consulta à FUNAI a qual poderá emitir parecer sobre o projeto, mas não substitui a vontade dos indígenas. Portanto, a consulta é *intuitu personae*.

Essa problemática não está sendo discutida neste agravo, mas sua abordagem esclarece a intenção do legislador no tema do aproveitamento dos recursos naturais em terra indígena.

Assim como a comunidade indígena não pode ser substituída por outrem na consulta, o Congresso Nacional também não pode delegar o ato. É o Congresso Nacional quem consulta, porque é ele que tem o poder de outorgar a obra. Quem tem o poder tem a responsabilidade pelos seus atos.

A audiência às comunidades faz-se na área que será afetada. Uma representação parlamentar pode ouvir diretamente as lideranças indígenas, avaliar diretamente os impactos ambientais, políticos e econômicos na região. Esta é a coisa certa a se fazer.

Momento da oitiva

Nesse aspecto, a ausência da norma expressa sobre o momento da oitiva das comunidades afetadas nos induz a olhar a lógica das coisas e não os interesses em conflito.

A lógica indica que o Congresso só pode autorizar a obra em área indígena depois de ouvir a comunidade. Por outro lado, só pode proceder à consulta depois que conhecer a realidade antropológica, econômica e social das comunidades que serão afetadas pelos impactos ambientais.

Dalmo Dallari, no Informe Jurídico da Comissão Pró-Índio (Ano II, n. 9 a 13, abril a agosto de 1990), quanto ao momento da consulta prevista no § 3º do art. 231 da CF/1988, faz observações inteiramente pertinentes a hipótese *sub judice*.

Não é pura e simplesmente ouvir para matar a curiosidade, ou para se ter uma informação irrelevante. Não. *É ouvir para condicionar a decisão*. O legislador não pode tomar uma decisão sem conhecer, neste caso, os efeitos dessa decisão. Ele é obrigado a ouvir. Não é apenas uma recomendação, é na verdade, um condicionamento para o exercício de legislar. Se elas (comunidades indígenas) demonstrarem que será tão violento o impacto da mineração ou da construção de hidroelétrica, será tão agressivo que pode significar a morte de pessoas ou a morte da cultura, cria-se um obstáculo intransponível à concessão de autorização.

Sendo a oitiva das comunidades afetadas um antecedente condicionante à autorização, é inválida a autorização do DL 788/2005. Não se autoriza para depois se consultar. Ouvem-se os indígenas e depois autoriza-se, ou não.

Em face de infrigência à norma constitucional limitadora da decisão, é de nenhuma eficácia a autorização expedida no Decreto Legislativo 788/2005.

O Congresso Nacional necessita ouvir direta e pessoalmente os índios Xeniguanos.

Antes, porém, o laudo antropológico e os estudos de impactos ambientais necessitarão ser feitos. O Congresso Nacional só poderá decidir sobre o que efetivamente conhecer.

O impacto do empreendimento deve ser estudado em laudo antropológico prévio à autorização. Os estudos antropológicos sobre as comunidades indígenas e ribeirinhos são o meio apropriado para o Parlamento examinar as conseqüências da autorização, prevenção de impactos, comparação e mitigação dos danos. No particular o ônus é do construtor e isto deve constar do decreto legislativo *ab initio*, dispondo sobre o que, quem, quando e como serão diminuídas as conseqüências nefastas.

O laudo antropológico, repito, deve ser submetido ao Congresso pelos interessados na autorização, a qual não é genérica, mas específica quanto à situação dos índios e não índios que serão afetados.

O mesmo raciocínio se aplica ao estudo de impacto ambiental. Antes de autorizar a UHE Belo Monte, o Congresso necessita de dados essenciais para saber os danos ambientais que ocorrerão e as soluções para se atenuar os problemas que certamente uma hidroelétrica no meio de um grande rio trará.

O estudo de impacto ambiental circunstanciado deveria ter sido encaminhado ao Congresso Nacional juntamente com o pedido de autorização para os Senhores Parlamentares terem conhecimento técnico do objeto da decisão política e a extensão do dano. O EIA é essencial no caso porque os índios são dependentes do equilíbrio ecológico para sobreviverem. O Congresso autorizou sem a previsão dos impactos na região e sem avaliar a dimensão dos danos e benefícios do projeto da UHE Belo Monte. Em resumo faltaram ao Congresso informações científicas relevantes para a autorização.

Em síntese, os estudos antropológicos e o laudo podem ter prosseguimento porque são essenciais para instruir o pedido de autorização de exploração de recursos hídricos em área indígena.

Em parecer que acompanhou o memorial, o ilustre jurista Edis Milaré afirma que o momento da oitiva das comunidades indígenas afetadas coincide com a audiência pública prevista no art. 3º da Resolução Conama 237/1997.

Certamente a audiência pública do EIA constitui o foro adequado criado pelas normas ambientais para propiciar a todo cidadão e instituição a oportunidade de informar-se, questionar, criticar, condenar, opor, enfim, adotar a posição que julgar oportuna face ao empreendimento pretendido.

Mas não se confunde a consulta aos interessados, no caso do EIA, e a oitiva às comunidades indígenas prevista no § 3º do art. 231 da CF/1988.

Ademais, a norma Constitucional acima referida está inserida no texto relativo aos índios e fala *exclusivamente de aproveitamento dos recursos hídricos*, incluídos os potenciais energéticos em terra indígena. É lógico que o Congresso, no caso, ouve as comunidades afetadas e não todo e qualquer um. Se a obra atingirá outras comunidades que não as indígenas, elas serão ouvidas, mas sobre os impactos ambientais em terras indígenas, manifestam-se os índios.

A Funai, os índios, os ribeirinhos, as comunidades urbanas, ambientalistas, políticos, religiosos etc., todos

podem ser ouvidos em audiência pública inserida no procedimento de licenciamento ambiental.

Contudo, não é do ponto de vista do Direito Constitucional, se confundir a consulta dos índios — da competência do Congresso Nacional —, com a audiência pública referida na Resolução Conama 1/1986 e regulamentada pela Resolução 9/1987.

A audiência pública realizada pelo Ibama para colher subsídios tem natureza técnica. A consulta do Congresso tem por objeto subsidiar a decisão política.

Certamente, a elaboração dos estudos de avaliação ambiental e a realização da audiência pública prevista na Resolução Conama citadas não prejudicarão ninguém.

O Congresso, concluído o EIA, ouvirá a comunidade indígena, mediante a instalação de comissão, *ex vi* do art. 58, § 2º da CF/1988.

Como conseqüência dessa decisão, dou parcial provimento ao agravo para o efeito de:

a) Considerar inválido o Decreto Legislativo 788/2005, por violação ao § 3º do art. 231 da CF/1988;

b) Proibir ao Ibama que faça a consulta política às comunidades indígenas interessadas, pois esta é competência *exclusiva* do Congresso Nacional, condicionante do poder de autorizar a exploração de recursos energéticos em área indígena;

c) Permitir a realização do EIA e do laudo antropológico que deverão ser submetidos à apreciação do Parlamento.

É como voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Senhora Presidente, estou de acordo com o voto de Vossa Excelência, mas não posso deixar de levar em consideração alguns argumentos que integram o memorial oferecido pela Eletrobrás.

O primeiro deles afirma que o que se busca neste momento é a continuação dos estudos de viabilidade do AHE Belo Monte, que não causam impacto ao meio ambiente, prescindem de autorização legislativa e são fundamentais para que possa mensurar não só a viabilidade do empreendimento, mas, sobretudo, os possíveis impactos que poderão advir da implantação do

Aproveitamento Hidrelétrico Belo Monte, inclusive já prevendo as medidas mitigadoras.

Em segundo lugar, o processo de licenciamento encontra-se em fase inicial, no qual estão sendo feitos os estudos de viabilidade e tais estudos ainda não foram concluídos, portanto não haveria como se realizar as consultas aos povos afetados em atendimento à Convenção 169, da OIT, art. 6º, sem que haja subsídios básicos que consistem justamente nas conclusões dos estudos de viabilidade que se procura sejam reiniciados.

Em terceiro lugar, a imprescindibilidade da oitiva das comunidades indígenas potencialmente afetadas, conforme consta da Constituição Federal e do Decreto 788, de 2005, que Vossa Excelência considerou inconstitucional, é indiscutível, mas o momento para a sua realização é discutível.

Em quarto lugar, e estou fundando nas alegações constante do memorial porque, segundo o art. 14 do Código de Processo Civil, inc. I e II:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé.

Então, não há que se falar em dano ao erário público posto que os custos da continuação dos estudos da AHE Belo Monte serão arcados pela iniciativa privada, que acredita na viabilidade do empreendimento, somando-se, ainda, à necessidade do país em termos de energia elétrica. Caso o empreendimento seja considerado viável, os valores gastos com os estudos deverão ser reembolsados pelo vencedor no leilão. Se inviável for, a iniciativa privada assumirá os custos. Dessa sorte, concluo afirmando que se porventura não forem verdadeiras as alegações constantes do memorial, a Eletrobrás estará sujeita a responder como litigante de má-fé.

Com essas citações, apenas à guisa de observação, reafirmo meu voto no sentido de acompanhar o de Vossa Excelência.

Voto Vogal Vencido (em parte)

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Senhora Presidente, embora o tempo para apreciação seja curto e incompatível com a importância da questão sob julgamento, arrisco-me a fazer algumas considerações, à luz do texto constitucional.

O art. 231, § 3º, da Constituição diz:

Art. 231 (...)

§ 3º – O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

Não há dúvida de que a construção de hidrelétrica significa aproveitamento de recursos hídricos, portanto, está abrangida por esta disposição constitucional.

O art. 225 da Constituição diz:

Art. 225 – Todos têm 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.

§ 1º – Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...)

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.

Comparando esses dois dispositivos, verifica-se que o art. 231, § 3º, é norma específica e, na ordem de prioridade lógica, antecede à disposição do art. 225, § 1º, inc. IV. Penso que o juízo do Congresso Nacional a respeito do aproveitamento dos recursos hídricos em terras indígenas deve vir em primeiro lugar. É um juízo político, enquanto que o juízo a respeito do licenciamento da obra é técnico. A autorização do Congresso Nacional é para que se cogite do aproveitamento desses recursos hídricos, mediante um juízo político. Portanto, seja pelo aspecto hierárquico, uma vez que a autorização é do Congresso Nacional, um dos poderes da República, seja pelo aspecto político que a decisão

envolve, tem proeminência e prioridade sobre o juízo técnico a cargo de uma entidade administrativa, o Ibama. Não podem ser confundidos os dois procedimentos e menos ainda ser realizados de forma paralela: um deve ser realizado antes do outro.

Sabemos muito bem que o poder econômico busca, nessas questões ambientais, ir vencendo etapas para poder chegar ao objetivo final. Faz-se um plano estratégico, da guerra inteira, e estabelecem-se metas, batalhas, que vão sendo vencidas até a conquista final do objetivo.

Está a Eletronorte a alegar que, se não continuar o estudo de impacto ambiental, alguns milhões de reais estarão sendo jogados no lixo. Uma vez realizado o estudo de impacto ambiental, o argumento será mais forte: outros milhões estarão sendo jogados no lixo, e outro mais, até chegar ao funcionamento da usina. Não importa: que se joguem no lixo esses milhões, mas menos do que poderá ser jogado amanhã, se realizado o estudo e ficar demonstrado que o empreendimento é inviável; ou, devidamente seguido o processo que cabe ao Congresso Nacional, chegar-se, ao final, à conclusão de que não se deve fazer o aproveitamento desses recursos hídricos em terras indígenas.

Com este raciocínio, penso que não há porque se antecipar na realização do estudo de impacto ambiental, se não existe autorização do Congresso Nacional para que seja cogitado o aproveitamento dos recursos, e também porque se sabe — a experiência ensina — que, conforme já falei, esta é uma tática utilizada pelo poder econômico: ir vencendo etapas, até chegar à conquista de seu objetivo final.

Não estou aqui a defender a paralisação do progresso econômico, apesar de que há controvérsia a respeito. Li que a idéia da construção de grandes hidrelétricas está ultrapassada. Hoje, deve-se pensar na construção de pequenas hidrelétricas. Não sabemos se daqui a alguns anos esses monstros, essas obras faraônicas, as grandes hidrelétricas, estarão ultrapassadas por outras formas de captação de energia elétrica, que não causam tanto impacto ambiental, e, então, estaremos com essas gigantescas obras sem utilidade e sem condições de ser desfeitas. A idéia atual é de construção de pequenas hidrelétricas, evitando justamente que, amanhã, esses grandes monstros fiquem obsoletos, o que poderá acontecer.

Este é um dos juízos que cabe ao Congresso Nacional. Não é um juízo que o Ibama fará, num simples estudo de impacto ambiental. Assim, dou integral provimento ao agravo de instrumento.

Sexta Turma

Agravo de Instrumento

2006.01.00.036695-6/DF

Relator: Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo (convocado)

Agravante: Agencia Nacional de Telecomunicações – Anatel

Procurador: Dr. Raimundo Juarez Neto

Agravada: Associação Brasileira de Concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado – Abrafix

Advogados: Dr. Arnoldo Wald e outros

Publicação: DJ 2 de 12/02/2007

Ementa

Administrativo. Agravo de instrumento. Serviço de telefonia fixo comutado – STFC. Serviço de acesso remoto a internet (tecnologia “wimax”). Licitação. Apresentação de propostas. Concentração de mercado. Não ocorrência.

I – A participação das concessionárias do serviço de telefonia fixa em procedimento licitatório destinado à contratação de empresas para explorar o serviço de acesso remoto à rede mundial de computadores (*internet* sem fio) não enseja a concentração do mercado de telecomunicações, porque a mera apresentação de suas respectivas propostas financeiras, por si só, não lhes assegura a exploração do serviço licitado.

II – Havendo critérios específicos no edital da licitação destinados a evitar a concentração do mercado nos serviços de telecomunicações, a vedação à participação dessas empresas no certame não tem qualquer justificativa plausível, especialmente diante da possibilidade dos serviços licitados serem outorgados por até trinta anos.

III – Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 08/01/2007.

Juiz Federal *David Wilson de Abreu Pardo*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo: — Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel contra decisão que, em ação ordinária, deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal para suspender a cláusula 4.2.1 do Edital de Licitação 002/2006/SPV–Anatel, que tem por objeto a outorga de autorizações de uso de blocos de radiofrequências nas faixas de 3,5 GHz e

10,5 GHz, para exploração do serviço de comunicação multimídia – SCM e/ou do serviço telefônico fixo comutado – STFC, assegurando, assim, que as empresas filiadas à Associação Brasileira de Concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado – Abrafix, ora Agravada, possam apresentar suas propostas financeiras nas respectivas áreas de atuação.

Irresignada, recorre a Anatel sustentando que a participação das filiadas da Agravada no certame, bem como de suas controladoras, controladas ou coligadas, na mesma área de concessão do serviço de telefonia

fixa comutado, enseja concentração no mercado de telecomunicações, dado que essas empresas já detêm o monopólio do serviço de ADSL, o que, em última análise, impede “que novos entrantes possam com elas competir de igual para igual, principalmente porque essas empresas são detentoras de toda a infra-estrutura herdada com a privatização das telecomunicações”.

Dessa forma, afirma que restrição inserida no edital tem por objetivo, exclusivamente, evitar a concentração econômica do mercado de telecomunicações, estando em perfeita harmonia com o disposto no art. 71 da Lei 9.472/1997, que, com essa finalidade atribuiu à ANATEL competência para regulamentar o setor, estabelecendo restrições, limites ou condições às empresas que atuam nesse segmento do mercado. Acrescenta que as filiadas da Agravada são apenas as cinco empresas concessionárias do serviço de telefonia fixa comutado em operação no País e, assim, a restrição às suas participações não compromete a concorrência no procedimento licitatório ao qual “acorreram mais de 100 (cem) empresas, conforme se observa da Ata de recebimento das propostas”.

Alega, ademais, que a decisão agravada tem caráter manifestamente satisfativo, uma vez que exauriu o objeto da ação originária. Diante disso e considerando que a restrição da cláusula 4.2.1 do Edital de Licitação 002/2006/SPV – Anatel encontra-se em consonância com a competência e o poder regulador da Autarquia requer a reforma da decisão agravada.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido pela decisão de fls. 250/253.

A ABRAFIX apresentou sua contraminuta às fls. 255/282.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo: — O pedido de efeito suspensivo foi indeferido pelo ilustre Juiz Federal Leão Aparecido Alves, em

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Federal Moacir Ferreira Ramos (convocado). Ausentes, por motivo de férias, os Exmos Srs. Des. Federais Souza Prudente e Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

auxílio neste Gabinete, com base nos seguintes fundamentos, que adoto (fls. 50/253):

Assim postos os fatos, em que pesem as louváveis preocupações da Agravante, considero não estarem presentes os requisitos autorizadores do efeito suspensivo requerido, eis que a participação na licitação das filiadas da Abrafix, bem como de suas controladoras, controladas ou coligadas, não tem o poder de ensejar a concentração do mercado de telecomunicações por essas empresas, pela singela razão de que a simples apresentação de suas respectivas propostas financeiras não lhes assegura a exploração do serviço licitado.

De outra parte, a alegação da Anatel de que os novos interessados em explorar o serviço oferecido no certame não podem competir como as filiadas da ora Agravada “de igual para igual”, apenas por essas empresas já deterem o monopólio do serviço de ADSL e de serem detentoras de toda a infra-estrutura herdada com a privatização das telecomunicações, revela-se mera presunção da Autarquia, dado que não comprovada nos autos e, como tal, não pode gerar a grave consequência de impedi-las de participar da licitação.

Anoto, ademais, que a cláusula 2.4.do edital fixou critérios destinados a evitar a concentração do mercado nos serviços de telecomunicações licitados, ao estabelecer que cada empresa, suas controladas, controladoras ou coligadas, somente poderá ser vencedora, em cada região, para um grupo de seis pares de blocos de 1,75 MHz na faixa de 3,5 GHz e de dois pares de blocos de 7 MHz na faixa de 10,5 GHz e, assim, são pertinentes as seguintes observações do Juiz *a quo*: .

“Nesse cenário, cada Região (a Licitação dividiu o Brasil em três Regiões) terá necessariamente o mínimo de 4 (quatro) diferentes licitantes vencedores que concorrerão diretamente prestando o serviço licitado na mesma região na faixa de 10,5 GHz, podendo tal número, a depender da quantidade de interessados, chegar a 12 (doze) diferentes licitantes vencedoras prestando o mesmo serviço em competição direta”.

Dessa forma, afastada a possibilidade de concentração de mercado por regra específica contida no próprio edital, impedir a participação das filiadas da ora Agravada no certame, sob esse argumento, importa em cercear-lhes, de plano, qualquer possibilidade de pleitearem a exploração do serviço em questão, o que, a um primeiro exame, parece-me não ter qualquer justificativa plausível.

Observo, ademais, que as autorizações objeto da licitação serão outorgadas, aos seus vencedores *pelo prazo de 15 anos, prorrogável por igual período*

(cláusula 1.1 do edital). Destarte, a prevalecer a pretensão da ANATEL, as concessionárias do serviço de telefonia fixa comutado ficarão até trinta anos sem poderem sequer se candidatar, nas respectivas área de atuação, a explorar a nova e importante tecnologia conhecida como “*wimax*”, que permite o acesso remoto à rede mundial de computadores (*internet* sem fio), o que, *data venia*, não tem qualquer razoabilidade.

Ressalto, ainda, que, ao indeferir o pedido de liminar na Suspensão de Segurança 2006.01.00.032901-9/DF, requerida pela Anatel com a finalidade de sustar os efeitos da decisão ora agravada, a Presidente deste Tribunal destacou que a participação no procedimento licitatório das filiais da Abrafix atende ao interesse público, baseada nas seguintes razões, que adoto:

“Por outro lado, consulta ao interesse público o início da licitação com maior número de concorrentes, na busca do principal objetivo do certame, que é o de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Em se tratando de licitação de grande importância para o setor de telecomunicações brasileiro, envolvendo tecnologia nova, prejuízo maior ao interesse público haveria se, realizada a licitação em 04/09/2006, com a restrição do item 4.2.1 do Edital, posteriormente vier ela a ser anulada.”

Por fim, anoto que as propostas financeiras, inclusive as oferecidas pelas filiais da ora Agravadas, já foram apresentadas no dia 04/09/2006 e, assim, não vislumbro possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação a que esteja sujeita a ANATEL, caso seja a decisão revogada posteriormente, na hipótese de, concluída a licitação, ser constatada a ocorrência de concentração no mercado de telecomunicações.

À vista do exposto, indefiro o pedido de efeito suspensivo.

Intime-se a Agravada para, querendo, apresentar resposta (art. 527, V, do CPC).

Ressalto que, em sua contraminuta, a Agravada não trouxe nenhum elemento novo capaz de infirmar o entendimento adotado na decisão acima citada.

Em face do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Juiz Federal Moacir Ferreira Ramos:
— Senhor Presidente, verifico que o item 2 da sinopse apresentada pelo Relator é bastante esclarecedor e que

não há o risco dessa alegada concentração no mercado por parte dessas concessionárias no serviço de telefonia fixa. Assim, acompanho o Relator.

Sétima Turma

Apelação Cível

93.01.08769-3/GO

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves

Apelante: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama

Procuradora: Dra. Lúcia Fleury Veloso da Silveira

Apelada: Siderúrgica Cajuruense Ltda.

Advogados: Dr. Reginaldo Arédio Ferreira e outro

Publicação: DJ 2 de 09/02/2007

Ementa

Administrativo. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-Ibama. Políticas nacionais de meio ambiente. Execução. Determinações de caráter normativo. Portarias. Autorização legislativa expressa. Infrações. Multas. Aplicação. Legitimidade. Leis 6.938/1981 e 8.005/1990 e Decreto 99.274/1990. Contravenção penal. Competência privativa do juízo criminal.

I – Competindo ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, por meio de Portarias, a execução das políticas nacionais de meio ambiente e autuar e punir os infratores à legislação respectiva, nela incluídas suas determinações de caráter normativo, lídimas as multas aplicadas com espeque nestas, em face de expressa autorização legislativa, inserta nos arts. 14, I, da Lei 6.938/1981, 1º, 3º e 6º da Lei 8.005/1990, e 33 do Decreto 99.274/1990.

II – O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA não tem competência para aplicação de penalidades a condutas tipificadas em lei como contravenção penal, que só podem ser impostas por juízo criminal, obedecido o devido processo legal.

III – Apelação denegada.

IV – Sentença confirmada.

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 – 30/01/2007.

Desembargador Federal *Catão Alves*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Catão Alves*: –

1 – A *Siderúrgica Cajuruense Ltda.*, empresa qualificada nos autos, moveu *Ação Ordinária* ao *Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis* – Ibama, pretendendo invalidar Auto de Infração, emitido com espeque em Portaria editada pelo Réu, aos argumentos de que a atuação implica

violação do princípio da legalidade, uma vez que, sendo a Portaria ato administrativo, não pode impor nenhuma penalidade por falta de previsão legal, e de que, na hipótese de contravenção penal, compete ao Judiciário aplicá-la.

2 – Feita a citação, contestado e julgado procedente o pedido, a Ré, mediante recurso de Apelação regularmente respondido, pleiteia modificação da sentença que dirimiu a controvérsia.

3 - É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves: –

1 – Prescrevem os arts. 1º, 2º e 18 do Decreto-Lei 289/1967, 2º da Lei 7.732/1989, 1º, 2º e 4º da Lei 7.735/1989, 1º, 3º e 6º da Lei 8.005/1990, 14, I, da Lei 6.938/1981, 33 e 46 do Decreto 99.274/1990, e 18 e 25 do Decreto 1.282/1994:

Art. 1º – Fica criado o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF), entidade autárquica, integrante da administração descentralizada do Ministério da Agricultura dotado de personalidade jurídica própria, com sede e foro no Distrito Federal e jurisdição em todo o Território Nacional.

Art. 2º – O IBDF destina-se a formular a política florestal bem como a orientar, coordenar e executar ou fazer executar as medidas necessárias à utilização racional, à proteção e à conservação dos recursos naturais renováveis e ao desenvolvimento florestal do País, de conformidade com a legislação em vigor.

(...)

Art. 18º – A aplicação das penalidades será atribuição exclusiva do IBDF. (Grifei.)

(...)

Art. 2º – Fica também extinto o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal – IBDF, autarquia vinculada ao Ministério da Agricultura, transferindo-se suas atribuições, estrutura e patrimônio, bem assim os recursos financeiros e orçamentários para a Secretaria Especial do Meio Ambiente – Sema, do Ministério do Interior. (Grifei.)

Art. 1º – Ficam extintas:

I – a Secretaria Especial do Meio Ambiente – Sema, órgão subordinado ao Ministério do Interior, instituída pelo Decreto 73.030, de 30/10/1973; (Grifei.)

(...)

Art. 2º – É criado o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, entidade autárquica de regime especial, dotada de personalidade jurídica de direito público, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de executar as políticas nacionais de meio ambiente referentes às atribuições federais perma-

mentes relativas à preservação, à conservação e ao uso sustentável dos recursos ambientais e sua fiscalização e controle, bem como apoiar o Ministério do Meio Ambiente na execução das ações supletivas da União, de conformidade com a legislação em vigor e as diretrizes daquele Ministério. (Grifei.)

(...)

Art. 4º – O patrimônio, os recursos orçamentários, extra-orçamentários e financeiros, a competência, as atribuições, o pessoal, inclusive inativos e pensionistas, os cargos, funções e empregos da Superintendência da Borracha – Sudepe e da Secretaria Especial do Meio Ambiente – Sema são transferidos para o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, que os sucederá, ainda, nos direitos, créditos e obrigações, decorrentes de lei, ato administrativo ou contrato, inclusive nas respectivas receitas. (Grifei.)

Art. 1º – Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) a cobrança administrativa, a inscrição em dívida ativa e a execução judicial das taxas e das contribuições que lhe são devidas, bem assim das penalidades pecuniárias que impuser, no exercício das atribuições que lhe foram conferidas pelos arts. 2º e 4º da Lei 7.735, de 22/02/1989, e legislação posterior.

(...)

Art. 3º – As penalidades pecuniárias serão impostas mediante auto de infração, com o prazo de 15 dias para impugnação ou pagamento.

(...)

Art. 6º – O Presidente do Ibama baixará portaria disciplinando o procedimento administrativo para autuação, cobrança e inscrição na dívida ativa dos débitos a que se refere esta lei, assegurados o contraditório e o amplo direito de defesa. (Grifei.)

Art. 14 – Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não-cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

“1 – à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações do Tesouro Nacional – OTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios.”

Art. 33 – Constitui infração, para os efeitos deste decreto, toda ação ou omissão que importe na inobservância de preceitos nele estabelecidos ou “na

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Antônio Ezequiel da Silva e Luciano Tolentino Amaral.

desobediência às determinações de caráter normativo dos órgãos ou das autoridades administrativas competentes". (Grifei e destaquei.)

(...)

Art. 46 – Revogam-se os *Decretos* 88.351, de 01/06/1983, 89.532, de 06/04/1984, 91.305, de 03/06/1985, 91.630, de 28/11/1986, 94.085, de 10/03/1987, 94.764, de 11/08/1987, 94.998, de 05/10/1987, 96.150, de 13/06/1988, 97.558, de 07/03/1989, 97.802, de 05/06/1989, e 98.109, de 31/08/1989. (Grifei.)

Art. 18 – *Além das sanções administrativas previstas neste decreto*, o não cumprimento de quaisquer das operações ou exigências previstas nos arts. 15, 16 e 17 deste Decreto sujeitará o infrator às penalidades constantes no art. 14 da Lei 6.938, de 31/08/1981. (Grifei.)

(...)

Art. 25 – *O Ibama baixará os atos complementares necessários ao fiel cumprimento deste decreto e, em especial, dos arts. 3º, 5º, 8º, 9º, 11, 12, 14, 21 e 22.* (Grifei.)

2 – Verifica-se, pelo exame dos dispositivos legais e regulamentares transcritos no item anterior, que a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981) era desenvolvida pelo Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal, criado pelo Decreto-Lei 289/1967 (arts. 1º e 2º), a quem competia, também, aplicar as penalidades pelas transgressões da legislação ambiental (Decreto-Lei 289/1967, art. 18).

3 – Observa-se, também, pela leitura dos mesmos dispositivos, que, extinto o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal e transferidas *suas atribuições e competência* para a Secretaria Especial do Meio Ambiente – Sema (Lei 7.732, art. 2º) e, posteriormente, com a extinção desta, para o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, criado para executar as políticas nacionais de meio ambiente (Lei 7.735/1989, arts. 2º e 4º), para a nova autarquia foi transferida, também, a competência para aplicação de penalidades por infrações à legislação ambiental (Decreto-Lei 289/1967, art. 18), ratificado, posteriormente, pela Lei 8.005/1990, arts. 1º, 3º e 6º, pormenores que demonstram, à saciedade, a competência do órgão para aplicar multas.

4 – De outro lado, as penalidades por infrações à legislação ambiental têm *previsão legal* expressa, inserida no art. 14, I, da Lei 6.938/1981, que, ao remetê-las ao regulamento, deixa claro neste (Decreto 99.274/1990,

art. 3º), que também constitui infração à referida legislação “a desobediência às determinações de caráter normativo dos órgãos ou das autoridades administrativas competentes”, no caso, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, que as estabelece por meio de Portarias, forma de execução das políticas nacionais de meio ambiente, circunstância que afasta a incidência do art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988 na espécie, mesmo porque, o regulamento discutido é-lhe posterior (1990), expedido já sob a égide da atual Constituição Federal.

5 – E mais, a Lei 8.005/1990 autoriza, *expressamente*, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis a disciplinar em Portaria o procedimento administrativo para *atuação das infrações aludidas*, minudência que deixa sem suporte as impugnações do juízo de origem a essas Portarias.

6 – Nessa ordem de idéias, competindo ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, por meio de Portarias, a execução das políticas nacionais de meio ambiente e autuar e punir os infratores à legislação respectiva, nelas incluídas suas determinações de caráter normativo, lúdicas as multas aplicadas com espeque nestas, em face de expressa autorização legislativa, insere nos arts. 14, I, da Lei 6.938/1981, 1º, 3º e 6º da Lei 8.005/1990, e 33 do Decreto 99.274/1990.

7 – Quanto a condutas tipificadas em lei como contravenção penal, porém, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis não tem competência para aplicação de penalidades porque a punição dessas condutas somente pode ser imposta por juízo criminal, obedecido o devido processo legal.

8 – Outro não é o entendimento desta egrégia Turma:

Administrativo. Ibama. Auto de infração. Multa imposta por queimar material lenhoso sem autorização do Ibama, com base no art. 27 da Lei 4.771/1965, na Lei 9.605/1998, bem como na Portaria do Ibama 231/1988.

1. O art. 27 da Lei 4.771/1965 que proíbe o uso de fogo nas florestas e demais formas de vegetação não dá respaldo à multa aplicada ao apelado, pois descreve contravenção penal cuja punição é privativa do Poder Judiciário.

2. A mera referência à Lei 9.605/1998 sem indicação de qualquer artigo seu em que se amolde à conduta descrita no auto de infração não respalda a imposição de multa.

3. Entretanto, o inciso IV do art. 34 do Decreto 99.274/1990 combinado com o art. 14, I e IV, da Lei 6.938/1981 respaldam a multa imposta ao apelado, pelo ato de queimar material lenhoso sem autorização do Ibama, degradando o meio ambiente.

4. Apelação do Ibama e remessa oficial providas. (AMS 1999.39.00.007097-3/PA – Rel. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva – 7ª Turma – publicado no *D.J.* 23/9/2005 – p. 85.)

9 - Na espécie, nota-se, pelo exame do Auto de Infração impugnado, que ele foi lavrado com espedeque no art. 26, “i”, da Lei 4.771/1965, dispositivo que descreve condutas que tipificam contravenções penais. Logo, ilegítima a multa aplicada pelo ente administrativo.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso de Apelação, confirmando a sentença discutida.

É o meu voto.

Oitava Turma

Apelação Cível

2006.01.99.025384-7/GO

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

Apelante: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. José Luiz Gomes Rolo

Apeladas: Agropecuária Uruaçu e outro

Remetente: Juízo de Direito da 2ª Vara Cível e Fazendas Públicas da Comarca de Niquelândia/GO

Publicação: DJ 2 de 09/02/2007

Ementa

Execução fiscal. Processual Civil. Indeferimento da inicial. Certidão de Dívida Ativa subscrita por assinatura digitalizada. Possibilidade. Art. 2º, § 7º, Lei de Execução Fiscal c/c art. 25 da Lei 10.522/2004. Princípio da razoabilidade.

I – A presente sentença encontra-se sujeita ao reexame obrigatório, pois o valor, cuja condenação se pretende, excede a 60 salários-mínimos, conforme dispõe o art. 475 do CPC, na redação dada pela Lei 10.352/2001.

II – Necessidade do reexame, uma vez que, sendo cabível a remessa nos embargos, que visam desconstituir o título executivo, com reflexos no executivo fiscal, mais ainda na própria ação de execução fiscal, sentenciada desfavoravelmente à Fazenda Pública, ainda que sem julgamento do mérito.

III – Nos termos do art. 2º, § 7º, da Lei 6.830/1980 possibilitou-se o uso de processo eletrônico, para preparação da CDA, sem fazer distinção entre chancela eletrônica, assinaturas eletrônica ou digitalizada.

IV – Ainda que a Lei 10.522/2002 tenha se referido, tão-somente, a chancela mecânica ou eletrônica, permanecendo silente quanto à assinatura digitalizada, esta se encontra abrangida pela situação, em face do princípio da razoabilidade.

V – Os requisitos essenciais da CDA encontram-se elencados no art. 2º, § 5º, da Lei 6.830/1990, e no art. 202 do Código Tributário Nacional, e foram satisfatoriamente atendidos, razão pela qual há de ser provido o recurso de modo a determinar o regular processamento da execução, nos termos em que foi proposta.

VI – As irregularidades que não trazem prejuízos à defesa do executado não maculam a Certidão de Dívida Ativa. (Precedentes do STJ e desta Corte)

VII – Remessa oficial e apelação da Fazenda Nacional a que se dá provimento.

Acórdão

Decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, à unanimidade, dar provimento à apelação da Fazenda Nacional, e, por maioria, dar provimento à remessa oficial, nos termos do voto da Relatora.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 05/12/2006.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Trata-se de apelação interposta da sentença que extinguiu a execução fiscal, ajuizada pela Fazenda Nacional, e indeferiu a petição inicial, em razão de ausente o pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, nos termos do art. 267, I e IV, do Código de Processo Civil.

Entendeu o Magistrado *a quo* que a Fazenda Nacional, ao preparar a certidão da dívida ativa por processo eletrônico, fez confusão entre chancela eletrônica, assinatura eletrônica e assinatura digital, de modo a impor a nulidade da execução, por afronta a lei.

Irresignada, a Fazenda Nacional apela sustentando que o processo foi extinto sem oportunizar a emenda à inicial. Assim, consoante o disposto no art. 284 do CPC, argumenta que a emenda à inicial é direito subjetivo da parte autora e a não concessão de oportunidade para fazê-la acarreta em cerceamento da defesa de seu direito em Juízo.

Aduz, que a assinatura digital encontra amparo legal na Lei 6.830/1980 e que a Lei 10.522/2002 apenas reiterou a validade dos dispositivos que tratam da preparação das CDAs, por processo eletrônico.

Sustenta, ainda, que apenas o vício formal que prejudique o exercício de defesa do executado é capaz de nulificar a CDA.

Requer, ao final, a reforma da decisão recorrida para que seja dado prosseguimento ao feito executivo.

A parte apelada não foi intimada para apresentar contra-razões, certidão fl. 51.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — *Ab initio*, esclareço que a sentença *a quo* encontra-se sujeita ao reexame obrigatório, pois o valor, cuja condenação se pretende, excede a 60 salários-mínimos, conforme dispõe o art. 475 do CPC, na redação dada pela Lei 10.352/2001.

O Juízo *a quo*, entendendo que a assinatura digitalizada aposta na petição inicial — que no caso dos autos é a própria CDA — não encontra amparo legal e atenta contra o princípio da legalidade, concluiu que a petição inicial é inapta e por se tratar de matéria de ordem pública deve ser reconhecida, de ofício. Julgou extinto o processo, sem exame do mérito, nos termos do art. 267, I e IV, do Código de Processo Civil.

O deslinde da irresignação funda-se na análise da validade da assinatura digitalizada aposta na CDA.

Nos termos do art. 202 do CTN, o termo de inscrição da dívida ativa deve vir autenticado pela autoridade competente. Por sua vez, a autenticação restou regulada pela Lei 10.522/2002, no art. 25, ao dispor que a subscrição da certidão e da petição inicial pode ser por chancela mecânica ou eletrônica, nos seguintes termos:

Art. 25. O termo de inscrição em Dívida Ativa da União, a Certidão de Dívida Ativa dele extraída e a petição inicial em processo de execução fiscal poderão ser subscritos manualmente, *ou por chancela mecânica ou eletrônica*, observadas as disposições legais.

Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se, também, à inscrição em Dívida Ativa e à cobrança judicial da contribuição, multas e demais encargos previstos na legislação respectiva, relativos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Todavia, embora não tenha na referida Lei manifestação quanto à espécie “assinatura digital”, que *in casu*, encontra-se aposta na CDA, verifico que tal prática vem sendo comumente utilizada nas ações de execuções fiscais, pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

No tópico, entendo que não há afronta ao princípio da legalidade, conforme sustenta o Magistrado *a quo*. É bem verdade que toda a conduta da Administração Pública deve pautar-se na lei, que lhe serve de pressuposto necessário e indispensável para validade de seus atos.

Assim entendido, nos ensinamentos de Luciano Amaro, em matéria de legalidade tributária, *a lei deve esgotar, como preceito geral e abstrato, os dados necessários à identificação do fato gerador da obrigação tributária e à quantificação do tributo, sem que restem à autoridade poderes para, discricionariamente, determi-*

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Leomar Barros Amorim de Sousa e Carlos Fernando Mathias.

nar (quem) irá ou não pagar tributo, em face de determinada situação.

É o que verifico do teor do disposto no art. 2º, § 5º, da Lei de Execução Fiscal, quando elenca como requisitos indispensáveis à confecção da CDA, a lide ensejar nulidade, caso falem: o nome do devedor, o valor do débito e a modalidade de cálculo de juros e correção monetária, a natureza da dívida e a fundamentação legal de constituição do débito, os quais foram elaborados pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

Contudo, é a própria Lei 6.830/1980, ao tratar da formação do título executivo fiscal, que confere possibilidade ao Procurador Fazendário, no art. 2º, § 7º, para confeccionar a Certidão de Dívida Ativa por processo eletrônico, sem fazer qualquer distinção entre chancela eletrônica, assinatura eletrônica ou digitalizada:

Art. 2º (...)

§ 7º – O Termo de Inscrição e a Certidão de Dívida Ativa poderão ser preparados e numerados por processo manual, mecânico ou eletrônico.

Também, é o que observo na regra do art. 6º, da mesma Lei, ao dispor que a petição inicial dos executivos fiscais poderá se constituir na própria CDA, corroborando a utilização do processo eletrônico:

Art. 6º (...)

§ 2º – A petição inicial e a Certidão de Dívida Ativa poderão constituir um único documento, preparado inclusive por processo eletrônico.

Portanto, ainda que a Lei 10.522/2002 tenha se referido, tão-somente, a chancela mecânica ou eletrônica, permanecendo silente quanto à assinatura digitalizada, entendo que esta se encontra abrangida pela norma legal, em face do princípio da razoabilidade, posto que é desarrazoável e até incongruente excluí-la do processo eletrônico de formação da CDA, facultado às autoridades administrativas, a fim de agilizar a cobrança dos débitos fiscais, até pelo que, em nada desobedece aos requisitos formais exigidos para a formação do título executivo.

Coaduno meu entendimento com o consolidado pelo STJ, no julgamento do REsp 576676/SC, DJ 18/10/2004, da lavra do Ministro Franciulli Netto, que ora transcrevo:

Recurso especial. Alínea “a”. Execução fiscal. Certidão de dívida ativa subscrita por meio de chancela eletrônica. Possibilidade. Art. 25 da Lei

10.522/2002.

1. A teor do disposto no art. 25 da Lei 10.522, de 19/07/2002, fruto da conversão da Medida Provisória 2.095-76/2001, não há impeto a que a petição inicial da execução fiscal, que é a própria certidão de dívida ativa, seja subscrita por procedimento eletrônico.

2. *Os procedimentos utilizados pelas autoridades administrativas não podem ficar à margem dos avanços tecnológicos que contribuem para maior celeridade do sistema de cobrança dos débitos fiscais, o que não implica no desprezo aos requisitos formais exigidos para a formação do título executivo.*

3. Recurso Especial improvido.

(sem grifos no original)

Complementando, acrescento que em julgamento (AC 2006.01.99.025331-2/GO), ocorrido em 08/08/2006, por voto da lavra Desembargador Federal Leomar Amorim, esta Oitava Turma ao analisar a questão — ainda que por outros fundamentos — deu provimento à apelação da Fazenda Pública, determinando o retorno dos autos à origem, para o regular processamento da Ação de Execução Fiscal, nos seguintes termos:

Processo Civil. Execução fiscal. Petição inicial. Assinatura. Chancela eletrônica ou mecânica. Validade. Lei 6.830/1980 e Lei 10.552/2002. Remessa oficial: não conhecimento.

1. A execução fiscal extinta por indeferimento da peça inicial não está sujeita ao duplo grau de jurisdição.

2. A Lei 6.830/1980 disciplina que “a petição inicial e a Certidão de Dívida Ativa poderão constituir um único documento, preparado inclusive por processo eletrônico” (art. 6º, § 2º, LEF). Com o advento da Lei 10.522/2002, o seu art. 25 previu expressamente o uso de chancela mecânica ou eletrônica no termo de inscrição em dívida ativa da União, na Certidão de Dívida Ativa e na petição inicial em processo de execução fiscal. Validade da petição inicial subscrita manualmente, eletronicamente ou mecanicamente.

3. Apelação provida. Remessa oficial não conhecida.

Por fim, ainda que houvesse a irregularidade apontada no título executivo, a saber ausência de autenticação da autoridade competente, este não restaria maculado, uma vez que o referido vício não traz prejuízo à defesa do executado.

Nessa órbita, trago à colação os seguintes julgados:

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Embargos de devedor. Nulidade da Certidão de Dívida Ativa – CDA. Requisitos (ausência de indicação do co-responsável pelo débito tributário e de discriminação da dívida). Art. 2º, § 5º, da Lei 6.830/1980. Litigância de má-fé. Afastamento.

(...)

2 - Não há nulidade a viciar a CDA sob o aspecto de ausência de discriminação do débito, eis que, de acordo com o declarado na sentença, é possível o conhecimento da exação cobrada, tendo ensejado ao executado o exercício da ampla defesa. Eventuais falhas formais não afetam a validade do título se não redundarem prejuízos para a defesa.

(...)

(STJ - REsp 271584/PR (2000/0079994-7), Rel. Min. José Delgado, DJ de 05/02/2001, p. 80.)

Processo Civil. Execução fiscal. Cobrança de débito para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS. Certidão de Dívida Ativa. Requisitos. Art. 2º, § 5º e 6º, da Lei 6.830/1980. Inaplicabilidade do art. 202 do CTN.

1. Tratando-se de execução de débito para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, os requisitos da Certidão de Dívida Ativa são aqueles elencados no art. 2º, § 5º e 6º, da Lei 6.830/1980, não se aplicando o art. 202 do Código Tributário Nacional, dispositivo não mencionado no § 4º do art. 4º da citada lei, quando manda aplicar à dívida ativa da Fazenda Pública não tributária disposições daquele Código.

2. Os Tribunais pátrios vêm proferindo decisões no sentido de que não há nulidade a viciar a CDA, quando é possível o conhecimento, por parte do devedor, de elementos suficientes a possibilitar o exercício da ampla defesa.

3. As siglas “AM”, “TIAM”, “JM”, “TIJM” e “TIM”, no contexto em que usadas, ou seja, no bojo de uma certidão de dívida ativa, são de fácil compreensão, por qualquer contador, e, até, por leigos, não sendo, pois, suficientes para comprometer a validade do referido título.

4. Apelação provida. (TRF-1ª Região, AC 2001.33.00.018170-9/BA, Rel. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva, DJ/II de 19/12/2002, p. 21.)

Noutro giro, goza a CDA de presunção relativa de liquidez e certeza, não sendo obstado à executada sua confrontação.

Compulsando os autos, constato que a referida CDA encontra-se instruída conforme as determina-

ções acima enumeradas, razão pela qual não prospera a irregularidade apontada pelo Juízo monocrático.

Por isso, ao meu ver, não se configura a hipótese de aplicação da regra do art. 284 do Código de Processo Civil, e do art. 2º, § 8º, da LEF, a fim de oportunizar à exequente prazo para emendar a inicial, possibilitando que a CDA seja substituída até a decisão de primeira instância.

Ante o exposto, remessa oficial e dou provimento à apelação da Fazenda Nacional, determinando o regular prosseguimento da execução fiscal, nos termos em que proposta.

É como voto.

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias: — Pedi vista dos autos para melhor reflexão, diante de dois bem fundamentados votos, em parte, divergentes.

Feito o exame, concluo por acompanhar o voto da eminente relatora, dando provimento à apelação e à remessa.

É como voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim: — Dou provimento à apelação da Fazenda Nacional, mas não conheço da remessa.

Agravo de Instrumento

2007.01.00.001412-1/DF

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

Decisão: 1º/03/2007

Publicação: DJ 2 de 09/03/2007

Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela Transbrasiliana Transporte e Turismo Ltda., contra a decisão (fl. 122) que, em ação pelo rito ordinário (fls. 37/55), indeferiu o pedido de antecipação de tutela mediante o qual a autora pretendia que, na execução do serviço de transporte interestadual de passageiros, somente fosse obrigada a reservar, por veículo, duas vagas gratuitas, além dos assentos com 50% (cinquenta por cento) de desconto, após o advento de legislação que indicasse a fonte de custeio do novo benefício, daí devendo ser suspensos os efeitos dos autos de infração lavrados em seu desfavor pelo descumprimento do disposto no art. 40, I e II, da Lei 10.741/2003, além de ser proibida a lavratura de novas multas, penalidades ou restrições amparadas no mesmo fundamento (fl. 55).

Irresignada, a Agravante alega, em síntese, que a natureza assistencial do benefício previsto acarreta a necessidade da prévia indicação da fonte de custeio do novo encargo, que deve ser financiado por toda a sociedade, nos termos do que dispõe, a respeito, a Constituição Federal, bem como do que já fora decidido em precedentes que indica, oriundos do Superior Tribunal de Justiça (fls. 5/30).

Verifico que a Transbrasiliana Transporte e Turismo Ltda. tivera diversos autos de infração lavrados em seu desfavor (fls. 76/79 e 126/130) por haver se recusado a emitir bilhetes de viagem a idosos em cumprimento ao disposto no art. 40, I e II, da Lei 10.741/2003. Daí, o ajuizamento de ação pelo rito ordinário, sustentando a natureza assistencial do benefício em análise e argumentando que não seria lícito transferir-lhe exclusivamente o encargo do correspondente ônus, haja vista que a criação de benefícios securitários (Constituição Federal, art. 195, § 5º) ou tarifários (Lei 9.074/1995, art. 35) deve ser precedida da previsão legal da origem dos recursos, sob pena de ser gravemente afetado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público celebrado com a Administração; e que, como a seguridade social, nos termos do art. 195, § 5º, da CF, deve ser financiada por toda a sociedade, eventual elevação da tarifa iria afrontar a universalidade contributiva constitucionalmente prevista, onerando indevidamente os consumidores do transporte rodoviário (fls. 33/55).

Assim postos os fatos, entendo relevantes os fundamentos da decisão agravada.

O Decreto 5.934, de 18/10/2006, ao ensejo de estabelecer mecanismos e critérios a serem adotados na aplicação do disposto no art. 40 da Lei 10.741/2003, determinou, em seu art. 3º, *caput*, fossem reservadas duas vagas gratuitas em cada veículo a idoso com renda igual ou inferior a dois salários mínimos nos serviços de transporte interestadual de passageiros; e, no art. 4º, *caput*, que, aos idosos que apresentem a mesma condição de renda, os demais assentos do veículo devem ser oferecidos com desconto mínimo de 50% (cinquenta por cento). Em seu art. 9º, o Decreto 5.934/2006 dispôs que “disponibilizado o benefício tarifário, a ANTT, a ANTAQ e o concessionário ou permissionário adotarão as providências cabíveis para o atendimento ao disposto no *caput* do art. 35 da Lei 9.074, de 07/07/1995”, estabelecendo o parágrafo único que a concessionária ou permissionária deverá apresentar a documentação necessária para a comprovação do impacto do benefício no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, observados os termos da legislação aplicável.”

Logo em seguida, a Agência Nacional de Transportes Terrestres editou a Resolução 1.692, de 24/10/2006, em cujo art. 8º, *caput*, foi prevista a edição de outra Resolução, especificamente para estabelecer a revisão da planilha tarifária destinada a recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, caso o benefício concedido aos idosos resulte comprovadamente em desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Estabeleceu o parágrafo único do referido artigo que “cabe à empresa permissionária apresentar documentação que comprove o impacto

econômico-financeiro decorrente dos descontos concedidos conforme previsão constante do art. 3º desta Resolução, com a finalidade de possibilitar a recomposição do equilíbrio econômico, se for o caso.” É, ainda, previsto no art. 7º da Resolução 1.692/2006, em cumprimento ao que já constava do art. 5º, § 2º, do Decreto 5.934 que “as empresas prestadoras dos serviços deverão, trimestralmente, informar à ANTT a movimentação mensal de usuários titulares do benefício, por seção e por tipo de benefício”.

Assim postos os autos, considero, em exame compatível com a fase de antecipação de tutela, que o benefício em questão, embora seja uma das variadas e possíveis formas de assistência social aos idosos, é disciplinado pelos princípios constitucionais e legais que regem a concessão de serviços públicos (CF, art. 175, e Lei 9.074/1995, art. 35), não se tratando de matéria regulada diretamente pelo art. 195, § 5º, da CF. Assim, o número de idosos beneficiados, os trajetos por eles utilizados, o custo acrescido do serviço, o valor da tarifa e a margem de lucro da concessionária não podem deixar de ser considerados, para que se verifique o real impacto econômico do benefício, elementos esses cuja alteração em função da implantação do benefício previsto na Lei 10.741/2003 não poderiam mesmo ser estimados antes de decorrido prazo razoável de sua efetivação. Por isso, tanto o decreto regulamentar quando a resolução da ANTT estabeleceram que as concessionárias e permissionárias deverão informar, periodicamente, a movimentação mensal de usuários titulares do benefício, por seção e por tipo de benefício, prevendo a edição posterior de nova resolução para disciplinar a adequação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e permissão.

É inegável que o benefício acarretará aumento dos custos da concessionária, mas em que proporção não há, em um primeiro momento, como se saber. Isso porque não é regra que os ônibus interestaduais trafeguem com capacidade plena preenchida. Também não é correto afirmar que todas as passagens de ônibus vendidas a idosos com o desconto lhes seriam vendidas com o preço integral, pois alguns deles somente viajam graças ao desconto.

Ademais, não fez a Agravante prova inequívoca, imprescindível ao deferimento da antecipação de tutela (CPC, art. 273), de que o transporte gratuito de dois idosos e a concessão de descontos aos demais lhe ensejaria prejuízos tão graves a ponto de representar risco ao equilíbrio econômico-financeiro do seu contrato de concessão.

Ainda que assim não fosse, caso seja mesmo comprovada a existência de prejuízos, nada obsta a que seja revista a política tarifária pelo poder concedente, para fins de se recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato em análise — legítima prerrogativa que, entretanto, não lhe faculta o descumprimento de norma legal regularmente emanada e destinada a se aplicar a todo o setor de transportes interestaduais.

Ressalto que o art. 40 da Lei 10.741/2003, ao fazer menção à legislação específica, não está se referindo à lei em sentido formal, bastando, para sua aplicabilidade, a expedição de decreto, o que já foi feito pelo Poder Executivo (cf. Decretos 5130/2004, 5.155/2004 e 5.934/2006).

Registro, por fim, que a Agência Nacional de Transportes Terrestres requereu no Supremo Tribunal Federal a suspensão da execução da medida liminar concedida pelo relator do Mandado de Segurança 2006.01.00.043354-2, em trâmite nesta Corte, a qual desobrigava a Associação Brasileira das Empresas de Transportes Terrestres de Passageiros – Abrati de implementar os benefícios previstos no art. 40 da Lei 10.741/2003. Da decisão proferida na mencionada Suspensão de Segurança — que recebeu o número 3.052 — transcrevo os seguintes parágrafos, que fundamentaram o deferimento do pedido da ANTT pelo Ministro Gilmar Mendes:

Não há dúvida, ademais, de que negar em sede cautelar aos idosos o benefício conferido pela lei questionada afigurar-se-ia sumamente injusto e, por que não dizê-lo, flagrantemente desproporcional.

Suposto prejuízo ou desequilíbrio de custos na equação da prestação dos serviços concedidos pode ser eventualmente superado, a partir da atuação da própria Administração, ou desta em conjunto com as prestadoras do serviço. Talvez esse assunto possua maior relevo que a própria controvérsia desenvolvida em torno do art. 195, § 5º, da Constituição.

Assim, dada a natureza do interesse que se pretende proteger, verifico que se encontra devidamente demonstrada a grave lesão à ordem pública, considerada a perspectiva da ordem jurídico-constitucional, ante o dever e a necessidade de concretização dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República, notadamente o dever de o Estado amparar o idoso economicamente hipossuficiente.

Tal o contexto, não considero razoável que a Agravante pudesse, com base na liminar pleiteada, valer-se do mesmo benefício que fora vedado à maior parte de suas concorrentes.

Em face do exposto, nego seguimento ao agravo de instrumento (CPC, art. 557, *caput*). Publique-se. Não havendo recurso, baixem os autos à origem.

Brasília, 1º de março de 2007.

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*, Relatora.

Agravo de Instrumento

2007.01.00.002706-0/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

Decisão: 05/02/2007

Publicação: DJ 2 de 23/02/2007

Decisão

Agravo contra liminar em mandado de segurança suspendendo mandado de procedimento fiscal extensivo (Irrpf por omissão de receita). Movimentação financeira incompatível com declaração do IRPF. LC 105/2001 (quebra de sigilo): norma procedimental de aplicação imediata. Agravo provido monocraticamente.

I – Por agravo protocolizado em 26/01/2007 (protocolo descentralizado SJ/MG), recebido em Gabinete em 01/02/2006, 10h, a agravante pede, com efeito suspensivo, a reforma da liminar datada de 12/12/2006 (f. 133/5) que o MM. Juiz Federal Lelis Gonçalves Souza, da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Uberaba/MG, concedeu nos autos do MS 2006.38.02.005426-5, impetrado pelos agravados em 13/11/2006 contra ato atribuído ao Delegado da Receita Federal em Uberaba/MG, objetivando anular o Mandado de Procedimento Fiscal 0610500/00179/2006, em que requisitadas informações à Caixa Econômica Federal sobre a movimentação financeira da conta corrente dos impetrantes. S. Exa. suspendeu a tramitação do MPF, ao fundamento de que, *mesmo que haja indícios concretos da prática de ilícito contra a ordem tributária, em face dos quais se apura eventual prejuízo ao erário público, não se legitima a quebra administrativa de sigilo bancário. Mister a prévia autorização judicial.*

II – A agravante alega que o art. 11 da Lei 9.311/1996, com a redação dada pela Lei 10.174, de 10/01/2001, c/c Lei Complementar 105/2001, autoriza a requisição pelo fisco de informações sobre movimentação financeira para a constituição de crédito tributário.

III – A concessão de liminar em mandado de segurança é gizada pelos requisitos do art. 7º, II, da Lei 1.533/1951, que se exigem concomitantes.

IV – Ao que se vê, a requisição de informações feita pelo fisco diretamente à CEF foi antecedida por “Termo de Início de Fiscalização” para que esclarecidos os indícios de omissão de receita (intimando-se, mais de uma vez, a agravada Bruna Gonçalves de Souza), garantindo-se amplo contraditório, inclusive com prazo para apresentação de documentos (que, mesmo assim, não foram apresentados). Não justificada a diferença entre os valores constantes da sua declaração de imposto de renda (declaração de isenta) e os vultosos valores (R\$8.105.141,89) que transitaram em sua conta corrente no ano de 2003, admissível a requisição de informações à entidade financeira.

V – Esta, a jurisprudência do STJ:

(...) sigilo bancário. Utilização de informações de movimentações financeiras pelas autoridades fazendárias. (...) possibilidade. Precedentes do STJ. (...)

1. O entendimento desta Corte Superior é de que a utilização de informações financeiras pelas autoridades fazendárias não viola o sigilo de dados bancários, em face do que dispõe não só o Código Tributário Nacional (art. 144, § 1º), mas também a Lei 9.311/1996 (art. 11, § 3º, com a redação introduzida pela Lei 10.174/2001) e a Lei Complementar 105/2001 (arts. 5º e 6º), inclusive podendo ser efetuada em relação a períodos anteriores à vigência das referidas leis.

2. Nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp 608.053/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 04/09/2006; AgRg no REsp 726.778/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 13/03/2006, p. 213; REsp 645.371/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 13/03/2006, p. 260; AgRg no REsp 700.789/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 19/12/2005, p. 238; REsp 691.601/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 21/11/2005, p. 190.

3. Recurso especial provido. (REsp 529.468/SC, Rel. Min. Denise Arruda, T1, ac. un, DJ 30.11.2006, p. 149).

(...) sigilo bancário. LC 105/2001 e Lei 10.174/2001. Uso de dados de movimentações financeiras pelas autoridades fazendárias. Possibilidade. Condições. (...) precedentes.

1. A Lei 9.311/1996 ampliou as hipóteses de prestação de informações bancárias (até então restritas – art. 38 da Lei 4.595/1964; art. 197, II, do CTN; art. 8º da Lei 8.021/1990), permitindo sua utilização pelo Fisco para fins de tributação,

fiscalização e arrecadação da CPMF (art. 11), bem como para instauração de procedimentos fiscalizatórios relativos a qualquer outro tributo (art. 11, § 3º, com a redação da Lei 10.174/2001).

2. Também a Lei Complementar 105/2001, ao estabelecer normas gerais sobre o dever de sigilo bancário, permitiu, sob certas condições, o acesso e utilização, pelas autoridades da administração tributária, a documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras” (arts. 5º e 6º).

3. Está assentado na jurisprudência do STJ que “a exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência” e que “inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal” (REsp 685.708/ES, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, *DJ* de 20/06/2005. No mesmo sentido: REsp 628.116/PR, 2ª Turma, Min. Castro Meira, *DJ* de 03/10/2005; AgRg no REsp 669.157/PE, 1ª Turma, Min. Francisco Falcão, *DJ* de 01/07/2005; REsp 691.601/SC, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, *DJ* de 21/11/2005).

(...) (AgRg no REsp 513.540/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, T1, ac. un, *DJ* 06/03/2006, p. 164)

VI – De resto, se os agravados movimentaram por suas contas correntes altos valores sem a contrapartida da tributação, que se justifique perante o fisco, não constituindo a espécie de “quebra de sigilo”, que não pode ser invocado como “escudo” para se escusarem do dever legal inerente a todo e qualquer contribuinte.

VII – Pelo exposto, dou provimento ao agravo (art. 557, § 1º-A, do CPC) para cassar a liminar.

VIII – Comunique-se.

IX – Publique-se. Intime-se. Oportunamente, baixem e arquivem-se.

Brasília, 5 de fevereiro de 2007.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, Relator.

Agravo de Instrumento

2007.01.00.002977-6/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

Decisão: 02/02/2007

Publicação: DJ 2 de 09/02/2007

Decisão

Agravo contra indeferimento de liminar em mandado de segurança para suspender a exigibilidade tributária (IPI e II) sobre equipamento médico (ventilador para terapia intensiva) adquirido por entidade de assistência social. Requisitos legais atendidos ("CNAS" + art. 14 do CTN). A imunidade (art. 150, VI, "c", da CF/1988) não se restringe aos impostos sobre patrimônio, renda e serviços: precedente do STF. Agravo parcialmente provido monocraticamente.

I – Por agravo protocolizado em 1º/02/2007, recebido em Gabinete em 02/02/2007, 9h, a agravante pede, com efeito suspensivo, a reforma da decisão datada de 26/01/2007 (f. 23/4), do MM. Juiz Federal Substituto Márcio José de Aguiar Barbosa, da 10ª Vara/MG, que, nos autos do MS 2007.38.00.002223-7, que impetrou em 25/01/2007 contra ato atribuído ao Inspetor da Receita Federal no Aeroporto Internacional de Confins/MG, objetivando afastar a exigência de recolhimento de II e IPI para o desembaraço de equipamento médico (ventilador para terapia intensiva) e da comprovação de recolhimento integral do ICMS para sua entrega à agravante, indeferiu a liminar, ao fundamento de que “caso se admitisse que a importação de bens comuns, que têm fabricantes nacionais, estivesse isenta ou imune de tais exações, estar-se-ia criando uma hipótese de descompensação do equilíbrio competitivo entre os produtores nacionais (que pagam os impostos nacionais sobre o valor agregado) e os internacionais (que não pagam os impostos nacionais sobre o valor agregado), equilíbrio que se busca restaurar com a incidência desses tributos no desembaraço aduaneiro”.

II – A agravante aduz que, possuindo imunidade constitucional (detentora do CEBAS), não lhe podem ser exigidas tais exações na importação de equipamento destinado a sua atividade finalística.

III – A CF/1988 assim preceitua:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI – instituir impostos sobre:

(...)

c) patrimônio, renda ou serviços (...) das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

(...)

§ 4º – As vedações expressas no inciso VI, alíneas “b” e “c”, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

IV – Este, o precedente do STF:

Agravo regimental em agravo de instrumento. Imunidade tributária. Imposto sobre produtos industrializados e imposto de importação. Entidade de assistência social.

I – A imunidade prevista no artigo 150, VI, “c” da Constituição Federal, em favor das instituições de assistência social, abrange o Imposto de Importação e o Imposto sobre Produtos Industrializados, que incidem sobre bens a serem utilizados na prestação de seus serviços específicos. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 378.454/SP, STF, T2, un., Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJ 29/11/2002, p. 31)

V – O equipamento importado tem estreita relação com os objetivos sociais da impetrada, associação civil de fins beneficentes de atendimento hospitalar. Ademais, constando em seus estatutos (art. 2º, IV) que não remunera-

rá diretores e não distribuirá, sob nenhuma forma, lucros, vantagens ou bonificações, satisfeitas estão as exigências do CTN:

Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

II – aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III – manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

(...)

§ 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

VI – Atendidos os requisitos legais (possuidora do CEBAS – f. 62) e constitucionais quanto ao caráter assistencial da entidade e de sua imunidade, e sinalizando o STF que a operação é, em si, imune, não soa razoável exigir-se que a inexigibilidade tributária fique condicionada a requisitos legais (extravagantes), tais como a inexistência de similar nacional.

VII – De outra banda, quando à pretensão de afastar a exigência alfandegária de comprovação do recolhimento de ICMS para a liberação do equipamento, tenho que, no ponto, a impetrante poderá (deverá) demonstrar a regularidade de sua situação perante o fisco estadual, o que será suficiente para a liberação do equipamento após seu desembaraço alfandegário.

VIII – Pelo exposto, dou provimento, em parte, ao agravo (art. 557, § 1º-A, do CPC) para conceder a liminar, determinando o desembaraço aduaneiro do equipamento importado pela agravante (ventilador para terapia intensiva), independentemente do recolhimento do II e IPI, comprovando a impetrante a regularidade da sua situação fiscal estadual.

IX – Comunique-se.

X – Publique-se. Intime-se. Oportunamente, baixem e arquivem-se.

Brasília, 02 de fevereiro de 2007.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, Relator.

Agravo de Instrumento

2007.01.00.004716-4/DF

Relator: O Exmo. Sr.Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

Decisão: 12/02/2007

Publicação: DJ 2 de 23/02/2007

Decisão

Agravo contra indeferimento de liminar em mandado de segurança para suspender a exigibilidade da contribuição previdenciária sobre pagamentos a empregados a título de férias (incluído o adicional de 1/3), salário-maternidade e nos quinze primeiros dias de afastamento do serviço, anteriores à concessão de auxílio-doença e auxílio-acidente. Efeito suspensivo ativo negado.

I – Por agravo protocolizado em 09/02/2007, recebido em Gabinete em 12/02/2007, 10h, as agravantes pedem, com efeito suspensivo ativo, a reforma da decisão datada de 06/11/2006 (f. 339/41), da MM. Juíza Federal Substituta Candice Lavocat Galvão Jobim, da 2ª Vara/DF, que, nos autos do MS 2006.34.00.033419-2, que impetraram em 01/11/2006 contra ato atribuído ao Secretário da Receita Previdenciária, objetivando afastar, por entender não caracterizada a contraprestação laboral, a contribuição previdenciária sobre pagamentos relativos: a) aos quinze primeiros dias de afastamento para tratamento médico (antes do auxílio-doença e/ou auxílio-acidente); b) às férias (com adicional de 1/3); c) ao salário-maternidade; e d) ao vale-transporte em pecúnia, lhes indeferiu a liminar suspensão da exigibilidade do crédito previdenciário ao fundamento de que “(...) não há perigo de ineficácia da medida, caso seja concedida ao final, pois a eventual ulterior compensação dos valores recolhidos a título da referida contribuição, capaz de reparar o dano das impetrantes, em caso de provimento da medida, não restará prejudicada”.

II – As agravantes, alegando que a contribuição previdenciária tem como fato gerador “a prestação de serviços remunerados pelos segurados”, reiteram a liminar.

III – O art. 195, I, da CF/1988 (com redação da EC 20/1998) preceitua:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (grifei).

IV – A hipótese de incidência da contribuição previdenciária também constante do art. 22 da Lei 8.212/1991 não é, de rigor, “prestação de serviços remunerados pelos segurados”, como alegam, equivocadamente, as agravantes. É sim, a “folha de salários” da empresa, sendo bastante que se fique “a disposição do empregador” (ainda que sem prestação de serviços!):

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I – vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, (grifei) nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa.

V – O art. 28, §9º, da Lei 8.212/1991, explicita que salário-maternidade e vale-transporte (pago em pecúnia) integram o salário-contribuição para fins da contribuição previdenciária:

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

(....)

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente:

a) os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, salvo o salário-maternidade

(...)

e) as importâncias:

(...)

f) a parcela recebida a título de *vale-transporte, na forma da legislação própria* (grifei).

VI – O art. 28, §9º, da Lei de Custeio elenca 22 exclusivas hipóteses (rol taxativo) que “não integram o salário-de-contribuição”, não incluindo entre tais hipóteses os quinze primeiros dias de afastamento do serviço, anteriores à concessão de auxílio-doença e/ou auxílio-acidente, apontados pelas agravantes. O auxílio-doença e o auxílio-acidente são benefícios (art. 61 da Lei 8.213/1991), concedidos pelo INSS (pagos não pelo empregador!). O período que os antecede (quinze dias) é remunerado pela empresa e, qualquer seja sua natureza jurídica, compõe o salário-contribuição, por, insisto, ausência de sua exclusão no art. 28, §9º, da Lei 8.212/1991 (o Poder Judiciário não tem competência legislativa).

VII – Diz a jurisprudência do STJ:

(...) contribuição previdenciária dos empregadores. Arts. 22 e 28 da lei 8.212/1991. Salário. Salário-maternidade. Décimo-terceiro salário. Adicionais de hora-extra, trabalho noturno, insalubridade e periculosidade. Natureza salarial para fim de inclusão na base de cálculo da contribuição previdenciária prevista no art. 195, I, da CF/1988. Súmula 207 do STF. Enunciado 60 do TST.

1. A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme no sentido de que a contribuição previdenciária incide sobre o total das remunerações pagas aos empregados, inclusive sobre o 13º salário e o salário-maternidade (Súmula 207/STF).

2. Os adicionais noturno, hora-extra, insalubridade e periculosidade possuem caráter salarial. Iterativos precedentes do TST (Enunciado 60).

(...) 4. O legislador ordinário, ao editar a Lei 8.212/1991, enumera no art. 28, § 9º, quais as verbas que não fazem parte do salário-de-contribuição do empregado, e, em tal rol, não se encontra a previsão de exclusão dos adicionais de hora-extra, noturno, de periculosidade e de insalubridade. (STJ, REsp 486697/PR, Rel. Min. Denise Arruda, T1, ac. un., DJ 17/12/2004, p. 420).

VIII – Em tema de interpretação legislativa, notadamente tributária, atividade plenamente vinculada e de legalidade estrita, as exceções legais não comportam interpretação extensiva. Lembro que, se “o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei” (CTN, art. 108, § 1º), “o emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido” (CTN, art. 108, §2º).

IX – Tanto basta para ficar caracterizada a não concorrência dos requisitos do art. 7º, II, da Lei 1.533/1951.

X – Pelo exposto, nego o efeito suspensivo ativo.

XI – Comunique-se e solicitem-se informações.

XII – Ao agravado, para resposta.

XIII – Publique-se. Após os prazos dos itens 11 e 12, voltem-me.

Brasília, 12 de fevereiro de 2007.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, Relator.

Agravo de Instrumento

2006.01.00.028644-1/AM

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva

Decisão: 29/01/2007

Publicação: DJ 2 de 09/02/2007

Decisão

I – Insurge-se a agravante contra decisão que, em mandado de segurança, indeferiu liminar que visava à suspensão de qualquer vedação na circulação dos veículos de sua propriedade, entre os Estados do Brasil, sob pena de ofensa aos arts. 1º, IV, 5º, XV e XXXVI, e 170, todos da Constituição Federal.

II – Alega ser empresa do ramo de transportes de cargas interestaduais de âmbito nacional, contribuindo substancialmente para o desenvolvimento da Amazônia, uma vez que o serviço de transporte que exerce é realizado do Pólo Industrial de Manaus para Região Sul do país, tendo se cadastrado na Suframa, que, para viabilizar o crescimento sócio-econômico regional e consolidar o referido Pólo Industrial, criou incentivos fiscais para fortalecer as atividades do comércio de mercadorias estrangeiras, nacionais e regionais, tais como os incentivos fiscais de isenção de IPI, benefício esse que, no entanto, não pode ser usufruído, uma vez que, ao adquirir seus caminhões, o CRV – Certificado de Registro de Veículo – contém a seguinte observação “proibido de sair da Amazônia Ocidental até ... 3 anos” (fl. 05), que está lhe causando prejuízos de grande monta, uma vez que, quando o ponto de partida ou de chegada é a Amazônia, a Polícia Rodoviária Federal exige a comprovação do recolhimento do IPI, e são cerca de 70 (setenta) carretas de sua propriedade que se enquadram nessa situação.

III – Ressalta que o cadastro junto à Suframa não lhe deu nenhuma vantagem, uma vez que, antes do referido cadastro, a observação constante no documento era: “proibido transferir para fora da Amazônia Ocidental até ... 3 anos” (fl. 05).

IV – Assevera que não haveria razão de adquirir os veículos na região se, no final, impera a obrigação do pagamento do imposto, tanto mais que o art. 9º do Decreto-Lei 288, de 28/02/1967, alterado pelo Decreto-Lei 61.244/1967, na redação da Lei 8.387, de 30/12/1991, dispõe que “estão isentas do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) todas as mercadorias produzidas na Zona Franca de Manaus, quer se destinem ao seu consumo interno, quer à comercialização em qualquer ponto do Território Nacional”. Assim, se a lei não veda a saída de mercadoria, não há que falar, no caso, em recolhimento do IPI para que seus veículos trafeguem fora da Amazônia Ocidental, sob pena de impedir o desenvolvimento das suas atividades, uma vez que referidos veículos foram adquiridos em razão das atividades que exerce (bem móvel que se enquadra no ativo fixo da empresa), bem assim de impedir o crescimento e desenvolvimento da região, contrariando, assim, os objetivos da Suframa, os fins colimados pelos Decretos-Lei 288/1967 e 4.544/2002 e o art. 170 da Constituição Federal.

V – Aduz que não se enquadra na qualidade de contribuinte de IPI (importador ou equiparado; o industrial ou equiparado; comerciante de produtos; o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados), e, ao comprar veículo (carreta), único meio de realizar a sua atividade, o fez com o incentivo fiscal.

VI – Assim, requer a antecipação da pretensão recursal, para que seja ela autorizada a sair e entrar da Amazônia Ocidental sem o recolhimento do IPI.

Isso posto, decido.

VII – Não vislumbro relevância jurídica na pretensão da agravante. Com efeito, pretende ela a concessão de liminar em mandado de segurança, que lhe foi denegada na primeira instância, para fim de afastar restrição que estaria sendo imposta pelo Detran-AM, ao apor, nos CRVs dos veículos de carga de sua propriedade, a anotação: “proibido de sair da Amazônia Ocidental até ... 3 anos”.

VIII – Ocorre, porém, que, a par de não fazer prova desse fato, mediante a juntada de cópia de um CRV sequer, também não comprova sua alegação de que, antes de cadastrar-se na Suframa, os seus veículos recebiam apenas a restrição “proibido transferir para fora da Amazônia Ocidental até ... 3 anos”.

IX – De outro lado, tratando-se de mandado de segurança, ação que reclama a prova pré-constituída e inequívoca do direito alegado, vê-se que a agravante invoca os arts. 1º, IV, 5º, XV e XXXVI, e 170, todos da CF/1988, quando o primeiro deles é disposição genérica e programática; o art. 5º, XV, admite restrições “nos termos da lei”, ao passo que o inciso XXXVI assegura a garantia do direito adquirido, o que não dispensa o interessado de demonstrar, no caso concreto, qual a norma que lhe atribui o direito pretendido. Já o art. 170 estatui os princípios gerais que informam a ordem econômica no Brasil.

X – Invoca, ainda, a agravante, o art. 9º do Decreto-Lei 288/1967, que trata da isenção do IPI para “todas as mercadorias produzidas na Zona Franca de Manaus” (o que não é o seu caso), e os arts. 69, III, 71 e 82 do Decreto 4.544/2002 (Regulamento do IPI), o primeiro dos quais trata de isenção aos “produtos nacionais entrados na ZFM, para seu consumo interno, utilização ou industrialização, ou ainda, para serem remetidos, por intermédio de seus entrepostos, à Amazônia Ocidental” (o que não respalda a pretensão de uso desses bens fora da ZFM e da Amazônia Ocidental); já o art. 71 trata da suspensão do IPI nos casos de “remessa dos produtos para a ZFM ...”, o que não é o caso dos autos. Por fim, o art. 82 do mesmo Decreto trata da isenção do IPI para “os produtos nacionais consumidos ou utilizados na Amazônia Ocidental, desde que sejam ali industrializados por estabelecimentos com projetos aprovados pelo Conselho de Administração da Suframa, ou adquiridos através da ZFM ou de seus entrepostos na referida região, ...”, o que também não é o caso dos autos.

XI – Ressalto, por fim, que os precedentes judiciais invocados são do tempo em que vigorava o art. 6º do Decreto 63.871, de 20/12/1968, que estabelecia que “Os bens e mercadorias que gozarem dos benefícios previstos neste Decreto não poderão ser alienados ou transferidos, a qualquer título, para fora da Amazônia Ocidental”, disposição que, ao meu ver, já não subsiste, diante da norma posterior e expressa constante do art. 75 do Decreto 4.544, de 26/12/2002, que, ao prever que os veículos nacionais e estrangeiros ingressados na ZFM com os incentivos fiscais poderão ter sua saída temporária autorizada, por 90 dias, exclui dessa possibilidade os veículos de transporte coletivo e os de transporte de carga (parágrafo único).

XII – Isso posto, denego a antecipação da pretensão recursal.

XIII – Intime-se o agravado para oferecer contraminuta.

XIV – Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de janeiro 2007.

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel*, Relator.

Processo

2007.36.00.700102-0/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Paulo César Alves Sodré

Recorrente: Terezinha Maria da Silva

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Publicação: DJ de 28/02/2007

Ementa

Previdenciário. Aposentadoria por tempo de serviço. Ausência de intimação da parte autora. Inocorrência.

I – Tendo em vista a ausência da parte autora em audiência de instrução e julgamento, embora regularmente intimada na pessoa de sua advogada, correta a sentença que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, tendo por base o que dispõe o art. 51 da Lei 9.099/1995: “Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei: I – quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo.”

II – Recurso improvido.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Exmo. Senhor Juiz Relator.

Turma Recursal, Juizado Especial Federal/SJMT – 23/02/2007.

Juiz Federal *Paulo César Alves Sodré*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Paulo César Alves Sodré: — Terezinha Maria da Silva recorreu de sentença que extinguiu o processo sem análise do mérito, sob o argumento de que a autora não compareceu à audiência de instrução e julgamento, em demanda ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS em que se postulou pedido de reconhecimento de tempo de serviço para fins de aposentadoria. Alega a recorrente não ter sido intimada pessoalmente para o ato.

Regularmente intimado, o Recorrido não ofereceu as contra-razões conforme consta à fls. 89.

É o relatório .

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Paulo César Alves Sodré: — O recurso não merece provimento.

Inicialmente cumpre observar que dentre os princípios ou critérios que orientam os Juizados Especiais Federais, estão o da celeridade, da economia processual e da informalidade (art. 2º da Lei 9.099/1995), de forma a evitar a morosa tramitação de processos, cujas décadas demonstram o grande prejuízo causado à sociedade.

Partindo da noção de instrumentalidade das formas, importa perquirir no caso que a autora, na pessoa de sua advogada, foi intimada, via telefone de n. 9282-9082, da audiência de instrução e julgamento designada para o dia 02/02/2006. No entanto, conforme certidão constante às fls. 58, nem a autora, nem sua advogada (Dra. Flávia Petersen Moretti), compareceram.

Tal fato, por si só, ensejaria a extinção do processo nos termos do artigo 51, inciso I, da Lei 9.099/1995, *in verbis*:

Art. 51. Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei:

I – quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo.

Não se aplica ao caso a alegação de que o meio utilizado nos autos para a intimação da advogada da autora (telefone celular) não está prevista na lei processual civil. O art. 19 da Lei 9.099/1995 expressamente dispõe:

Art. 19. As intimações serão feitas na forma prevista para citação, ou por qualquer outro meio idôneo de comunicação.

Importante salientar também que a certidão da OAB carreada aos autos informa que tanto o número 65-9282-9082 quanto o 65-8112-9729 pertencem à advogada da autora. Ademais, dispõe o art. 8º, § 1º, da Lei 10.259/2001:

Art. 8º As partes serão intimadas da sentença, quando não proferida esta na audiência em que estiver presente seu representante, por ARMP (aviso de recebimento em mão própria).

§ 1º As demais intimações das partes serão feitas na pessoa dos advogados ou dos Procuradores que oficiem nos respectivos autos, pessoalmente ou por via postal.

Portanto, resta provado que a autora foi devidamente intimada — na pessoa de sua defensora — a comparecer à data designada para realização da audiência de instrução e julgamento, porém assim não o fez, extinguindo o Juiz “*a quo*”, por sua vez, o processo sem julgamento do mérito.

Por todo o exposto, voto pelo conhecimento do recurso e pelo seu improvimento, mantendo-se na íntegra a sentença de fls. 59/60.

Condeno a Autora ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da condenação, considerando o disposto no art. 55 da Lei 9.099/1995.

É o voto.

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

Penhora de aluguéis. Impossibilidade. Natureza alimentar.

Os valores recebidos pelos agravados a título de aluguel são necessários à sua manutenção, revelando sua natureza alimentar, equiparando-se, assim, aos vencimentos, soldos e salários. Por conseguinte, sua impenhorabilidade é de imposição legal (CPC, art. 649, IV).

Ag 2005.01.00.063050-7/MG

Rel.: Des. Federal Carlos Fernando Mathias – 8ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 16/02/2007

Conselho Regional de Química. Indústria de laticínios. Atividade preponderante ligada à medicina veterinária.

A jurisprudência mais recente do colendo Superior Tribunal de Justiça adota orientação no sentido de que as usinas e fábricas de laticínios não exercem atividades básicas inerentes à química, uma vez que se utilizam de métodos de industrialização que dispensam a adição de produtos químicos, estando sujeitas à fiscalização profissional pelo Conselho de Medicina Veterinária.

AC 2003.01.99.001613-7/MG

Rel.: Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado) – 7ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 02/02/2007

Responsabilidade civil. Travamento de porta giratória. Cliente portador de perna mecânica. Demora no atendimento. Constrangimento caracterizado.

O mero travamento da porta giratória, provida de detector de metal, em agência bancária, não caracteriza dano moral indenizável, sendo necessária a demonstração de que em razão desse fato o cliente sofreu “constrangimento, vexame ou humilhação.

Na espécie, o autor — que utiliza pernas mecânicas —, sofreu constrangimento considerável, pois entre o travamento da porta giratória e o seu efetivo atendimento (que só foi possível com a presença da polícia militar e de órgão de comunicação de massa) transcorreram mais de duas horas, o que agride a dignidade da pessoa humana (Carta Magna, art. 1º, III).

AC 2003.38.00.030592-9/MG

Rel.: Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado) – 6ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 12/02/2007

Habeas corpus. Prisão preventiva. Fraude eletrônica via internet.

A Terceira Turma deste Tribunal, em crimes praticados com o uso da mais moderna tecnologia cibernética, tem ressaltado a real necessidade de se preservar a ordem pública, na medida em que as peculiaridades ínsitas à suposta prática delituosa — furto cometido via internet — indicam a possibilidade concreta de reiteração criminosa, o que tem amparado a manutenção da custódia cautelar dos envolvidos nessa espécie de intento delituoso.

O argumento de que a fraude financeira cometida pela rede mundial de computadores possibilita, de forma concreta, o cometimento de novos crimes se postos em liberdade seus agentes não se aplica à espécie, pois o paciente não possui periculosidade equivalente àqueles já presos preventivamente, já que ele apenas atuava como “plaqueiro” — responsável que é, essencialmente, por coletar dados bancários, pagar boletos com recursos obtidos ilícitamente e adquirir cartões bancários, sem condições de, assim, isoladamente, praticar o crime.

HC 2006.01.00.046610-5/MA

Rel.: Juiz Federal Saulo Casali Bahia (convocado) – 3ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 02/02/2007

Mandado de segurança. Concessão à União da informação de quem é o titular do telefone e de conta de e-mail. Inexistência de ofensa ao direito fundamental à privacidade.

O conhecimento de dados cadastrais de terminais telefônicos, como também o de *e-mails*, não pode ficar adstrito ao processo criminal.

Não caracteriza abusividade, nem ofensa ao direito fundamental à privacidade, a concessão à União da informação de quem é o titular do telefone e da conta de *e-mail*.

MS 2006.01.00.015795-9/DF

Rel. p/ acórdão: Juiz Federal Ney Bello (convocado) – 2ª Seção

Publicação: *DJ* 2 de 09/02/2007

Auxílio moradia. Membro do Ministério Público Federal. Natureza indenizatória. Aposentadoria.

É indubitosa a natureza indenizatória da vantagem, auxílio moradia que tem por objetivo suprir a ausência de imóvel funcional, por si suficiente à residência do membro do Ministério Público e de sua família, quando ainda em atividade. Neste aspecto, é expressa a Portaria 465/1995 ao estabelecer como motivo para cessação do benefício a aposentadoria, não sendo incorporada aos vencimentos.

AC 2000.01.00.082807-2/DF

Rel.: Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado) – 1ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 22/02/2007

Suposto crime contra a honra: difamação. Ato praticado por magistrado no exercício do cargo.

O querelante, advogado, ajuizou queixa-crime em face de Juiz do Trabalho imputando-lhe crime de difamação, ao fundamento de que o querelado teve a intenção deliberada de atingir a honra pessoal e profissional do querelante, de vez que o ato que determinou a expedição do alvará em nome da própria exequente/constituente denuncia que o querelante é um advogado sem idoneidade para receber em juízo os créditos dos seus constituintes.

Para tipificação do crime de difamação é necessária a vontade livre e consciente de imputar a outrem fato ofensivo de sua reputação.

A suposta ofensa à honra pessoal e profissional do querelante consistiu-se no fato de o querelado ter determinado a expedição de alvará para levantamento de valores à própria exequente e, na impossibilidade desta, a terceira pessoa que a representasse, sendo atípica a conduta.

QCR 2004.01.00.042586-3/MG

Rel.: Des. Federal João Batista Moreira – Corte Especial

Publicação: *DJ* 2 de 16/02/2007

Nomeação em concurso público de candidato aprovado em posição aquém ao número de vagas oferecido: mera expectativa de direito.

A aprovação em concurso público não gera direito adquirido à nomeação para o candidato. O que existe é mera expectativa de direito, ainda mais quando a posição do candidato na ordem classificatória fica aquém do número inicial de vagas, como no caso.

Expirada a validade do concurso antes mesmo de aproximar-se da classificação do candidato, não há qualquer ilegalidade ou irregularidade na não nomeação do candidato, ainda mais que as nomeações havidas foram de candidatos mais bem classificados e ocorreram dentro do prazo de validade do concurso.

MS 2006.01.00.037741-0/DF

Rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral – Corte Especial

Publicação: *DJ* 2 de 09/02/2007

Estatística

FEVEREIRO/2007

ASSESSORIA DE RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS DA PRESIDÊNCIA

Recursos Extraordinários Admitidos	132
Recursos Especiais Admitidos	203
Recursos Extraordinários Não-Admitidos	58
Recursos Especiais Não-Admitidos	337
Despachos Diversos	29
Decisões Diversas	11
Decisões em Plantão	4
Suspensões de Segurança Deferidas	1
Suspensões de Segurança Indeferidas	4
Decisões Diversas em Suspensão de Segurança	7
Despachos Diversos em Suspensão de Segurança	4
Informações ao STF e STJ em ACr, CC, HC, MS e SS	58
TOTAL	848

Dados fornecidos pela ASRET.

SECRETARIA JUDICIÁRIA

Despachos Diversos	92
TOTAL	92

Dados fornecidos pela SECJU.

COORDENADORIA DE EXECUÇÃO JUDICIAL

Despachos em Precatórios	16
TOTAL	16

Dados fornecidos pela COREJ.

SECRETARIA DE RECURSOS HUMANOS

Informações em Mandados de Segurança	5
Informação em Ação Ordinária	1
Informações Prestadas à AGU	3
Informações em Procedimentos Administrativos	11
TOTAL	20

Dados fornecidos pela SECRE.

VICE-PRESIDÊNCIA

RESP Admitidos	158
RESP Inadmitidos	213
RE Admitidos	89
RE Inadmitidos	79
Despachos/Decisões Diversas	123
TOTAL	662

Dados do Gabinete da Vice-Presidência.

COORDENADORIA DE RECURSOS

Recebidos das Turmas e Seções (REsp/RE)	810
Remetidos à ASVIP com REsp/RE	382
Remetidos à ASRET com REsp/RE	572
Remetidos ao STF (RE e Ag/RE)	120
Remetidos ao STJ (REsp e Ag/REsp)	570
Recebidos do STJ	629
Recebidos do STF	192
Remetidos por Baixa Definitiva	525
Remetidos ao Arquivo Judicial	372
Sobrestados na COREC	297
TOTAL	4.469

PUBLICAÇÕES – PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	170
Recursos Inadmitidos	88
Despachos Diversos	40
TOTAL	298

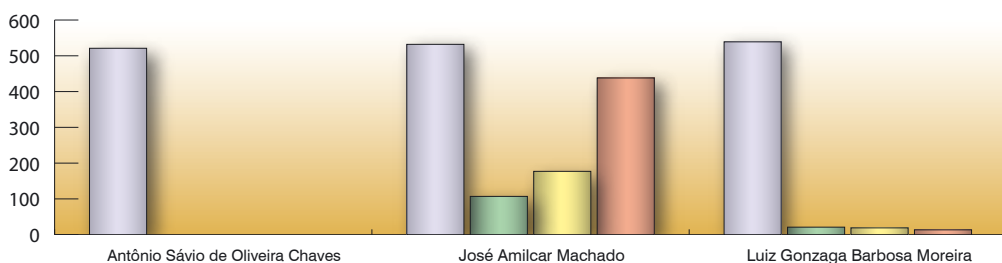
PUBLICAÇÕES – VICE-PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	74
Recursos Inadmitidos	74
Despachos Diversos	12
TOTAL	160

Dados fornecidos pela COREC.

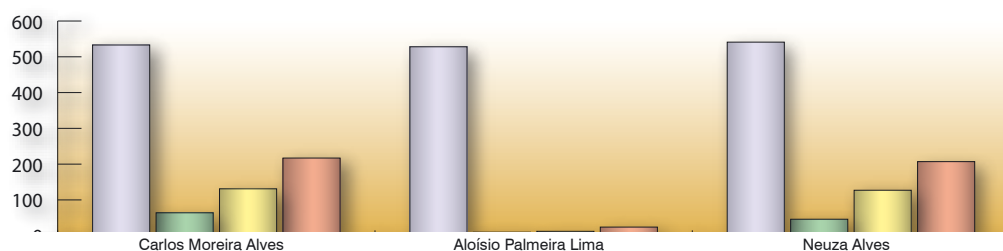
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS

1ª Turma



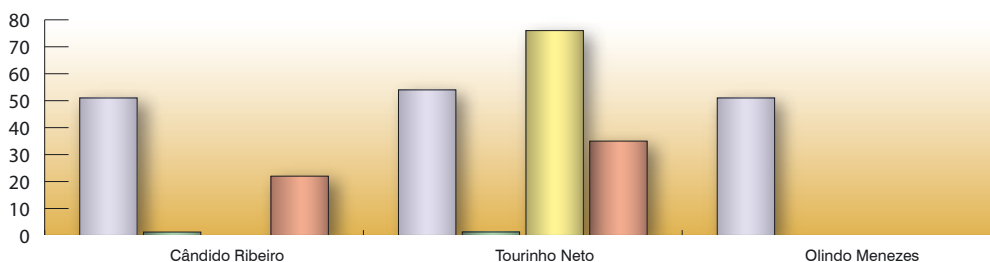
Distribuídos	521	532	539
Desp. Term. Publicados		107	21
Julgados		177	19
Acórdãos Publicados		438	6

2ª Turma



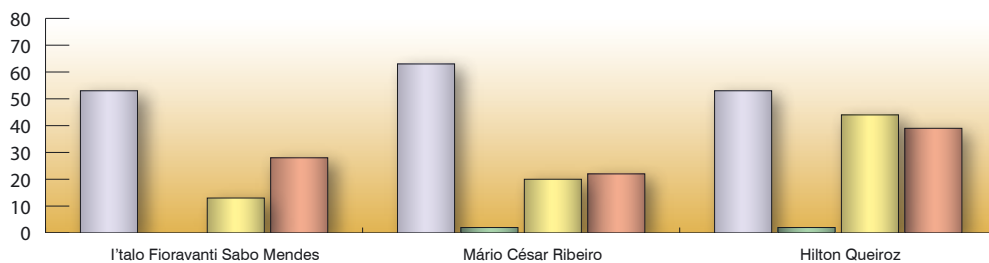
Distribuídos	533	528	541
Desp. Term. Publicados	64	1	46
Julgados	131	2	127
Acórdãos Publicados	217	24	207

3ª Turma



Distribuídos	51	54	51
Desp. Term. Publicados	1	1	
Julgados		76	
Acórdãos Publicados	22	35	

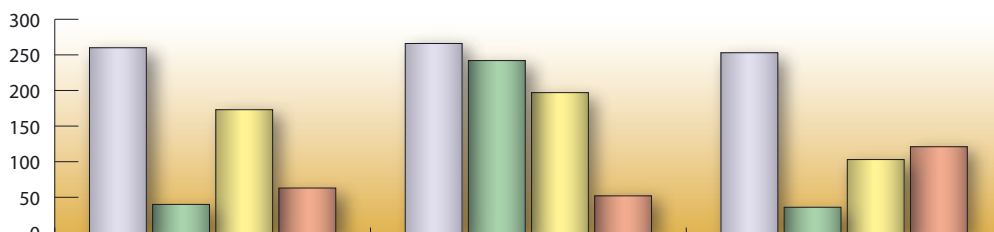
4ª Turma



Distribuídos	53	63	53
Desp. Term. Publicados		2	2
Julgados	13	20	44
Acórdãos Publicados	28	22	39

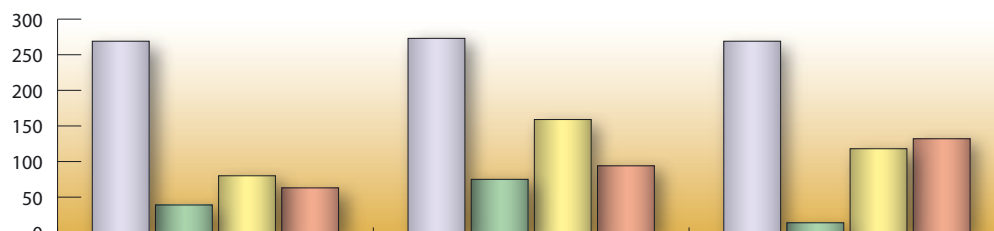
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS

5ª Turma



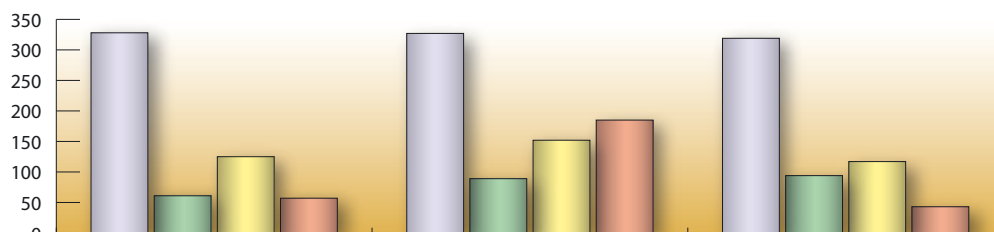
	Selene de Almeida	João Batista Moreira	Fagundes de Deus
Distribuídos	260	266	253
Desp. Term. Publicados	40	242	36
Julgados	173	197	103
Acórdãos Publicados	63	52	121

6ª Turma



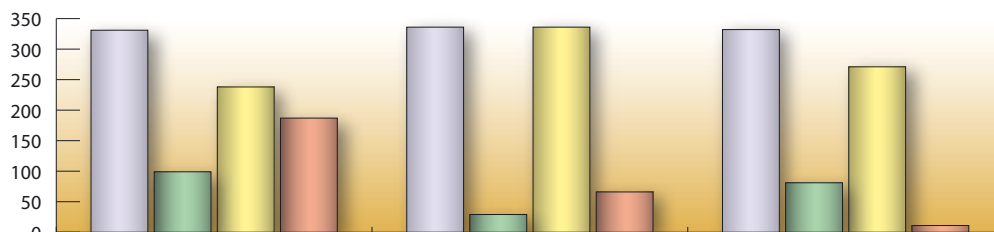
	Maria Isabel Gallotti Rodrigues	Daniel Paes Ribeiro	Souza Prudente
Distribuídos	269	273	269
Desp. Term. Publicados	39	75	14
Julgados	80	159	118
Acórdãos Publicados	63	94	132

7ª Turma



	Antônio Ezequiel da Silva	Catão Alves	Luciano Tolentino Amaral
Distribuídos	328	327	319
Desp. Term. Publicados	61	89	94
Julgados	125	152	117
Acórdãos Publicados	57	185	43

8ª Turma

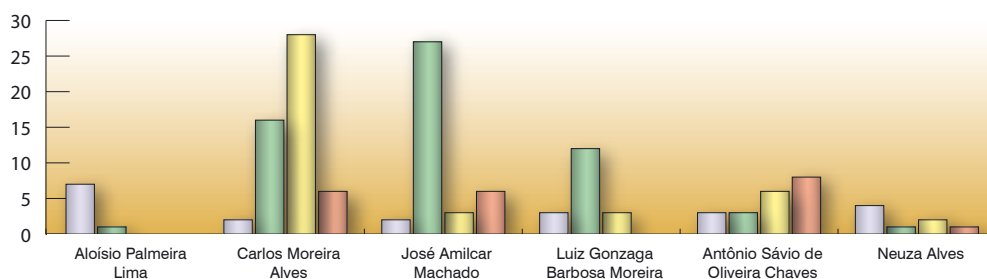


	Leomar Amorim	Carlos Fernando Mathias	Maria do Carmo Cardoso
Distribuídos	331	336	332
Desp. Term. Publicados	99	29	81
Julgados	238	336	271
Acórdãos Publicados	187	66	11

DADOS ESTATÍSTICOS DAS SEÇÕES

1ª Seção

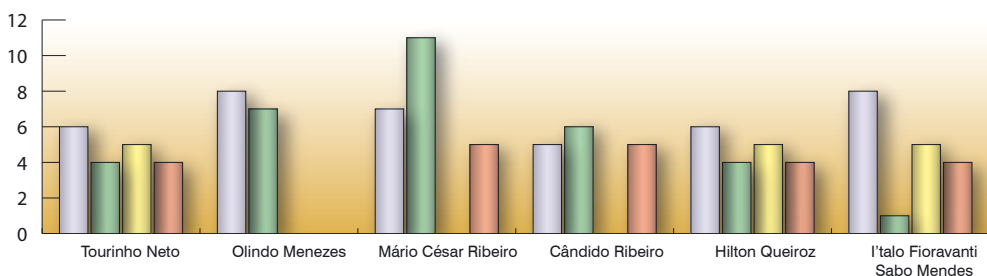
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



	Aloísio Palmeira Lima	Carlos Moreira Alves	José Amílcar Machado	Luiz Gonzaga Barbosa Moreira	Antônio Sávio de Oliveira Chaves	Neuza Alves
Distribuídos	7	2	2	3	3	4
Desp. Term. Publicados	1	16	27	12	3	1
Julgados		28	3	3	6	2
Acórdãos Publicados		6	6		8	1

2ª Seção

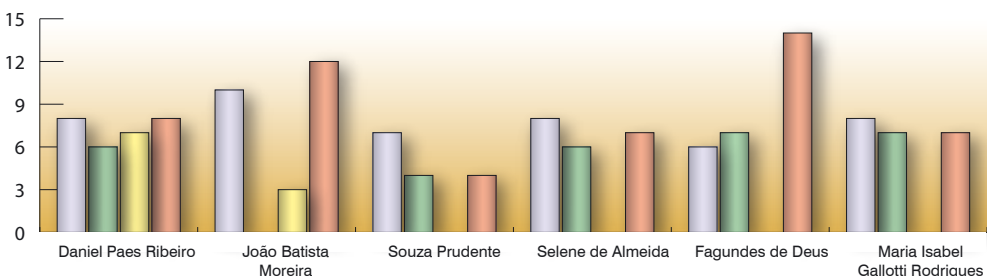
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



	Tourinho Neto	Olindo Menezes	Mário César Ribeiro	Cândido Ribeiro	Hilton Queiroz	I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Distribuídos	6	8	7	5	6	8
Desp. Term. Publicados	4	7	11	6	4	1
Julgados	5				5	5
Acórdãos Publicados	4		5	5	4	4

3ª Seção

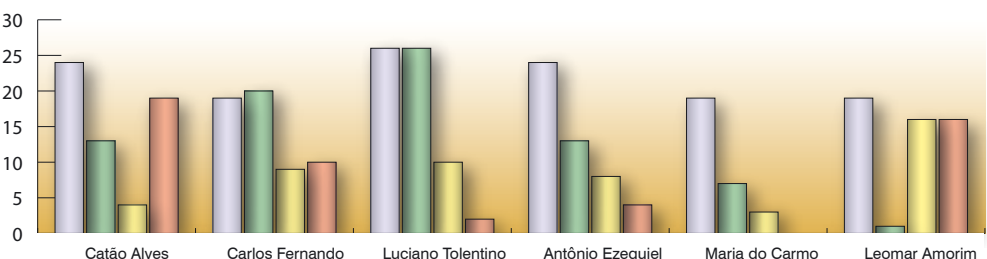
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



	Daniel Paes Ribeiro	João Batista Moreira	Souza Prudente	Selene de Almeida	Fagundes de Deus	Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Distribuídos	8	10	7	8	9	8
Desp. Term. Publicados	6		4	6	7	7
Julgados	7	3				
Acórdãos Publicados	8	12	4	7	14	7

4ª Seção

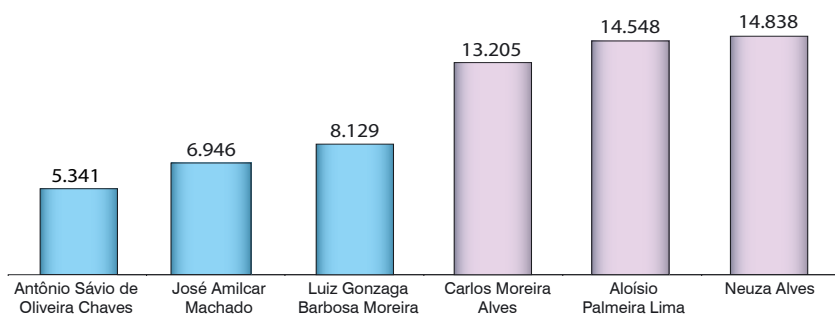
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



	Catão Alves	Carlos Fernando Mathias	Luciano Tolentino Amaral	Antônio Ezequiel da Silva	Maria do Carmo Cardoso	Leomar Amorim
Distribuídos	24	19	26	24	19	19
Desp. Term. Publicados	13	20	26	13	7	1
Julgados	4	9	10	8	3	16
Acórdãos Publicados	19	10	2	4		16

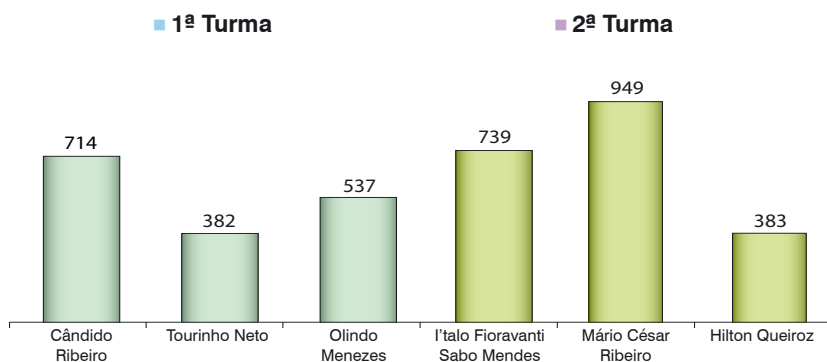
Desembargadores Federais Presidentes das Seções não participam das sessões na condição de Relator, Revisor ou Vogal.

PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS TURMAS

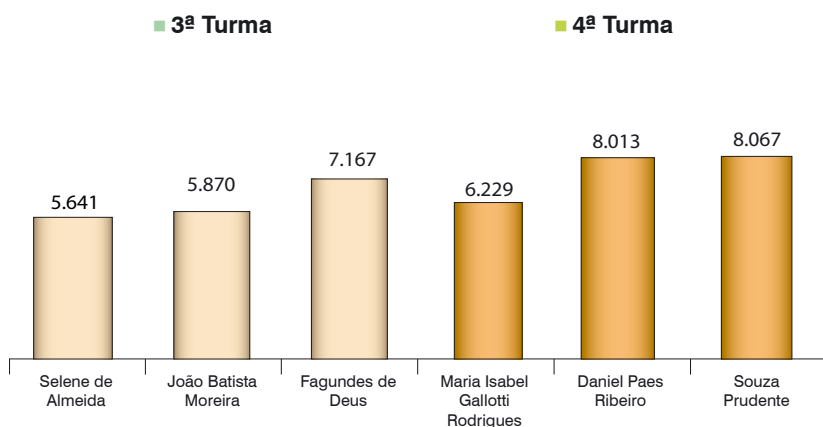


COMPETÊNCIA DAS SEÇÕES E RESPECTIVAS TURMAS (Art. 8º do RITRF)

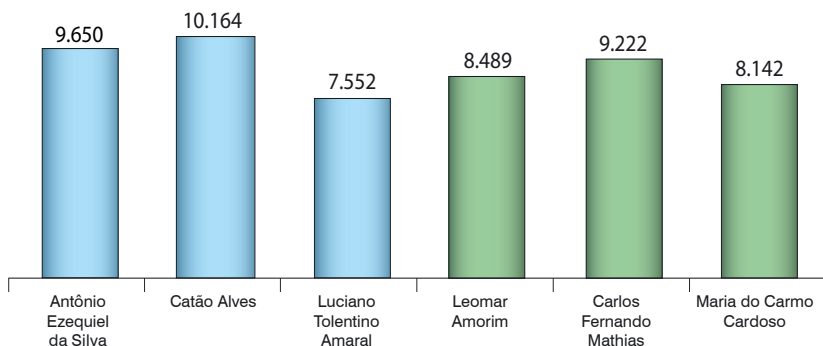
À Primeira Seção, Primeira e Segunda Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:
I – servidores públicos civis e militares, exceto feitos correlatos à improbidade administrativa; e
II – benefícios previdenciários.



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.



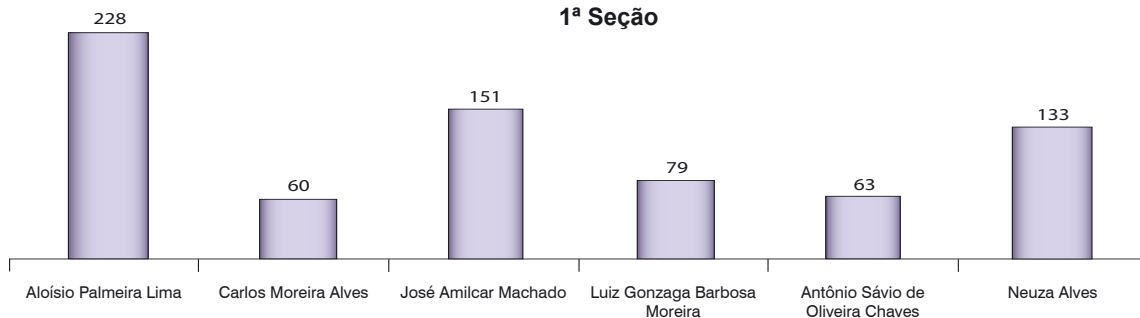
À Terceira Seção, Quinta e Sexta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:
I – licitação e contratos administrativos;
II – concursos públicos;
III – contratos;
IV – direito ambiental;
V – sucessões e registros públicos;
VI – direito das coisas;
VII – responsabilidade civil;
VIII – 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.



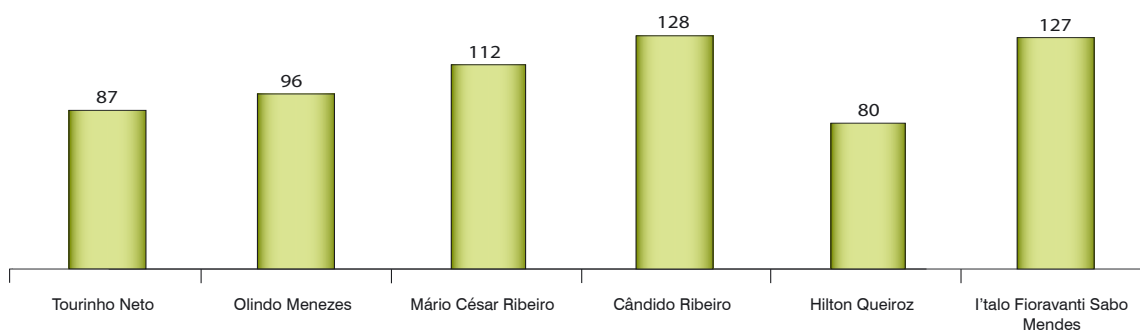
À Quarta Seção, Sétima e Oitava Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:
I – inscrição, exercício profissional e respectivas contribuições;
II – impostos;
III – taxas;
IV – contribuições de melhoria;
V – contribuições sociais e outras de natureza tributária, exceto as contribuições para o FGTS;
VI – empréstimos compulsórios;
VII – preços públicos;
VIII – multas de qualquer natureza, inclusive tributária.

PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS SEÇÕES

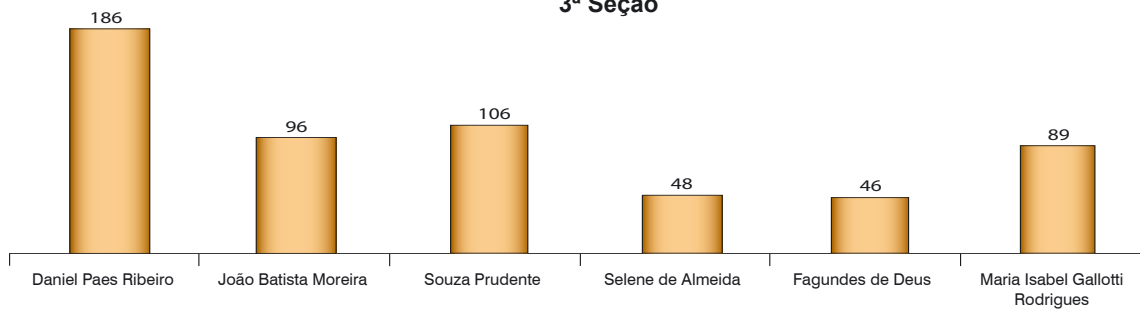
1ª Seção



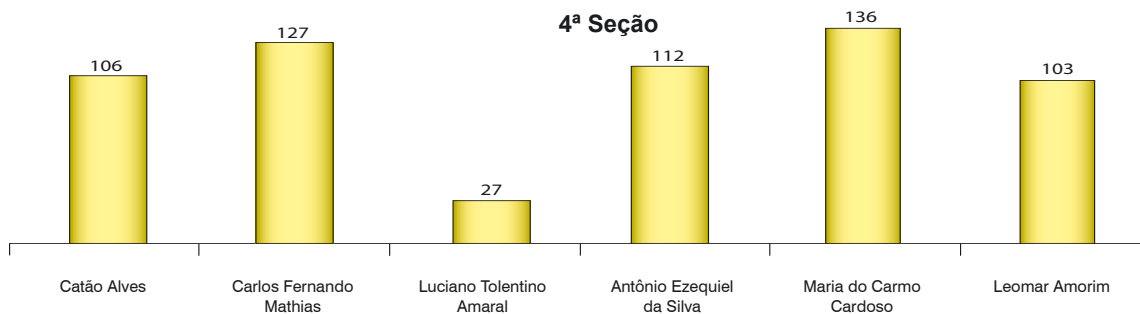
2ª Seção



3ª Seção



4ª Seção



ESTATÍSTICA DOS JUÍZES CONVOCADOS

JUÍZES CONVOCADOS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Anamaria Reys Resende	7ª Turma	1	32	26
Antonio Claudio Macedo da Silva	1ª Seção			1
	1ª Turma			1
Ávio Mozar José Ferraz de Novaes	3ª Seção		3	10
	5ª Turma	94	1	13
Carlos Augusto Pires Brandão	6ª Turma		28	4
Cesar Augusto Bearsi	3ª Seção		4	3
	5ª Turma	137	136	83
César Cintra Fonseca	2ª Turma			1
Daniele Maranhão Costa	7ª Turma	1		3
David Wilson de Abreu Pardo	3ª Seção			2
	6ª Turma	40	42	104
Francisco Neves da Cunha	2ª Turma			1
Francisco Renato Condevila Pinheiro	7ª Turma		41	5
Hind Ghassan Kayath	2ª Turma			2
Iran Esmeraldo Leite	2ª Turma		129	
Iran Velasco Nascimento	2ª Turma			11
	7ª Turma			1
Itelmar Raydan Evangelista	1ª Turma	173	124	39
Jamil Rosa de Jesus	2ª Seção			2
	3ª Turma			3
Kátia Balbino de Carvalho Ferreira	1ª Seção			2
	2ª Turma		60	53
Klaus Kuschel	2ª Seção	6		
	4ª Turma	6	8	17
Leão Aparecido Alves	6ª Turma	1		71
Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo	2ª Seção		1	
	3ª Turma	13	49	9
Manoel José Ferreira Nunes	1ª Seção	3		205
Marcelo Velasco Nascimento Albernaz	3ª Seção			1
	5ª Turma	4	24	52
Marcus Augusto de Sousa	3ª Seção	2		

Maria Lúcia Gomes de Souza	2ª Seção		1	
Mark Yshida Brandão	4ª Seção			3
	8ª Turma		9	160
Miguel Angelo de Alvarenga Lopes	1ª Turma	8	287	239
Moacir Ferreira Ramos	6ª Turma	28	37	58
Mônica Jaqueline Sifuentes Pacheco	2ª Turma			3
Mônica Neves Aguiar da Silva	1ª Seção		6	5
	2ª Turma	77	195	114
Ney de Barros Bello Filho	2ª Seção			2
	4ª Turma		25	34
Osmane Antonio dos Santos	8ª Turma		34	10
Rafael Paulo Soares Pinto	4ª Seção			1
	7ª Turma	21	46	133
Rosimayre Gonçalves de Carvalho	4ª Turma	1	17	11
Saulo José Casali Bahia	2ª Seção	8	1	2
	3ª Turma	8	47	51
Simone dos Santos Lemos Fernandes	1ª Seção		2	
	1ª Turma		63	99
Vallisney de Souza Oliveira	5ª Turma			2
Wilson Alves de Souza	6ª Turma			2

DESEMBARGADORES FEDERAIS QUE ATUARAM EM OUTRAS TURMAS E SEÇÕES

DESEMBARGADORES FEDERAIS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Jirair Aram Meguerian	1ª Seção		1	
	2ª Turma			2
Tourinho Neto	2ª Turma		2	
Maria do Carmo Cardoso	6ª Turma		1	

Repositórios Oficiais de Jurisprudência*

- * Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais;
- * Editora Síntese: Síntese Trabalhista, Administrativa e Previdenciária, Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Revista de Direito Civil e Processual Civil e Revista de Estudos Tributários;
- * Editora Fórum Administrativo: Revista Fórum Administrativo;
- * Editora Juruá: Revista de Jurisprudência Brasileira Civil e Comércio;
- * Editora IOB: Repertório de Jurisprudência IOB;
- * 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;
- * Editora Portal Jurídico Ltda.: *CD-Rom* Gazeta Juris;
- * Associação Paulista de Estudos Tributários: Revista de Direito Tributário da APET.

*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: 3314-5377, 3314-5451 ou pelo *e-mail* revista@trf1.gov.br.