

Sumário

Entrevista

A Transferência Obrigatória de Militares para Universidades

Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

Artigos Doutrinários

Educação e Imunidades Tributárias

Dr. Ives Gandra da Silva Martins

A Função Realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil

Juiz Federal Flávio Dino de Castro e Costa

A Utilização da Mediação de Conflitos no Processo Judicial

Procuradora Federal Lília Almeida Sousa

Tópicos Jurídicos

Breves Notas acerca da Prisão

Promotor de Justiça Fábio Ramazzini Bechara

Infidelidade Virtual

Dr. Vitor F. Kümpel

Acórdãos – Inteiros Teores

Corte Especial – Mandado de segurança. Quesito formulado fora do programa. Admissibilidade da impetração

Rel. p/acórdão: Des. Federal Aloísio Palmeira Lima

AgRegMS 2002.01.00.004728-6/DF

1ª Seção – Mandado de segurança. Prestação alimentícia. Base de cálculo

Rel.: Des. Federal Carlos Moreira Alves

MS 2003.01.00.002340-7/BA

2ª Seção – Ação de improbidade. Incorporação de bens públicos ao patrimônio particular

Rel.: Des. Federal Tourinho Neto

AIA 2003.01.00.030523-1/MA

3ª Seção – Concurso público. Exame psicotécnico. Legalidade

Rel.: Des. Federal Fagundes de Deus

EIAC 1998.01.00.074797-7/BA

4ª Seção – Ação anulatória de débito. Sentença com trânsito em julgado

Rel.: Juíza Neuza Maria Alves da Silva (convocada)

AR 1999.01.00.016400-2/DF

1ª Turma – Previdenciário. Tempo de serviço especial. Geofísico e geólogo: profissões não contempladas nos decretos

Rel.: Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira

AC 2000.33.00.008533-0/BA

2ª Turma – Intimação de sentença. Publicação resumida. Renovação de prazo

Rel.: Des. Federal Jirair Aram Meguerian

Ag 2002.01.00.003119-5/DF

3ª Turma – Crime de genocídio. Individualização da pena. Agente primário e sem antecedentes

Rel.: Des. Federal Olindo Menezes

AC 2201.01.00.046953-4/AM

4ª Turma – Habeas corpus. Infração de menor potencial ofensivo. Estatuto do Idoso

Rel.: Juiz Marcus Vinícius Reis Bastos (convocado)

HC 2004.01.00.035702-4/BA

5ª Turma – Ação civil pública. Acidente radioativo com o Césio-137. Atendimento e acompanhamento médico às vítimas inadequado. Alegação de prescrição

Rel.: Des. Federal Selene Maria de Almeida

Ag 2000.01.00.103440-7/GO

6ª Turma – Princípio da precaução. Antecipação de tutela cautelar do meio ambiente

Rel.: Des. Federal Souza Prudente

2000.01.00.009030-4/PA

7ª Turma – Resolução do Cofen que autoriza enfermeiros a preparar medicamentos antineo-

plásticos. Portaria limitando o preparo aos farmacêuticos

Rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

AgRegAg 2003.01.00.019299-7/DF

8ª Turma – Intimação de sentença. Publicação resumida. Renovação de prazo

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

AMS 2003.33.00.009362-0/BA

3ª Turma Suplementar – Mandado de segurança. Perda do objeto. Extinção do processo

Rel. p/ acórdão: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro

AMS 94.01.11546-0/DF

3ª Turma Suplementar – Recusa de fornecimento de passaporte. Ilegalidade

Rel.: Juiz Vallisney de Souza Oliveira

REOMS 90.01.17158-3/MG

Breviário

Confira outros assuntos relevantes julgados pelo TRF-1ª Região, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet (www.trf1.gov.br)

Contribuição previdenciária. Duplo grau obrigatório

Guia de depósito bancário. Erro no preenchimento

Guerrilha do Araguaia. Responsabilidade objetiva do Estado

Agravado de instrumento. Termo inicial

Repositórios Oficiais de Jurisprudência

Confira a lista de todos os Repositórios Oficiais de Jurisprudência do TRF-1ª Região,

Normas para envio de artigos e tópicos jurídicos à Revista

Entrevista

A Transferência Obrigatória de Militares para Universidades

Maria Isabel Gallotti Rodrigues*

Neste número, a Revista entrevista a Desembargadora Federal da 1ª Região, Dra. Maria Isabel Gallotti Rodrigues, que esclarece questões atuais a respeito da transferência de servidores militares para universidades.

Revista: Garantir vaga em universidades públicas a militares transferidos *ex officio*, independentemente da existência de vagas, não seria dar-lhes tratamento privilegiado em relação aos servidores civis?

Maria Isabel Gallotti Rodrigues: A isonomia consiste em assegurar igualdade de tratamento a pessoas que estão em igual situação de fato. O regime jurídico dos militares sempre foi diferente do regime jurídico dos servidores públicos civis, disciplinado por lei própria, adequada às peculiaridades das carreiras militares, tanto no que se refere aos direitos como no que concerne aos deveres e restrições. São inerentes a este regime jurídico repetidas transferências, necessárias e periódicas, muitas vezes para localidades distantes e de difícil provimento, transferências essas que, em razão dos rígidos princípios de hierarquia e disciplina aos quais são submetidos os servidores militares, não têm eles, via de regra, possibilidade de discutir ou adiar, alegando motivos de conveniência familiar. Por este motivo, não foi julgada inconstitucional a restrição feita pela Lei 8.025/90, que permitiu a venda dos imóveis funcionais da União, vedando, contudo, a alienação dos imóveis administrados pelas Forças Armadas e ocupados por militares. Houve casos em que a maioria dos apartamentos de determinados edifícios foram vendidos, exceto os que eram habitados por militares. Os militares não puderam comprar os apartamentos em que moravam, porque era necessária a manutenção dos imóveis no patrimônio administrado pelas Forças Armadas para atender às inúmeras e sempre presentes necessidades do serviço. Pelo mesmo motivo, as reiteradas transferências compulsórias de militares dificultariam sobremaneira a continuidade dos seus estudos e dos de seus dependentes se não houvesse a regra da transferência obrigatória de instituição de ensino superior.

Revista: Como um parecer da AGU teria o condão de garantir apenas aos militares tal direito, já que a Lei 9.536/97 não faz diferença entre civis e militares para esse fim?

Maria Isabel Gallotti Rodrigues: É um equívoco afirmar que foi o parecer da AGU que garantiu esse direito. O parecer da AGU limitou-se a recomendar fosse adotada a jurisprudência atualmente pacífica no Superior Tribunal de Justiça, Tribunal encarregado de uniformizar em última instância a interpretação da legislação ordinária, a respeito do tema. Entende o STJ que os militares, por não se submeterem ao regime jurídico dos servidores públicos civis, só estão sujeitos às restrições da Lei 9.536/97, que, diferente-

*Desembargadora Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região desde 18/12/01, ex-sub-procuradora-geral da República e ex-advogada militante em Brasília.

mente da Lei 8.112/90, não faz qualquer referência ao termo congênere, nos casos em que houver transferência do servidor por interesse da Administração.

Argumentam os servidores civis que o requisito da congeneridade, adotado pela jurisprudência a partir da interpretação da Lei 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Civis da União), não mais seria exigível, porque a Lei 9.536/97, editada posteriormente, teria revogado implicitamente o art. 99 da Lei 8.112/90, regulando de forma completa a transferência de servidores civis e militares. Embora seja defensável tal tese, ela não vem sendo aceita pela jurisprudência predominante do STJ, que considera a congeneridade requisito ainda aplicável às transferências de servidores civis e seus dependentes.

Revista: A sra. entende que esse parecer da AGU fere a autonomia das universidades, garantida constitucionalmente?

Maria Isabel Gallotti Rodrigues: A autonomia didático-científica das universidades não as exime de cumprir as determinações legais, dentre elas as regras relativas à transferência obrigatória de servidores públicos e seus dependentes.

Revista: As universidades federais alegam que seus quadros discentes serão sobrecarregados com essa medida. No entanto, as transferências requisitadas visam também aos 2º, 3º e 4º anos do curso. Como poderia dar-se essa sobrecarga?

Maria Isabel Gallotti Rodrigues: As transferências, via de regra, destinam-se ao prosseguimento de curso iniciado quando o servidor estava lotado em outra localidade. Assim, a maioria delas é para o segundo semestre em diante do curso. A sobrecarga ocorrerá na medida em que os transferidos forem atingindo os semestres seguintes do curso, sem que o quadro docente e os recursos materiais estejam aptos a atender a demanda, especialmente em cidades, como Brasília, em que há grande número de cargos públicos.

Revista: Por outro lado, como se poderia compensar servidores transferidos *ex officio* e seus dependentes, estudantes pegos de surpresa durante a realização de seu curso universitário?

Maria Isabel Gallotti Rodrigues: Penso que seria ideal que a solução partisse do legislador. O direito à transferência obrigatória, em qualquer época do ano, independentemente da existência de vagas, de servidores públicos transferidos *ex officio*, existe há décadas. Antes da entrada em vigor da Lei 8.112/90, nunca se cogitou da exigência do requisito da congeneridade, nem de que tal direito fosse inconstitucional, por violação do princípio da isonomia em relação aos estudantes que não são dependentes de servidores transferidos compulsoriamente.

Houve, todavia, a extensão, por meio da jurisprudência, do direito concedido pela literalidade da lei apenas aos servidores federais transferidos *ex officio* a servidores estaduais, a servidores de empresas públicas e de sociedades de economia mista e, também, a servidores que voluntariamente mudaram de residência para tomar posse em cargo no qual estavam sendo investidos originariamente (aprovação em concurso), para ocupar cargo em comissão, ou para casar-se, entre outros motivos de conveniência particular. O número de transferências obrigatórias cresceu tanto, em detrimento dos estudantes em geral, que foi editada lei impedindo expressamente a transferência compulsória em caso de provimento originário e de provimento de cargo em comissão. Na mesma linha de restrição do direito à transferência obrigatória, interpretou-se a exigência de congeneridade, feita pelo Estatuto dos Servidores Civis (Lei 8.112/90, art. 99), como sendo a limitação do direito de transferência de instituição pública para pública e de privada para privada. Neste ponto, a jurisprudência do STJ pacificou-se, como já visto, no sentido de que a exigência da congeneridade, porque contida apenas na Lei 8.112/90, dirige-se exclusivamente aos civis, continuando a ser a eles aplicável mesmo após a edição da Lei 9.536/97.

O problema, a meu ver, é que, nos últimos anos, os cursos de ensino superior proliferaram-se vertiginosamente, de modo especial na iniciativa privada e na área de ciências humanas. Assim, como há um enorme número de cursos de Direito, por exemplo, em instituições privadas, aumentou muito o número dos que fazem vestibular para faculdades privadas, são transferidos *ex officio*, e, posteriormente, pretendem matrícula obrigatória em instituições públicas. Este número passou a ser expressivo e, segundo alegam as universidades federais, prejudica o acesso, por meio de vestibular, dos estudantes em geral. Passa, então, a ser digna de exame a seriedade da alegação de ofensa ao princípio do acesso igualitário de todos à educação superior, não em decorrência da análise pura e simples da letra da lei em confronto com a Constituição, mas em razão da atual conjuntura, especialmente de cursos muito procurados, da área de ciências humanas, em que há um número de estabelecimentos de ensino superior privados muito superior ao número de públicos, com oferta de vagas no ensino pago maior do que a procura, o que torna o vestibular nestas instituições formalidade praticamente sem dificuldade alguma, ao passo em que se acirra a concorrência por vagas nas universidades públicas. Este tipo de possível inconstitucionalidade superveniente, decorrente da alteração da conjuntura de fato, é passível de apreciação pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, em controle de constitucionalidade concentrado, sendo apenas a ele dado proferir decisão interpretando o alcance da norma em conformidade com a Constituição, em caráter vinculante e com eficácia geral.

A situação dos transferidos *ex officio* e seus dependentes muitas vezes é delicada. Em alguns casos, é evidente que não ingressaram originariamente em instituição federal, porque preferiram fazer um vestibular mais fácil em estabelecimento de ensino

pago e menos conceituado, vislumbrando a possibilidade de, pouco tempo depois, obter transferência obrigatória para universidade pública. Seria conveniente fosse encontrada solução legislativa que impedisse esse abuso. Mas, em outros casos, o vestibular foi feito em instituição privada, porque não havia universidade pública na localidade onde estava lotado o servidor. Há, também, hipóteses em que o servidor transferido *ex officio* é oriundo de instituição privada, mas cuja mensalidade é substancialmente mais barata do que as das instituições privadas do local de destino, de modo que a transferência para a congênere, na prática, impedirá a continuidade dos estudos. A lei atualmente vigente não apresenta soluções diferenciadas para todas essas situações. A margem possível de interpretação da lei não permite ao magistrado encontrar solução justa para a enorme gama de situações encontradas nos processos.

O parecer da AGU apenas determina o cumprimento, pela Administração, da lei na forma como ela é interpretada pelo STJ. Isso fez com que todos os militares e seus dependentes sejam beneficiados por esta interpretação, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário. O correto, portanto, a meu sentir, será aperfeiçoar a lei, por meio da edição de medida provisória ou de nova lei – ou talvez de interpretação conforme a ser dada, com efeito vinculante e *erga omnes*, pelo STF, em ação direta de inconstitucionalidade – e não revogar ou suspender a eficácia do parecer.

Artigos Doutrinários

Educação e Imunidades Tributárias

Ives Gandra da Silva Martins*

Tem-se discutido, nos últimos tempos, a conformação das imunidades para instituições de educação e assistência social, razão pela qual este estudo será dedicado à minha pessoal inteligência do instituto constitucional e sua implementação legislativa.

Tecerei variadas considerações, objetivando demonstrar que o art. 150, inciso VI, letra *c*, ao falar de lei, referiu-se à lei complementar e que tal lei complementar não pode criar restrições que não foram perfiladas na Carta Maior.

*N.E.: Professor emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi titular de Direito Econômico e de Direito Constitucional e presidente do Centro de Extensão Universitária.

A primeira delas diz respeito ao veículo legislativo adequado a explicitar a imunidade constitucional de impostos e contribuições, referentes ao § 7º do art. 195 da Constituição Federal, das entidades de educação e assistência social.

O Tribunal Federal de Recursos, antes da Constituição de 1988, em decisão do Pleno, em cujo recurso fiz a sustentação oral, decidiu que a lei para definir as imunidades das instituições fechadas de previdência privada teria de ser necessariamente complementar¹.

O argumento essencial residia no fato de que, estando a imunidade entre as limitações constitucionais ao poder de tributar, a Constituição passada definia como sendo função da lei complementar estabelecer tais limitações, por força do art. 18, § 1º, da EC 1/69, assim redigido:

1º § Lei complementar estabelecerá normas gerais de Direito Tributário, disporá sobre os conflitos de competência nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, *e regulará as limitações constitucionais do poder de tributar* (grifos meus).

E se compreende a finalidade dessa disposição, visto que, se a regulação ao poder de tributar devesse necessariamente surgir da lei complementar explicitadora da Constituição, não se poderia admitir que leis ordinárias da União, de todos os Estados e de todos os Municípios definissem, no âmbito de suas competências impositivas, quais seriam as condições mediante as quais as imunidades poderiam ser usufruídas pelas instituições elencadas na Lei Suprema².

O Ministro Moreira Alves, em conferência no XXIV Simpósio Nacional de Direito Tributário, claramente mostrou que nem mesmo cabe à lei complementar definir as condições ou requisitos para tanto, mas apenas explicitá-las, ao interpretar voto de Soares Muñoz dizendo:

Mas o Ministro Soares Muñoz não decidiu isso. Ele não estava tratando, aqui, de saber se era lei complementar ou não era lei complementar. Tanto que ele disse o seguinte: “Esse decreto-lei, anterior à Constituição Federal em vigor, não pode, no particular, ser aplicado. *Porque ele impõe uma restrição à imunidade, a qual não se confunde com isenção; uma restrição que não está no texto constitucional*”. Isso significava dizer o quê? Dizer: “*Nem lei complementar, nem lei nenhuma, pode impor uma restrição a uma imunidade que decorre da Constituição*” (grifos meus)³.

Como se percebe – o princípio é elementar e de conhecimento de qualquer estudante de Direito – é a lei ordinária que se subordina à Constituição e não a Constituição à lei ordinária, demonstrando, o Ministro Moreira Alves – até com certa irritação –, que não se pode aceitar a interpretação conivente de certas autoridades, de que a lei ordinária tudo pode, até mesmo definir quais requisitos a que as entidades imunes devem subordinar-se, visto que se pudesse, à nitidez, sujeita

estaria a Constituição aos humores do legislador de cada uma das entidades federativas, podendo elevar e reduzir os requisitos, conforme suas conveniências ⁴.

Na referida decisão, o Tribunal Federal de Recursos declarou que:

Argüição de Inconstitucionalidade na Apelação Cível 101.394/PR – Registro 7174675.

Rel. Sr. Min. Ilmar Galvão – Remetente: Juízo Federal da 3ª Vara – Apelante: União Federal – Apelada: Fundação C. de Previdência e Assistência Social – Suscitante do Incidente: egrégia 4ª Turma do TFR – Advs.: Dr. Agnaldo Mendes Bezerra e Ives Gandra da Silva Martins.

Ementa: Tributário. Entidades privadas de previdência social fechada. Instituições complementares do sistema oficial de previdência e assistência social (art. 35 da Lei 6.435/77).

Inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 6º do DL 2.065/83, que consideraram sujeitos ao Imposto de Renda os rendimentos de capital auferidos pelos entes da espécie. A assistência social, hodiernamente, não se resume à caridade pública, podendo também realizar-se por meio da previdência, que corresponde à assistência preventiva, destinada aos impossibilitados de continuarem trabalhando e à família dos que sucumbem.

As entidades em tela, por isso, são beneficiárias da imunidade prevista no art. 19, 111, *c*, da CF, regulamentado pelo art. 9º, IV, *c*, *c/c* o art. 14 do CTN, que não condiciona o benefício à gratuidade dos serviços prestados, nem exige que sejam acessíveis a todas as pessoas indistintamente (RE 70.834/RS, RE 89.012/SP, RE 108.796/SP e RE 115.970/RS).

Argüição procedente.

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

Decide o TFR, em Seção Plena, por maioria, declarar a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 6º do DL 2.065/83, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, DF, 30/06/88 (data do julgamento) (*DJ*, 31/10/88)⁵,

Lembrando-se que, na Carta atual, não mais um único artigo cuida das limitações constitucionais ao poder de tributar, mas toda uma seção (II), do Capítulo I do Título VI, assim denominada: “Das limitações do Poder de Tributar”.

E é de se lembrar que o inciso II do art. 146 da Constituição Federal declara que:

Art. 146 Cabe à lei complementar: II. regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; ⁶

Estando, o inciso VI, letra *c*, do art. 150, dedicado às limitações constitucio-

nais ao poder de tributar, assim redigido:

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 dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.

A interpretação sistemática do art. 146, inciso II, com o art. 150, inciso VI, letra *c*, constante da Seção das Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, não admite, portanto, que possa, cada legislador ordinário com competência impositiva de impostos – vale dizer, da União, dos 26 Estados, do Distrito Federal e de 5.500 municípios – definir quais seriam as condições, de acordo com seus “interesses” e “necessidades”, para que tais entidades pudessem gozar da imunidade.

Poderíamos chegar ao absurdo de ter um legislador municipal determinando que uma instituição de assistência social não seria imune de IPTU, com base em requisitos pelo burgo criados e a União considerá-la imune, por força de requisitos conformados em legislação federal.

Exatamente para impedir que 5.500 entidades federativas pudessem produzir 5.500 leis ordinárias definidoras dos requisitos necessários para a concessão da imunidade foi que, sabiamente, o constituinte exigiu que lei complementar (inciso II do art. 146) regulasse as limitações constitucionais ao poder de tributar das quais a imunidade é uma delas.

O Ministro Moreira Alves, na já mencionada ADI 2.028, prestou a devida relevância à reserva da lei complementar, no que foi acompanhado por outros nove ministros. Eis o trecho de seu voto:

É certo, porém, que há forte corrente doutrinária que entende que, sendo a imunidade uma limitação constitucional ao poder de tributar, embora o § 7º do art. 195 só se refira à “lei” sem qualificá-la como complementar – e o mesmo ocorre quanto ao art. 150, VI, *c*, da Carta Magna –, essa expressão, ao invés de ser entendida como exceção ao princípio geral que se encontra no art. 146, II (“Cabe à lei complementar: II. regular as limitações constitucionais ao poder de tributar”), deve ser interpretada em conjugação com esse princípio para se exigir lei complementar para o estabelecimento dos requisitos a ser observados pelas entidades em causa⁷.

Tal matéria só não decidiu, na ocasião, porque havia outras inconstitucionalidades evidentes na Lei 9.732/99. E se tivesse que, no processo cautelar, declarar a necessidade de lei complementar, isso implicaria declarar, também, a inconstitucionalidade da Lei 8.212/91, que não fora objeto da ação⁸.

Considerou, todavia, de tal relevância o argumento e a poderosíssima corrente doutrinária – é a esmagadora maioria dos tributaristas – que preferiu transferir a discussão da tese para a decisão definitiva, ainda não ocorrida.

S. Exa., todavia, proferiu a palestra inaugural no XXIV Simpósio Nacional de Direito Tributário do CEU, em que se discutiu o tema. Após suas considerações para aproximadamente duzentos especialistas em Direito Tributário, entre os quais, representantes do Poder Judiciário, Ministério Público, universidades, Administração Pública e advocacia, concluiu que a lei complementar é necessária para definir as condições para gozo das imunidades.

O Ministro Moreira Alves, todavia, deixou claro que não cabe à *lei infra-constitucional impor requisitos* não constantes da Constituição, cabendo-lhe apenas explicitá-los:

O problema, aqui, não é saber se é só lei ordinária ou se é só lei complementar ou se é lei ordinária para os requisitos da estrutura da entidade e lei complementar para regular a limitação da competência tributária. Mas aqui é uma quarta posição. Diz: “Aquela lei é apenas a referente aos requisitos para se saber se uma entidade é ou não aquela entidade, que, pela Constituição, goza de imunidade.

Agora, fora daí, em se tratando de matéria que diga respeito à limitação de imunidade, *nenhuma lei pode estabelecer estas restrições*. Por quê? *Porque estas restrições são estritamente aquelas que estão na Constituição* (grifos meus)⁹.

E as conclusões do referido Simpósio Nacional foram as seguintes:

2) Como deve ser interpretada a cláusula “atendidos os requisitos da lei”, constante do art. 150, VI, c, da CF? Como significativa necessidade de lei complementar, remetendo, pois, ao art. 14 do CTN ou, pelo contrário, de que mera lei ordinária pode fixar os requisitos, extrapassando, inclusive, aqueles fixados pelo CTN?”

Proposta da comissão de redação aprovada em Plenário:

	A favor	Contra
Comissão 1:	74	6
Comissão 2:	62	
Comissão 3:	<u>26</u>	
	162	6

A expressão constante do art. 150, VI, c, da CF – “atendidos os requisitos da lei” refere-se àqueles que, necessariamente, devem constar de lei complementar, veículo competente para regular as limitações constitucionais do poder de tributar (CF, art. 146, II, e CTN, art. 14).

Comissão 1:

Decisão por maioria:

– A favor: 74 votos.

– Contra: 6 votos.

Sendo a imunidade tributária uma limitação ao poder de tributar, a cláusula “atendidos os requisitos da lei” constante do art. 150, VI, c, da CF, deve ser interpretada sistematicamente, exigindo-se, por conseqüência, a estrutura exclusiva de lei complementar, em atenção ao disposto no art. 146, II, da CF e art. 14 do CTN.

Comissão 2:

Decisão unânime: 62 votos.

Os requisitos subjetivos e objetivos para o gozo de imunidade *têm que ser instituídos por lei complementar, por força do art. 146, II, da CF.*

Comissão 3:

Decisão unânime: 26 votos.

A cláusula “atendidos os requisitos da lei”, constante do art. 150, inciso VI, alínea c, da CF/88 deve ser interpretada sistematicamente em consonância com o disposto no art. 146, inciso II, da CF/88, eis que impõe a necessidade de lei complementar para dispor sobre imunidade, que consubstancia limitação constitucional ao poder de tributar e exige uniformidade de critérios. Entende, ainda, a comissão, que a lei complementar vocacionada é o Código Tributário Nacional (art. 14), que foi recepcionado nos termos do § 5º do art. 34 do ADCT da CF/88 ¹⁰.

Não tenho dúvida – em face da ADI 2.028, em que o Ministro Moreira Alves sinalizou a relevância da corrente que sustenta a necessidade de lei complementar para veiculação das imunidades e detectou a impossibilidade de termos 5.500 leis ordinárias das 3 esferas da Federação, cada uma delas regulando, conforme os humores do legislador, as imunidades dos impostos inseridos em suas esferas respectivas de competência impositiva – que somente lei complementar pode explicitar o conteúdo da norma constitucional¹¹.

Um segundo aspecto de relevância diz respeito ao conceito de entidade beneficente.

Na já mencionada ADI, S.Exa. o Ministro Moreira Alves acompanhado por outros 9 ministros, declarou que a entidade filantrópica é espécie do gênero beneficente, que pode acobertar instituições filantrópicas e não filantrópicas – considerando estas até mais úteis, por terem maiores disponibilidades – desde que sem fins lucrativos.

Escreve S.Exa. que:

Aliás, são essas entidades – que, por não serem exclusivamente filantrópicas, têm melhores condições de atendimento aos carentes a quem o prestam

– que devem ter sua criação estimulada para o auxílio ao Estado nesse setor, máxime em época em que, como a atual, são escassas as doações para a manutenção das que se dedicam exclusivamente à filantropia¹². (grifos meus)

No voto do Ministro Moreira Alves, cabe realçar aspecto relevante, qual seja, o de que considerou as entidades sem fins lucrativos não filantrópicas não suscetíveis de sofrerem por parte da lei limitações não existentes na Constituição:

De outra parte, no tocante às entidades sem fins lucrativos educacionais e de prestação de serviços de saúde que não pratiquem de forma exclusiva e gratuita atendimento a pessoas carentes, a própria extensão da imunidade foi restringida, pois só gozarão desta “na proporção do valor das vagas cedidas integral e gratuitamente a carentes, e do valor do atendimento à saúde de caráter assistencial”, o que implica dizer que a imunidade para a qual a Constituição não estabelece limitação em sua extensão o é por lei¹³, o que considerou inconstitucional.

Um terceiro aspecto mister se faz considerar, ou seja, de que as instituições educacionais são consideradas de assistência social, se forem sem fins lucrativos.

É, ainda, S.Exa. quem esclarece:

Do exame sistemático da Constituição, verifica-se que a seção relativa à assistência social não é exauriente do que se deve entender como assistência social, pois, além de não se referir a carentes em geral, mas apenas a família, crianças, adolescentes, velhos e portadores de deficiência sem sequer exigir de todos estes que sejam carentes, *preceitua, em seu art. 203, que ela se fará independentemente de contribuição à seguridade social, a indicar que será gratuita*, o que só se compatibilizará com o disposto no parágrafo único do art. 149 – que permite que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituam contribuição cobrada de seus servidores para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social – *se se entender que, para a Constituição, o conceito de assistência social é mais amplo não só do doutrinário, mas também do adotado pelo art. 203 para a disciplina específica prevista nele e no dispositivo que se lhe segue*¹⁴ (grifos meus),

Demonstrando que a interpretação possível do art. 203 implica sentido mais abrangente da imunidade.

Pessoalmente, considero que, por ser a imunidade uma vedação absoluta ao poder de tributar, sua exegese só pode ser extensiva, visto que outorgar a faculdade ao ente tributante – com seus permanentes problemas de caixa – de definição do que seria o instituto poderia transformar, em verdade, o poder regulador em poder aproveitador, reduzindo o intuito constitucional de permitir que instituições sociais ou educacionais façam o que o governo deveria e não faz com seus tributos.

Em outras palavras, como no passado salientou o Ministro Thompson Flores,

no RE 80.603-SP:

Papel de imprensa – ato inexistente – interpretação literal.

Não são as dimensões (variáveis segundo o método industrial adotado) que caracterizam o papel para impressão. *Ao contrário da isenção tributária, cujas regras se interpretam literalmente, a imunidade tributária admite ampla inteligência.* (grifos meus)¹⁵

A imunidade tem de ser interpretada extensivamente – como de resto o foi na ADI 2.028 – para evitar a mutilação do desiderato constitucional, de permitir que tais instituições façam pelo País o que o governo não faz.

Infelizmente, as universidades federais, apesar de receberem 18% de impostos federais (art. 212 da CF) arrecadados e agregarem apenas cerca de 30% do alunado, estão quase sempre em crise.

O certo é que a imunidade tributária, constantemente, tem recebido interpretação extensiva – e sempre quando se faz necessária – para atalhar a ânsia e a voracidade dos fiscos. No caso das instituições de ensino, foi reconhecida por S.Exa., o Ministro Moreira Alves e mais 9 ministros, ao dar uma inteligência abrangente do art. 203 da CF, conforme transcrição anterior¹⁶.

Um quarto aspecto é de se considerar.

O art. 213 da CF declara que:

Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: I – comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; II – assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades¹⁷.

Ora, o requisito I, alargado, encontra-se no art. 14 do CTN, cuja redação repito:

O disposto na alínea *c* do inciso IV do art. 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 título de lucro ou participação no seu resultado; 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.

Abrangendo, pois, até mais do que a Constituição exige.

São, de resto, os únicos requisitos possíveis para que o Brasil tenha sua regulação das limitações ao poder de tributar, fundamentada em uma única concepção de imunidade e de condições, e não 5.500, como seria o caso, se fosse a lei ordinária, e não a complementar, a explicitar a Constituição.

Quanto ao inciso II, quase todas as instituições sem fins lucrativos, filantrópicas ou não, têm o dispositivo colocado em seus estatutos.

Ora, o que o art. 213 está determinando é que as instituições de educação *imunes* por força dos arts. 150, inciso VI, letra *e*, e 195, § 7º, filantrópicas ou não, desde que sejam sem fins lucrativos e preencham os requisitos dos seus incisos I e II, *não só gozem de imunidades, como possam receber recursos públicos*.

De qualquer forma, o art. 213, em nenhum momento, cuida de *imunidades*, sendo, portanto, imprestável para sustentar argumentação no sentido de que *a imunidade* é um recurso público colocado nas escolas.

E, aqui, já cuido do quinto ponto preambular.

Que é uma imunidade tributária? É a vedação absoluta ao poder de tributar. Ao Poder Público está interditado entrar em determinadas áreas para tributá-las. Não há que se falar em renúncia fiscal, nas imunidades, visto que nada se pode tributar em relação a estas situações, pessoas ou bens, constitucionalmente protegidos da imposição fiscal. Não há, portanto, renúncia a nada e se não está renunciando a nada, não está versando “recursos públicos” decorrentes da imunidade, nas instituições mencionadas no art. 213¹⁸.

O art. 213 cuida, portanto, de recursos efetivos, e não de “renúncias” ao que não existe, ao que o Poder Público não tem, à proibição do “direito de tributar”.

Em palavras definitivas, não pode o Poder Público considerar a *imunidade* uma *renúncia fiscal*, visto *que não pode renunciar àquilo que nunca teve e nunca terá*, visto que as imunidades são cláusulas pétreas da Lei Maior.

Com efeito, nem lei ordinária, nem lei complementar, nem emenda constitucional podem alterar as imunidades tributárias, por serem cláusulas pétreas, por força do art. 60, § 4º, inciso IV da CF:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais¹⁹.

E para a constatação de que as imunidades são cláusulas pétreas, basta atentar para o *caput* do art. 150 da CF, que diz:

Art. 150. *Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

III – cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

IV – utilizar tributo com efeito de confisco;

V – estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;

VI – instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

b) templos de qualquer culto;

c) *patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;*

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão; (grifos meus)

Sendo, seu inciso VI, totalmente dedicado às imunidades.

O que diz o art. 150, *caput*, é que, além de todas as garantias expostas nele, *há outras asseguradas na Constituição. As imunidades, entretanto, estão expressamente contempladas.*

Um sexto ponto merece consideração e diz respeito à autonomia das universidades.

O art. 207 da Constituição Federal declara que são autônomas as universidades, estando assim redigido:

As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão (grifos meus).

Não há condicionamento a esta autonomia, nem pode haver restrição legal a turvar a eficácia dessa autonomia.

Se a lei ordinária ou complementar pretender reduzir a ampla autonomia que a Constituição assegura, será uma lei complementar ou ordinária inconstitucional.

É interessante que o art. 207 não condiciona a autonomia aos termos da lei, mas apenas declara que as universidades e os institutos de pesquisas são autônomos, e, neste particular, a lei não pode reduzi-la ²⁰.

Um sétimo ponto merece consideração, a saber: o art. 209 da CF só impõe ao

ensino privado duas condições, ou seja, *cumprir as normas gerais de educação*, que não podem ser restritivas, e ser avaliado pelo Poder Público.

Está assim redigido:

O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:
I – cumprimento das normas gerais da educação nacional; II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público ²¹.

Ora, preenchidas as duas referidas condições, a universidade privada, constitucionalmente, deve ter autonomia, nos termos do art. 207 e, se for beneficente (filantrópica ou não filantrópica sem fins lucrativos), não pode sofrer qualquer restrição não existente ou admitida pela Constituição.

Um oitavo aspecto há de ser considerado.

O art. 170, parágrafo único, da CF declara que:

É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei,

Mostrando que não pode haver restrição – e a Constituição não a impõe, no capítulo da educação – às instituições universitárias, desde que preencham exclusivamente a lei de diretrizes e bases, devendo ser reconhecidas e não obstaculizadas ²².

Qualquer restrição que implique limitar sua atuação, passando a ter de responder por ações próprias do ensino público universitário, é manifestamente inconstitucional.

É de se lembrar que, obedecidas as condições constitucionais dos arts. 207, 209 e 213 da Lei Suprema, as instituições sem fins lucrativos (filantrópicas ou não) *não podem ser impedidas de atuar, em virtude de restrições não constitucionais*.

O dispositivo está, de resto, vinculado ao disposto no art. 174, *caput*, segundo o qual, quanto à iniciativa privada, o planejamento econômico é meramente indicativo, estando assim redigido:

Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, *sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*. (grifos meus)

Ora, qualquer planejamento econômico oficial que imponha ônus ao segmento privado é inaceitável, principalmente se a não-adesão ao planejamento econômico meramente indicativo acarretar sanções ao que não desejar nele ser incluído ²³.

Em outras palavras, sendo livre à iniciativa privada o ensino universitário, desde que respeitados os parâmetros dos arts. 209 e 213, quando se trata de instituições filantrópicas, à evidência, aplica-se a tais instituições os arts. 170, parágrafo único, e 174, da Carta Maior, que impedem o planejamento econômico obrigatório, para o segmento privado – o que, no caso das instituições universitárias privadas, ocorreria com o Prouni, ao condicionar a sua não-adesão a determinadas sanções.

Um nono aspecto é de ser considerado. E é elementar. Imunidade não se confunde com isenção.

Embora seja sempre desagradável a auto-citação, mas por questão de facilidade, em face da urgência requerida, explico, de forma didática, a diferença entre isenção, não-incidência e imunidade, transcrevendo trecho do livro *Direito Empresarial*:

A imunidade é o mais relevante dos institutos desonerativos. Corresponde vedação total ao poder de tributar. A imunidade cria área colocada, constitucionalmente, fora do alcance impositivo, por intenção do constituinte, área necessariamente de salvaguarda absoluta para os contribuintes nela hospedados. A relevância é de tal ordem que a jurisprudência tem entendido ser impossível a adoção de interpretação restritiva a seus comandos legais, sendo, obrigatoriamente, a exegese de seus dispositivos ampla.

Compreende-se o desenho pretoriano, visto que os crônicos *deficits* públicos, cujo mérito não nos cabe examinar na área específica do Direito Tributário, eis que de reflexo jurídico apenas no campo do Direito Financeiro e econômico, terminam por gerar tentações ao poder tributante de reduzir o espectro de atuação da norma vedatória. A fim de fulminar tais conveniências exegéticas, o Supremo tem, reiteradamente, insistido que a imunidade só se pode interpretar extensivamente. A publicidade obtida pelos próprios jornais, apesar de não constar expressamente do art. 19, inciso III, letra *d*, da EC 1/69, nele foi incluída por força de decisões da mais alta Corte.

Na imunidade, não há nem o nascimento da obrigação fiscal, nem do conseqüente crédito, em face de sua substância fática estar colocada fora do campo de atuação dos poderes tributantes, por imposição constitucional. Independe, portanto, das vontades legislativas das competências outorgadas pela Lei Maior.

A não-incidência, materialmente, se reveste da mesma estrutura. Não há nem nascimento da obrigação tributária, nem do crédito respectivo, em face de que as pessoas ou situações postas fora da imposição não geram, por seus atos ou ocorrências fáticas, nem obrigação, nos termos dos arts. 113 e 114 do CTN, nem crédito correspondente (arts. 139 e 142), que é o ingresso para o universo administrativo, em nível de conhecimento e ação, do vinculado fato gerador.

A diferença reside, todavia, na origem do instituto. Na hipótese de não-

incidência impede-se o surgimento da obrigação e do crédito, porque o poder tributante, que pode, não deseja poder. Tem a faculdade constitucional de impor, mas abdica do exercício de sua capacidade. Na imunidade, o poder tributante não tem qualquer poder. Não abdica do exercício de nenhum direito, porque não tem nenhum direito à imposição.

Na não-incidência, o poder tributante poderá preencher a área não acobertada por sua ação, sempre que o desejar, através de atos oriundos de suas casas legislativas, direta ou indiretamente.

Desta forma, a não-incidência se constitui no abandono do exercício da competência impositiva, não por falta de capacidade, mas por ato de príncipe, enquanto na imunidade tal exercício está definitivamente proibido. A não-incidência cria área provisória de afastamento da obrigação tributária, enquanto a imunidade, área definitiva.

Embora com conseqüências semelhantes, no concernente aos efeitos sobre o sujeito passivo da relação tributária, a isenção difere das duas outras figuras legislativas. *É que na isenção nasce a obrigação tributária, sendo apenas excluído o crédito correspondente.*

Tal colocação decorre do art. 175 do CTN, assim redigido:

“Art. 175 Excluem o crédito tributário: I – a isenção; II – a anistia.

Parágrafo único. A exclusão do crédito tributário não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja excluído, ou dela conseqüentes.”

O STF adotou a interpretação acima (nascimento da obrigação tributária e eliminação do crédito), a partir dos polêmicos casos de créditos escriturais de ICM nas importações de matérias-primas antes da EC 23/83. Negou, por outro lado, direito ao mesmo nas hipóteses de diferimento da incidência.

É que, no primeiro caso, a hipótese configurava-se como de isenção (nascimento da obrigação tributária e exclusão do crédito), razão pela qual a obrigação nascida gerava direito a crédito escritural, que não se confunde com crédito tributário.

No segundo, a hipótese ganhava a tonalidade de não-incidência, com o que a inexistência de nascimento da obrigação tributária acarretava o afastamento de pretensão direito a crédito escritural, inviável por força da não-incidência.

Desta forma, na isenção nasce a obrigação tributária, não nascendo o crédito tributário, vale dizer, a obrigação tributária existe, mas o poder tributante concede o favor ao contribuinte de não convertê-la em crédito tributário²⁴.

O que o governo não pode é confundir a imunidade – que é uma vedação absoluta ao poder de tributar, ou seja, área interdita à ação impositiva do Fisco – com isenção, que os governos podem conceder – e aí é concessão – em face de determinados preceitos de interesse da comunidade, e com “não-incidência”, que

corresponde ao não-exercício do poder impositivo ²⁵.

No que diz respeito às entidades imunes de educação, não se trata de entidades isentas, visto que *não é a lei ordinária que outorga a isenção, mas sim a Constituição que proíbe a tributação*.

E um último ponto de extrema relevância diz respeito ao princípio da igualdade.

A Constituição proíbe que brasileiros sejam tratados desigualmente. O aluno universitário, seja ele qual for, deve ter os mesmos direitos, não podendo a lei discriminar, dizendo que as minorias têm mais direitos que as majorias, inclusive o direito de ingressar com menor qualificação técnica nas universidades públicas e privadas.

Estou convencido de que, por força do art. 3º, inciso IV, da Constituição, assim redigido:

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
.... IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Não pode haver discriminação de qualquer natureza. Em outras palavras, o branco não pode ser discriminado em relação ao preto, por ser branco, risco de se ferir o art. 3º da CF. É de se lembrar que o constituinte usa expressão de indiscutível densidade, ao dizer “*quaisquer outras formas de discriminação*”, além das enunciadas ²⁶.

Entendo que as políticas públicas, os recursos públicos – nas imunidades não há recursos públicos – podem ser direcionados às minorias, por meio de ações afirmativas. O que não pode haver é discriminação das majorias, por força de uma concepção errônea do princípio da igualdade e “da não-discriminação”, que leva o branco a ser um cidadão inferior ao negro, em face de estes estarem privilegiados por técnicas e qualificações a que aqueles não têm acesso.

Enfim, não pode a lei ordinária criar qualquer discriminação, em relação a todas as imunidades, até porque, por força do *caput* do art. 5º da CF, assim redigido:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (grifos meus)

No Brasil, todos são iguais perante a lei, não podendo ser discriminados, por preconceitos ou ideologias, alguns cidadãos em relação aos outros ²⁷.

E no ensino universitário, principalmente, visto que as ações afirmativas

deveriam levar o Estado a oferecer ensino básico de igual qualidade às minorias despreparadas, e não pretender que, no ensino universitário, se outorguem privilégios não técnicos ou em decorrência da má qualificação àqueles a quem o Estado negou-se a oferecer, no ensino básico, a qualificação necessária.

Não se constrói um prédio sem alicerces. Um prédio de 3 andares não se começa a construir pelo 3º andar, mas pelas fundações.

Todo o projeto que pretende nivelar, no ensino universitário, o que o governo se omitiu em fazer, no ensino básico, é discriminatório e não-isonômico, não merecendo, pois, a albergagem da Constituição.

E, à evidência, proibir que determinados cidadãos tenham acesso a financiamento para cursar universidades privadas, a não ser que cursem as universidades que o governo escolha – o que implica planejamento obrigatório para o setor privado, que é inconstitucional – é forma não só discriminatória, como fere fantásticamente o princípio da igualdade²⁸.

Em face dos 10 pressupostos atrás examinados, tenho entendido em pareceres, conferências, artigos e escritos que todos os projetos de lei ou leis – há no Rio de Janeiro lei estadual impondo ações afirmativas – que buscam turvar a clareza da distinção entre imunidade e isenção, ou criar discriminações e desigualdades inexistentes na Constituição, são inconstitucionais, merecendo, pois, a matéria melhor reflexão de todos os operadores do Direito Tributário, nas universidades, magistratura, advocacia, Ministério Público e Administração Oficial.

Notas

¹ Pontes de Miranda ensina sobre o direito pretérito que: “Mesmo quando o art. 18, § 1º, diz que pode constar de lei complementar a regulação das ‘limitações constitucionais do poder tributário’, com isso não abriu portas a limitações pela União no tocante à tributação: o que se permitiu foi regularem-se as ‘limitações constitucionais do poder de tributar’, isto é, limitações que constem da Constituição, e não estabelecerem-se limitações extraconstitucionais. *Regular limitação constitucional não é criar limitações, porque, aí, seria o legislador, e não o Congresso Constituinte, que limitaria*” (grifos meus) (*Comentários à Constituição de 1967 c/a Emenda 1 de 1969*, tomo II, Ed. Forense, p. 384).

² É ainda Pontes de Miranda que esclarece a função da lei complementar: “Lei complementar pode regular limitações constitucionais; não criar limitações. *Lei que cria limitações não está a regular limitações constitucionais, está a limitar*. As limitações seriam suas, e a Constituição de 1967 não as permitiu” (grifos meus) (ob. cit. p. 385).

³ Pesquisas Tributárias – Nova Série 5, *Processo Administrativo Tributário*, Ed. Centro de Extensão Universitária/Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2001, p. 31.

⁴ “E, a meu ver, está absolutamente correto. Porque não é possível se admitir que uma lei complementar, ainda que a *Constituição diga que ela pode regular limitações à competência tributária, possa aumentar restrições a essa competência. Ela pode é regulamentar. Se é que há o que regulamentar, em matéria de imunidade*, no sentido de ampliá-la ou reduzi-la. Porque isso decorre estritamente da Constituição. Quando se diz, por exemplo, ‘para atender às suas finalidades essenciais’, não é a lei que vai dizer quais são as finalidades essenciais. *Quem vai dizer quais são as finalidades essenciais é a interpretação*”

da própria Constituição. Porque Constituição não se interpreta por lei infraconstitucional, mas a lei infraconstitucional é que se interpreta pela Constituição” (grifos meus) (ob. cit. p. 31/32).

⁵ *Comentários à Constituição do Brasil*, 6º v., tomo I, Ed. Saraiva, 1990, p. 184.

⁶ Escrevi: “O segundo inciso faz menção às limitações ao poder de tributar expostas na Constituição, reproduzindo o discurso anterior. Apenas, no Texto anterior, a limitação era ‘do poder’ e não, como no Texto atual, ‘ao poder’ de tributar. Se a limitação é ao poder de tributar, tal limitação refere-se à faculdade que o poder tributante tem de tributar. Se a limitação fosse do poder de tributar, tal limitação referir-se-ia ao próprio poder tributante. A configuração gramatical, todavia, não altera o produto final da limitação, que impõe restrições, de rigor, à faculdade e ao próprio poder, por decorrência. Tais limitações, todavia, estão no Texto Constitucional, sendo pequeno o âmbito de ação outorgada ao legislador complementar. O pequeno campo de atuação do passado continua no presente” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 6º v., tomo I, Ed. Saraiva, 2ª ed., 2001, p. 88).

⁷ Coordenação de Análise de Jurisprudência, DJ 16/06/00, Ementário 1995-1, Tribunal Pleno, 11/11/99.

⁸ “Embora relevante a tese de que, não obstante o § 7º do art. 195 só se refira à ‘lei’, sendo a imunidade uma limitação constitucional ao poder de tributar, e de se exigir lei complementar para o estabelecimento dos requisitos a ser observados pelas entidades em causa, no caso, porém, dada a relevância das duas teses opostas, e sendo certo que, se concedida a liminar, *revigorar-se-ia legislação ordinária anterior que não foi atacada, não deve ser concedida a liminar pleiteada.*

É relevante o fundamento da inconstitucionalidade material sustentada nos autos (o de que os dispositivos ora impugnados – o que não poderia ser feito sequer por lei complementar – *estabeleceram requisitos que desvirtuam o próprio conceito constitucional de entidades beneficentes de assistência social, bem como limitaram a própria extensão da imunidade.* *Existência, também, do periculum in mora.*

Referendou-se o despacho que concedeu a liminar para suspender a eficácia dos dispositivos impugnados nesta ação direta” (grifos meus) (*Comentários à Constituição do Brasil*, 6º v., tomo I, ed. 2001, ob. cit. p. 205/206).

⁹ *Processo Administrativo Tributário*, Pesquisas Tributárias – Nova Série 5, 2ª. ed. atualizada, ed. CEU/Revista dos Tribunais, p. 32/33.

¹⁰ *Processo Administrativo Tributário*, ob. cit. p. 752/753.

¹¹ O Ministro Moreira Alves admite lei ordinária de conteúdo inócuo, ao dizer: “Porque aí é absolutamente inócua a existência ou não daquela lei, porém ela não é inconstitucional, desde que ela tenha interpretado a Constituição de acordo com o que a interpretação mais correta da Constituição leve a concluir. Porque é óbvio. Se vem uma lei ordinária e diz o que a Constituição diz, interpretando bem a Constituição, não se vai declarar inconstitucional aquela lei que disse aquilo que, ainda que ela não dissesse, seria a interpretação decorrente diretamente do texto constitucional” (grifos meus) (*Processo Administrativo Tributário*, ob. cit. p. 32).

¹² ADI’s 2.028-5 e 2.036-6/DF (Medida Liminar), DJ 16/06/00, Ementário 1995-1.

¹³ ADI 2.028-5.

¹⁴ ADI’s 2.028-5 e 2.036-6/DF (Medida Liminar), DJ 16/06/00, Ementário 1995-1.

¹⁵ DJU de 24/5/79, p. 4.090.

¹⁶ Na linha de interpretação extensiva da imunidade, leia-se o seguinte acórdão: “*Revista Médica – anúncios nela inseridos – imunidade.*

Despacho (negando) indeferindo o RE (indeferindo o agravo para subida do RE), interposto pela PMSP, e confirmando o entendimento de que a imunidade constitucional abrange não só a revista,

como periódico, como também, os anúncios ou publicidade. Citados, nesse sentido, dois acórdãos do Pleno do STF: RE 77.867/RR, na RTJ 72.189; RE 87.049/SP, na RTJ 87-608/612. O despacho é do Min. Oscar Corrêa, DJU de 16/11/82, p. 11.577”.

¹⁷ Celso Ribeiro Bastos refere-se exclusivamente a “recursos públicos” colocados, isto é, *disponibilizados*, não cuidando da denominada “renúncia fiscal”, que não existe nas imunidades, por serem estas vedações ao poder de tributar. Escreveu: “Fica estabelecido, de acordo com o preceito contido no art. 213 da Constituição, que a prioridade de *distribuição dos recursos públicos* deve recair precipuamente sobre as escolas públicas. Contudo existe a possibilidade de *se destinarem os recursos públicos* às escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas por lei. Esse benefício não será concedido aleatoriamente, mas sim de acordo com a determinação e o entendimento de lei infraconstitucional. Para receber os benefícios, os estabelecimentos de ensino deverão preencher os requisitos contidos nos incisos I e II do art. 213 da Constituição.

Cumprir dizer que um dos objetivos do dispositivo constitucional sob comento é impedir que os *recursos públicos sejam destinados a entidades de ensino com finalidade lucrativa*” (grifos meus) (*Comentários à Constituição do Brasil*, 8º v., Ed. Saraiva, 2000, p. 734).

¹⁸ O Ministro José Delgado ensina: “A imunidade tributária é uma vedação constitucional à competência tributária. Por essa razão, Amílcar Araújo Falcão a concebeu como sendo:

‘... forma qualificada ou especial de não-incidência por supressão, na Constituição, de competência impositiva ou do poder de tributar, quando se configuram certos pressupostos, situações ou circunstâncias previstas pelo Estatuto Supremo’, acrescentando a seguir: ‘*A interpretação do seu alcance há de se voltar para não enfrentá-la como sendo um favor ou uma renúncia fiscal. A sua atuação tem força de limitar o poder de tributar, considerando-se a necessidade de preservação de determinados valores tidos como indispensáveis e relevantes para a sociedade*’. Há, portanto, uma razão principiológica de maior alcance presente em qualquer espécie de imunidade que se vincula ao valor que visa a proteger. *Imunidade é obstáculo criado por disposição constitucional, resultando na não-incidência de qualquer lei ordinária que visa a tributar determinado fato econômico ou financeiro*” (grifos meus) (*Imunidades Tributárias, Pesquisas Tributárias*, Nova Série 4, ob. cit. p. 54/55).

¹⁹ *Escrevi*: “Os direitos e garantias individuais conformam uma norma pétrea. Não são eles apenas os que estão no art. 5º, mas, como determina o § 2º do mesmo artigo, incluem outros que se espalham pelo texto constitucional e outros que decorrem de uma implicitude inequívoca. Trata-se, portanto, de um elenco cuja extensão não se encontra em textos constitucionais anteriores.

Em posição diversa, entendo que os direitos e garantias individuais são aqueles direitos fundamentais plasmados no texto constitucional – e apenas nele – afastando-se, de um lado, da implicitude dos direitos não expressos ou de veiculação infraconstitucional, assim como restringindo, por outro lado, aqueles direitos que são assim considerados pelo próprio texto e exclusivamente por ele. Os direitos e garantias individuais conformam uma norma pétrea. Não são eles apenas os que estão no art. 5º, mas, como determina o § 2º do mesmo artigo, incluem outros que se espalham pelo texto constitucional e outros que decorrem de uma implicitude inequívoca. Trata-se, portanto, de um elenco cuja extensão não se encontra em textos constitucionais anteriores.

Assim sendo, o art. 150 faz expressa menção a direitos e garantias individuais, como tais conformados no capítulo do sistema tributário. Tal conformação, à evidência, oferta, por este prisma, a certeza de que está ela no elenco complementar do art. 150 e, por outro, que é tido pelo constituinte como fundamental.

Por tal perfil, apenas os direitos e garantias individuais expressamente expostos no artigo da Constituição seriam cláusulas pétreas.

O Supremo Tribunal Federal parece ter hospedado tal exegese no momento em que não acatou como cláusula pétrea o direito individual do contribuinte a estar assegurado por um sistema tributário

inelástico, com a válvula de escape decorrente da competência residual da União, *visto que não era expressa a cláusula*.

Na ocasião, a EC 3/93, entretanto, foi tisonada por aqueles que defendiam que os direitos individuais não seriam cláusulas pétreas, pois o STF acatou as cláusulas expressas.

Assegurou, pois, o Pretório Excelso, aos contribuintes, ao reconhecer a prevalência do explícito princípio da anterioridade, ou seja, o direito de não ser tributado no mesmo exercício, apesar de a exigência ser decorrente de emenda constitucional. Não estendeu, todavia, esse reconhecimento ao princípio implícito de não ser incidido por nenhum outro tributo que não aquele da competência residual, por decorrente do princípio do ‘sistema fechado e inelástico’.

Tal sinalização do STF, à nitidez, facilitou a conformação mais nítida dos limites da petrificação normativa no concernente aos direitos e garantias individuais.

Como se percebe, a Suprema Corte sinalizou os limites das garantias e direitos individuais, estabelecendo que a Constituição Federal, para cada direito, assegurou o exercício de uma tutela, isto é, há uma garantia para cada direito elencado na Lei Maior.

Desta forma, direitos e garantias individuais explícitos, no Texto Supremo, são imodificáveis por emenda” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 4º v., tomo I, Ed. Saraiva, 3ª ed., 2002, p. 417/420).

²⁰ Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece: “*Autonomia*. O termo evidentemente não é empregado no seu sentido etimológico, grego, de ‘independência’, mas sim no de autodeterminação dentro de limites traçados por norma superior. É a lição de Mortati (*Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1967, v. 2, p. 694): ‘Poder de autodeterminação exercitável de modo independente mas nos limites consentidos pela lei estatal superior’.

Claro está, portanto, que é a lei, no caso a Lei de “Diretrizes e Bases da Educação Nacional” (v., supra, art. 22, XXIV), que vai definir a extensão desse poder de autodeterminação. *Entretanto não poderá negá-la, numa medida mínima que seja, quanto às matérias anunciadas neste artigo: didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial*” (grifos meus) (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, v. 2, Ed. Saraiva, 2ª ed., 1999, p. 246).

²¹ A eminente vice-presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Professora e Desembargadora Diva Malerbi, declara que para gozo da imunidade do art. 150, VI, inciso c, da CF: Esta cláusula, “atendidos os requisitos da lei”, constante do art. 150, VI, c, da Constituição Federal deve assim ser interpretada:

(1) É de observância obrigatória pelos partidos políticos e suas fundações, entidades sindicais dos trabalhadores e pelas instituições de educação e de assistência social.

(2) *Tal lei, pela interpretação sistemática da Constituição, só pode ser a lei complementar (CF, art. 146, II). Toda imunidade é uma limitação do poder de tributar. Estas, no sistema da Constituição atual, só podem ser reguladas por lei complementar.*

(3) Tal lei complementar não é lei federal, mas nacional, de observância obrigatória por parte da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

(4) Tal lei complementar, na espécie, ocupa-se tão-somente em explicitar as medidas aptas a assegurar a eficácia jurídica do comando contido no art. 150, VI, c, da Constituição Federal. *Só o constituinte pode definir os limites em que deve ser exercido o poder tributário (imunidades) e só a lei complementar da Constituição Federal pode regulá-la. Mas não lhe é dado anular ou restringir a eficácia do comando constitucional.*

(5) Faz as vezes da lei complementar pedida pela Constituição, na espécie, o art. 14 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66), assim recepcionado na ordem constitucional que se lhe seguiu.

⁶⁾ De acordo com o art. 14 do Código Tributário Nacional, *só gozarão de imunidade: a) se não tiverem fins lucrativos; b) se aplicarem todos os seus recursos no País; c) se escriturarem suas receitas em livros próprios e de modo hábil a permitir a verificação de sua exatidão*” (*Imunidades Tributárias, Pesquisas Tributárias – Nova Série 4*, ed. CEU/Revista dos Tribunais, 1998, p. 73).

²² José Cretella Jr. lembra que: “Não se trata de trabalho, ofício ou profissão, exercícios assegurados pelo art. 5º, XIII, da Constituição, mas de exercício de atividade econômica, industrial, comercial ou artesanal, não proibido, aliás, desde 1824, quando a Constituição do Império, art. 179, prescreveu: ‘Nenhum gênero de indústria ou comércio pode ser proibido’. O exercício de atividade econômica é permitido, independentemente de autorização de órgão público, salvo nos casos previstos em lei” (*Comentários à Constituição 1988*, VIII, Forense Universitária, 1993, p. 3.987).

²³ Miguel Reale esclarece: “Vem, a seguir, o art. 174, que tem sido o cavalo de batalha dos que persistem em *proclamar a natureza intervencionista do Estatuto Político de 1988*. Nada melhor do que a reprodução desse preceito: ‘Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá na forma da lei (note-se) as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado’ (grifei).

Em face de um texto tão claro, custa-me crer que se possa pensar em dirigismo econômico, cuja característica principal é a natureza imperativa e não meramente indicativa do planejamento para os particulares, considerados individualmente ou consorciados em empresas.

Dir-se-á que o Estado é configurado como ‘agente normativo e regulador’ da economia, mas, a esta altura da evolução histórica, a afirmação contrária daria provas de preocupante irrealismo. O importante é que se declare, tal como consta do mencionado art. 174, que, naquela qualidade, o Estado deverá exercer suas funções de fiscalização e planejamento ‘na forma da lei’. Mais uma vez o princípio da legalidade baliza a ação estatal e de modo puramente indicativo.

Praticam, pois, um grande erro aqueles que não contribuem com uma interpretação objetiva e serena do texto constitucional, assumindo atitude hostil ou depreciativa perante o Estatuto de 1988, o qual, apesar das múltiplas contradições que o comprometem, abre clareiras à defesa tão necessária da livre iniciativa, o que quer dizer, da economia de mercado” (grifos meus) (*Aplicações da Constituição de 1988*, ed. Forense, 1990, p.15).

²⁴ *Direito Empresarial – Pareceres*, 2ª ed., Forense, 1986, p. 298 a 302.

²⁵ Escrevi: “Esta é a razão pela qual a interpretação das isenções é literal (leia-se restritiva), nos termos do art. 111 do CTN, assim redigido: ‘Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I – suspensão ou exclusão do crédito tributário; II – outorga de isenção; III – dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias’.

O poder que concede o favor é aquele com o direito a explicitar os limites da concessão, por sua casa legislativa, desde que não retirando o estímulo concedido por interpretações não restritivas, mas mutiladoras. Quem dá tem o direito de dizer como deu, mas não de dizer que não deu” (*Direito Empresarial – Pareceres*, ob. cit. p. 303).

²⁶ Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, ao comentar o dispositivo, lembra que a lei deverá exigir o cumprimento destas ‘não-discriminações’, o que decididamente não ocorre com o Prouni, *que cria discriminações*. Declara: Na existência efetiva da regra jurídica que há de fazer cumprir os objetivos fundamentais do Estado, temos de atender no tempo em que ela se elabora e faz viva, no momento em que passa a incidir sobre fatos, assegurando a si mesma capacidade (força) para ministrar mudanças e novas relações.

‘Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação’, conduz o hermeneuta ao conhecimento (art. 6º) do que asseguram ‘aos brasileiros e estrangeiros residentes no País os direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade’.

Os pressupostos objetivos de fundo, levados em termos políticos à problemática geossocial, darão ao Estado motivos ou concedem ao Estado poder ou razões de ordem jurídica para pedir leis que supram adequadamente normas constitucionais nas esferas de competência federal, estadual e municipal” (*Comentários à Constituição*, 1º v., Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1990, p. 144).

²⁷ Pinto Ferreira lembra que: “*Igualdade* – O princípio da igualdade é norma constitucional básica, chamada também de princípio da isonomia, consistindo na igualdade jurídico-formal de todos diante da lei. O seu objetivo é extinguir privilégios (RDA,55:144).

Tal princípio deve ser apreciado como uma dupla perspectiva: igualdade na lei e igualdade perante a lei, esta pressupondo a lei elaborada.

O direito grego possuía dois princípios: o da isonomia (igualdade perante a lei) e o de eunomia (o de respeito à lei), como conceitos compatíveis e que se opunham à tirania.”

A síntese do texto constitucional abrange qualquer diferença de tratamento advinda do Legislativo, do Executivo e do Judiciário por motivo de raça, nascimento, classe social, riqueza, sexo etc.

O princípio da igualdade aplica-se “às pessoas naturais, tutelando ainda as pessoas jurídicas, exceto disposição constitucional expressa” (grifos meus) (*Comentários à Constituição Brasileira*, 1º v., Ed. Saraiva, 1989, p. 62).

²⁸ Celso Bastos esclarece: “IV – ‘Promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação’. Neste inciso consagra-se formalmente a igualdade. Trata-se, mais uma vez, de colocar sob a modalidade de um objetivo prático o que vem enunciado de forma principiológica na Constituição.

O art. 5º da Constituição categoricamente afirma: ‘Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza’.

É óbvio que o art. 5º já encerrava em si mesmo, no caráter enxuto da sua redação, todas as significações inseridas no inciso sob comentário. *É claro que diante da igualdade de todos perante a lei não há lugar para o preconceito de origem, de raça, sexo, cor, idade etc.*” (grifos meus) (*Comentários à Constituição do Brasil*, 1º v., Ed. Saraiva, 2001, p. 493).

A Função Realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil

Flávio Dino de Castro e Costa*

1. As políticas públicas no Brasil – tragédias, dores e funerais

Há dois anos e meio coordenando os Juizados Especiais Federais no Distrito Federal, tenho todos os dias deparado com casos que denunciam o imenso *deficit* na implementação de políticas públicas em nosso País¹. Um pai, com visíveis problemas mentais, transitando pelos nossos corredores em busca de um benefício assistencial para sustentar seus dois pequenos filhos, deixados pela mãe. Um por-

*N.E.: Juiz federal da 23ª Vara e coordenador dos Juizados Especiais Federais no DF, mestre em Direito Público (UFPE), professor de Direito Administrativo na UnB, ex-presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe.

tador do vírus HIV que luta por uma aposentadoria há oito anos, em meio a lágrimas e interações. Uma mãe que postula pensão em virtude da morte do seu filho que a sustentava, trabalhando na construção civil, vítima de um simples prego no pé não adequadamente tratado (“vá para casa, não é nada grave....”).

Para além de considerações de doutrina jurídica, esses casos parecem-me mais pujantes para, no pórtico deste estudo, destacar uma pré-compreensão essencial: a tarefa de realização dos direitos fundamentais no Brasil é escandalosamente incompleta.

Outros indicadores reforçam essa premissa.

No Brasil, a teoria do desenvolvimento desigual e combinado demonstra toda sua pertinência. Trotski, citado por Raymundo Faoro em *Os Donos do Poder*, afirma: “Índios lançaram fora os arcos e flechas e apanharam imediatamente os fuzis, sem percorrer o caminho que havia entre essas duas armas no passado. (...) Desta lei universal da desigualdade do ritmo decorre outra lei que, na falta de melhor nome, pode denominar-se lei do desenvolvimento combinado, no sentido da aproximação das etapas diversas, da combinação de fases discordantes, *da amálgama de formas arcaicas com as modernas*.”²

Esse amálgama revela-se, por exemplo, na inadequação da transposição mecânica para o nosso País do clássico ensinamento acerca da evolução histórica dos direitos fundamentais: direitos individuais (1ª geração), direitos políticos (2ª geração), direitos sociais (3ª geração). O descolamento desse esquema conceitual da prática brasileira é manifesto. No plano da efetividade, os direitos políticos estão mais universalizados do que os direitos individuais clássicos. No nosso País, o alistamento eleitoral quase universal e as urnas eletrônicas (direitos de 2ª geração na “era da pós-modernidade”) convivem com a difusão de formas de trabalho escravo e com assassinatos de moradores de rua, privados não só do direito à moradia, mas também do direito à integridade e à liberdade de ir-e-vir (de 1ª geração).

Tal amálgama jurídico decorre de vários fatores, merecendo destaque a brutal concentração de renda. Esta “é medida pelo índice de Gini, que vai de 0 a 1. Zero significaria que cada um dos habitantes de um país teria renda idêntica, situação ideal, mas obviamente utópica. Índice 1, ao contrário, seria o número de um país em que a renda estivesse toda na mão de uma só pessoa, outra situação impossível. O Gini do Brasil, no Relatório/2001, mas com base em dados de 1997, era de 0,591. No Relatório/2002, com base em dados de 1998, aumentou para 0,607. Renda mais concentrada que a do Brasil só em Serra Leoa, República Centro-Africana e Suazilândia, paupérrimos países africanos”³. Celso Furtado lembra que: “Nos países de renda *per capita* semelhante à do Brasil (4.500 dólares) a percentagem de pobres é de cerca de 10% da população total, portanto, menos de um terço da percentagem brasileira (34%)”⁴.

Tudo isso é ainda agravado pelas imensas assimetrias regionais, que reforçam o citado modelo de desenvolvimento desigual. Na última pesquisa sobre o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH dos Municípios brasileiros, dos 20 piores, 8 ficam no Maranhão, 5 no Piauí e 3 no Amazonas.

A proposta do presente artigo é analisar quais os papéis e quais os limites do Poder Judiciário na busca da superação desse panorama claramente inconstitucional, por intermédio da alteração de políticas públicas.

Considero imprescindível destacar nesta introdução que não pretendo, de modo idealista e ingênuo, sustentar o papel central de soluções jurídicas para a problemática exposta. Como leciona Pietro Barcelona, “não basta transformar as expectativas em direitos se não se toca nas condições prático-materiais que determinam seu aparecimento e definem os âmbitos em que eles podem ser efetivados”.⁵

2. O Judiciário é um intruso na “casa alheia” ?

Ainda no campo das considerações introdutórias, uma questão é obrigatoriamente posta quando se debate acerca da função do Judiciário no controle das atividades típicas dos demais ramos do Estado: até onde isso não se torna inconstitucional, por violar a independência entre os Poderes?

Somente é possível enfrentar este problema, destruindo um mito consistente “na atribuição a Montesquieu de um modelo teórico reconduzível à teoria dos três Poderes rigorosamente separados”, como expõe Canotilho⁶. Para tanto, é imprescindível situarmos o princípio em foco no âmbito da filosofia liberal, recompondo-se a partir daí a sua historicidade, como faremos a seguir.

A principal marca do Iluminismo – movimento no bojo do qual emerge o liberalismo – é uma visão racionalista e antropocêntrica do mundo. A revelação divina deixa, assim, de ser o principal parâmetro da verdade, ocorrendo um processo de secularização das ciências, que tem repercussões inclusive no terreno das teorias e práticas políticas, na medida em que desaparecem as bases de justificação de um poder estatal ilimitado. A impregnação da filosofia liberal por estes postulados pode ser identificada nitidamente em Locke⁷ e Montesquieu⁸ – os dois teóricos fundamentais do princípio da tripartição funcional do Estado.

No tocante a Locke, é importante sublinhar que a sua visão sobre o pacto que funda o Estado é diversa da exposta por Hobbes. Para este, o estado de natureza que antecede ao mencionado pacto é caracterizado pela “guerra de todos contra todos”, decorrente do incontrolável apetite egoísta dos homens. Para saírem desta situação incômoda, os indivíduos renunciam à liberdade total e instituem o Esta-

do, limitado somente pelo seu dever de evitar a sua própria dissolução – já que se constitui no único meio de assegurar a paz.

Em contraste com esta concepção, Locke não admite a identidade entre estado de natureza e estado de guerra, pois aponta a existência de algum grau de sociabilidade anterior à fundação do Estado, decorrente da propriedade⁹.

Isto significa que existem direitos que antecedem ao surgimento do Estado, que não são alienados pelos indivíduos quando celebram o pacto social, e que constituem balizas intransponíveis aos governantes. Em consequência, o Estado que assim nasce não pode agir arbitrariamente, já que – sendo fruto de uma delegação outorgada pelos indivíduos – não pode ir além dos poderes nos quais cada um deles é investido no estado de natureza.¹⁰

Assim, emergem do pensamento lockeano dois meios de contenção do poder do Estado: o direito de resistência¹¹ e a técnica da “divisão de poderes”. Por esta, abusos são combatidos mediante a distribuição das funções estatais entre diferentes mãos. O capítulo XII do *Segundo Tratado sobre o Governo* é dedicado à análise dos Poderes Legislativo, Executivo e Federativo, referindo-se este último à política externa do Estado. No § 143, inserto no mencionado capítulo, fica bem evidenciada a conveniência de adoção da “divisão de poderes”.

Montesquieu, por sua vez, trilhando vereda diversa, alcançou o mesmo resultado. Com efeito, como ponto de partida, vejamos a tipologia das formas de governo por ele adotada, apresentada logo no pórtico do Livro Segundo de *O Espírito das Leis*:

Existem três espécies de governo: o republicano, o monárquico e o despótico. Para descobrir sua natureza, basta a idéia que os homens menos instruídos têm deles. Suponho três definições, ou melhor, três fatos: o governo republicano é aquele no qual o povo em seu conjunto, ou apenas uma parte do povo, possui o poder soberano; o monárquico, aquele onde um só governa, mas através de leis fixas e estabelecidas; ao passo que, no despótico, um só, sem lei e sem regra, impõe tudo por força de sua vontade e de seus caprichos.¹²

A preocupação de Montesquieu com o problema da limitação do poder revela-se com o estabelecimento da dualidade entre governos moderados e despóticos. Os primeiros, que recebem uma valoração positiva, tanto poderiam ser repúblicas quanto monarquias¹³, segundo suas palavras:

O inconveniente não ocorre quando o Estado passa de um governo moderado para outro governo moderado, como da república para a monarquia, ou da monarquia para a república; e sim quando cai e é lançado do governo moderado para o despotismo.¹⁴

A leitura do capítulo X do Livro Terceiro (intitulado *Diferença entre a obedi-*

ência nos governos moderados e nos governos despóticos) reforça esta dualidade e a rejeição ao despotismo – como governo imoderado:

Nos Estados despóticos, a natureza do governo requer uma extrema obediência; e a vontade do príncipe, uma vez conhecida, deve produzir seu efeito tão infalivelmente quanto uma bola lançada contra outra deve produzir o seu.

Não há temperamento, modificação, acomodamentos, termos, equivalentes, conferências, reprimendas; nada de igual ou de melhor para propor; o homem é uma criatura que obedece a outra criatura que quer. (...) Ali a parte do homem, como a dos animais, é o instinto, a obediência, o castigo.¹⁵

A essência do governo moderado está em “combinar os poderes, regulá-los, temperá-los, fazê-los agir, dispensar, por assim dizer, maior peso a um deles, para colocá-lo em condições de resistir a outro”.¹⁶

Como consectário deste princípio da moderação, apresenta-se a teoria da tripartição funcional do Estado. Montesquieu dedica a esta teoria o Livro Décimo Primeiro de *O Espírito das Leis*, no qual consigna:

A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Ela (...) só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.¹⁷

Neste aspecto, a vinculação da obra de Montesquieu à experiência inglesa – na qual Locke foi personagem exponencial, consoante demonstrado – é evidente. Significativamente, o capítulo VI do mesmo Livro Décimo Primeiro é denominado *Da Constituição da Inglaterra*.

Os três Poderes, segundo Montesquieu, são o Legislativo, o Executivo das coisas que dependem do Direito Civil e o Executivo das que dependem do Direito das gentes. Este último corresponde ao Poder federativo, de acordo com a nomenclatura utilizada por Locke. Tais Poderes jamais deveriam ser enfeixados pelos mesmos homens, sob pena de perecer a liberdade.

Como constatamos com esta análise, o princípio da tripartição tem uma matriz histórica que o vincula intimamente a uma finalidade, qual seja a tutela da liberdade, mas para o seu alcance não se cogitou (nem se cogita) da necessidade de uma separação *rígida* entre os Poderes estatais – tese que pertence exclusivamente ao campo dos mitos.

Neste sentido, Madison consignou no Federalista 47:

...ele (Montesquieu) não queria dizer que esses Poderes não devem ter nenhuma ingerência parcial, ou nenhum controle sobre os atos uns dos outros.

O que quis dizer (...) não podia ser senão isto: que quando todo o poder de um braço é exercido pelas mesmas mãos que possuem todo o poder de outro, os princípios fundamentais de uma constituição livre estão subvertidos.¹⁸

Na realização deste princípio nos Estados “moderados” (segundo a terminologia montesquieuniana), esta ingerência parcial sempre se fez presente¹⁹, de modo que não existe incompatibilidade principiológica entre o exercício do controle jurisdicional sobre a atuação dos demais Poderes e o postulado inscrito no art. 2º da nossa Constituição. Ao contrário: nos últimos cem anos cada vez mais o Judiciário é chamado a exercer tal papel, como demonstraremos a seguir.

3. Os convites ao Judiciário

Afastado o princípio da tripartição funcional como óbice a uma presença mais ativa do Judiciário no concerto do Estado, vejamos quais são os fatores e elementos que convidam-no crescentemente a tal intervenção.

3.1. A expansão do Estado (inclusive do Judiciário) no século 20

No alvorecer do Direito moderno, em congruência com a ideologia então dominante acerca das funções do Estado, o papel atribuído às normas jurídicas não ia além de consagrar regras de conduta que protegessem a liberdade, a propriedade e a economia de mercado. Contudo, no século 20, foi explicitada a impossibilidade de o Estado se manter restrito às funções antes tidas como as necessárias à manutenção e expansão do sistema capitalista. Diante do acirramento de crises econômicas e da insuficiência das “leis de mercado” para solucioná-las, bem como da constituição da classe trabalhadora como sujeito histórico autônomo – mudando a intensidade e a qualidade das reivindicações de direitos – o aparelho estatal foi progressivamente expandido e tornado mais complexo.

O Estado, desde então, passou a ter não somente as clássicas funções inerentes ao binômio “proteção-repressão”. Ele deve intervir na esfera econômica, realizar programas sociais, combater as desigualdades, amparar os consumidores etc. Neste modelo estatal “alargado”, que se convencionou chamar de *Welfare State*, é evidente que o Direito sofreu impulsos na mesma direção, como instrumento imprescindível para o alcance das metas enfocadas. Em consequência, as normas jurídicas diversificaram-se, passaram a regular maior quantidade de temas e a incidir sobre um conjunto maior de relações sociais.

Assim, o Direito no Estado Providência é um regulador global, implicando expressivas mudanças qualitativas. Três interessam-nos mais diretamente neste momento. Em primeiro lugar, o agigantamento dos aparatos administrativos e das tarefas legislativas. Em segundo, a configuração do sistema jurídico como um espaço heterogêneo, plural e contraditório. Em terceiro lugar, a ampliação da incidência do código “lícito-ilícito”, alcançando uma maior quantidade de confli-

tos interindividuais e também políticas públicas (necessárias à tutela dos direitos sociais, coletivos e difusos).

Estes três fatores estão na base da “explosão de litigiosidade” que os sistemas judiciais vivenciaram no século 20, exigindo que eles se transformassem no “terceiro gigante”, de que fala Mauro Cappelletti: “... a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais (...) não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”.²⁰

É importante frisar que a mencionada “explosão” não diz respeito somente ao número de processos ou à quantidade de direitos discutidos. A ampliação da conflituosidade conduz a uma mudança de qualidade nos conflitos submetidos à jurisdição. Temos não mais meros conflitos de interesses, mas também conflitos de valores. Em uma ação demarcatória de terras particulares não há conflitos de valores, já que o valor debatido é o mesmo, qual seja, o direito de propriedade. Em vez disso, os juízes passaram a se defrontar com oposição entre valores: propriedade x função social, propriedade x direitos dos consumidores, propriedade x direitos ambientais, direito à terra x direitos ambientais. Situações como essas são inovadoras, porque se trata, em última análise, de conflitos distributivos. Ao decidirem ações dessa natureza, mais do que meramente resolverem uma lide, os juízes estão dirimindo conflitos distributivos: distribuição de poder e de riquezas. Dessa forma, as instituições judiciárias são chamadas a arbitrar conflitos que, tradicionalmente, não integravam os seus âmbitos de competência, já que tal arbitragem competia aos ramos mais especificamente políticos do Estado (Executivo e Legislativo).

Tal realidade de expansão do Estado não se alterou com a hegemonia aparentemente inabalável que o neoliberalismo²¹ alcançou nas últimas décadas do século 20, caracterizada pelas sucessivas vitórias eleitorais de partidos conservadores nos países ocidentais e pela queda dos governos comunistas no leste europeu²². Robert Kurz dedicou várias páginas a demonstrar como a necessidade de crescente regulação jurídica, problemas sociais e ecológicos, demandas por agregados infra-estruturais e as políticas de protecionismo comercial conduzem exatamente ao oposto daquilo que os neoliberais defendem (ao menos como retórica). Conclui o citado ensaísta: “... quanto mais total for o mercado, tanto mais total será o Estado²³ (...). Em todos os países, a quota do Estado equivale hoje, em média, a cerca de 50% do produto social bruto, e, em todo o mundo, mais da metade da população depende direta ou indiretamente da economia estatal.”²⁴

Ou seja, como aponta Nicolao Dino: “O minimalismo estatal é, pois, em certo sentido, uma falácia, um engodo, uma inebriante cortina de fumaça destinada a ocultar e, principalmente, entreter possíveis adversários”.²⁵

3.2. A nova textura das normas jurídicas e a morte do juiz neutro

Ao contrário da tese montesquieuniana, o juiz não é, nem nunca foi, a “boca inanimada da lei”. É inevitável a presença do elemento subjetivo no ato jurisdicional, na medida em que *aplicar* é indissociável dos atos de *interpretar* e *criar*. Aquilo que se diz ser uma percepção racional do Direito positivo é, em verdade, um ato de vontade. Juízes neutros somente são encontráveis nos cemitérios (não como visitantes....).

A atividade judicial exige do magistrado, em maior ou menor grau, um papel criador, atribuindo relevância ou não a um determinado fato, solucionando casos de lacunas e antinomias (“casos difíceis”), especificando o sentido de conceitos jurídicos indeterminados (termos vagos, que só adquirem um sentido – dentre muitos possíveis – no momento da aplicação)²⁶. Estes últimos, contemporaneamente, representam um convite expressivo a um papel mais proeminente do Judiciário. A multiplicação de atores em conflito nas sociedades de massa, aliada à superação da pauta típica de direitos do Estado liberal, acarretaram extraordinário grau de generalização e abstração nas categorias conceituais que marcam o discurso jurídico. Isto é uma marca inevitável da legislação em sociedades complexas, atingindo até mesmo âmbitos tidos como imunes, a exemplo do Direito Penal. Comparemos o art. 121 do Código Penal brasileiro com o art. 68 da Lei de Crimes Ambientais: no primeiro caso, o crime é “matar alguém”; no segundo, “Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental”.

Mesmo com o constante recurso a essa técnica legislativa (termos vagos), a ordem normativa permanece “incompleta”: a legislação não abarca todos os fatos que ocorrem na sociedade. Deste modo, frequentemente os juízes têm de escolher entre a aplicação da norma geral exclusiva ou da norma geral inclusiva, para usar conceitos de Norberto Bobbio. Na primeira hipótese, qualificando o comportamento humano não regulado como sendo avesso à ordem jurídica e, portanto, ilícito; na segunda, considerando o não-regulado como semelhante ao regulado e, por conseguinte, incluído na incidência da norma reguladora.

Escolhas e vontade estão na essência do fazer judicial – que isso fique bem sublinhado, assim como as consequências daí advindas. Como ensina Joaquim Falcão: “Na democracia, dificilmente os juízes podem, como ocorreu no autoritarismo, lavar as mãos nas neutras águas de um formalismo legal imaginário. Sobre tudo quando as sentenças tomam posições diante da discricionariedade político-administrativa do Executivo. A interpretação judicial, pretenda-se ou não, há que

ser um ato politicamente responsável. Sem o que, aliás, inexistente Poder Judiciário. Existe só ‘Judiciário’.”²⁷

3.3. O dirigismo constitucional – uma proposta que não morreu

O constitucionalismo do século 20, em ruptura (e ao mesmo tempo em continuidade) com o momento histórico precedente, redefiniu o papel das Constituições escritas nas sociedades. Aquelas passaram a cuidar não somente de garantias (sintoma de continuidade), mas também de programas vinculantes (sintoma de ruptura) a serem obrigatoriamente perseguidos por todos os destinatários das normas constitucionais, sobretudo os agentes do Estado. No contexto europeu da segunda metade do século passado, pesaram sobremaneira, nesse processo de redefinição, as decepções e desconfianças com determinados resultados da luta política, tais como governos autoritários, racistas e beligerantes, além de crises econômicas e sociais.

De modo similar, em nosso País, no contexto de superação da ditadura militar, a base material para o desenvolvimento da doutrina do dirigismo constitucional era enorme: aversão às políticas de contingência e aos “casuísmos” normativos; desejo de salvaguardar eficazmente as instituições democráticas, colocando-as acima de mudanças legislativas ordinárias; diversificadas demandas sociais e políticas, amordaçadas pelo regime autoritário; persistência da crise econômica e da perda de renda em face da inflação, empobrecendo crescentes segmentos sociais.

Assim, os constituintes de 1987/1988 agiram movidos pela pretensão de alterar o *status quo*, atribuindo novas tarefas ao Estado e alargando o próprio conceito de cidadania. Aprovaram, então, uma Constituição dirigente, segundo a expressão consagrada por Canotilho, com o propósito explícito de servir de programa permanente para a ação pública, impregnando-a de compromissos como justiça, igualdade e bem-estar social. A leitura dos arts. 1º, 3º e 170 da Carta sustenta suficientemente a análise empreendida.

Não ignoramos que nos anos que se seguiram à aprovação da Constituição atravessamos uma crise constitucional²⁸, de que são eloqüentes sintomas as 47 emendas constitucionais (incluindo as emendas de revisão) aprovadas em 16 anos – certamente um recorde mundial. Igualmente sabemos que a Carta de 1988 em larga medida nunca deixou de ser uma Constituição nominal, como Loewenstein classifica as Constituições que não são plenamente capazes de dirigir o processo político-social.²⁹

Entretanto proclamamos que a proposta de uma Constituição dirigente permanece viva, por vários motivos. Primeiro, pela visão do processo de expansão do Estado que descrevemos no item 3.1., ainda não esgotado consoante as assertivas e prognósticos de Robert Kurz. Em segundo lugar, pela constatação de que – não

obstante a grande quantidade de emendas acima mencionada – o texto de 88 não foi atingido nas partes mais intensamente programáticas, permanecendo no mínimo como um conjunto de “promessas irrealizadas” que alimentam a luta contra-hegemônica. Reportando-se à situação colombiana, Rodrigo Uprimny e Maurício García-Villegas argumentam: “...o Direito pode ser usado para reativar a esperança coletiva (...). As Constituições progressistas são, por um lado, uma concessão do aparelho estatal em benefício das pessoas e, nesse sentido, traduzem-se num remédio contra a rebeldia e, por outro, também significam uma possibilidade de efetiva melhoria dos direitos dos cidadãos, tal como as normas o manifestam, e assim são uma promoção de mudanças e um remédio contra o conformismo.”³⁰

O terceiro motivo pelo qual afirmamos que a Constituição dirigente não morreu articula-se com as concepções do seu arauto mais conhecido em nosso País, o próprio Canotilho. Referimo-nos especialmente às reflexões expostas na obra *Canotilho e a Constituição dirigente*, entre as quais destacamos: “Compreendo perfeitamente que, quando estamos a falar em direito mitigado, em direito reflexivo, em direito pós-moderno, em direito desregulado, verdadeiramente estamos a passar por uma outra fase que ainda não é possível obter no Brasil. No fundo, estamos a imaginar uma teoria da constituição já pós-moderna, em que não existe centro, em que o Estado é um herói local, em que o Estado é um herói humilde, em que nós somos uma parcela de outro esquema organizativo. Estamos a esquecer que no Brasil a centralidade é ainda no Estado de Direito democrático e social, que a centralidade é ainda no texto constitucional, que é carta de identidade do próprio País, que são estes direitos, apesar de pouco realizados, que servem como uma espécie de palavra de ordem para a própria luta política.”³¹

O vigor do conceito em tela representa a manutenção de um enfático convite para que o Judiciário seja mais partícipe da arena pública, ainda que se reserve um lugar central para os Parlamentos na densificação dos programas constitucionais. Com efeito, como de certo modo já adiantado no item 3.1., o dirigismo constitucional acarreta o estabelecimento de mais e novos parâmetros jurídicos de controle da validade das políticas públicas, fortalecendo inclusive o controle sobre as omissões legislativas. Em suma, abrem-se largos caminhos para que a discricionariedade dos agentes políticos seja limitada pela ação do Judiciário.

3.4. As garantias na e da Constituição

Ernesto Benda, ex-presidente do Tribunal Constitucional da Alemanha, referindo-se ao Estado de Direito, diz: “*La memoria de las largas luchas por un así concebido Estado de Derecho, que sólo al paso del tiempo pudo dejar atrás al autoritario Estado-policía, pero también la contemplación de otros países carentes de tales garantías, nos prohíbe subestimar un tal concepto de Estado formal de Derecho*”.³²

Esta advertência presta-se a que destaquemos, no início deste tópico, a importância das garantias formais restauradas e/ou instituídas pela Constituição de 1988, em favor de sua autoridade e dos direitos dos cidadãos. Na esteira da recomendação de Benda, lembremo-nos da crônica incapacidade das nossas elites dominantes de se conformarem com as regras do Estado de Direito, quando estas lhe parecem desfavoráveis. Entre tantos episódios, basta a referência historicamente mais próxima: o regime de exceção instaurado após o golpe de 1964, com seus atos institucionais, suas emendas constitucionais outorgadas, suas violações a direitos individuais e sua pretensão de se colocar acima do controle jurisdicional – como dispunha o AI-5.

Assim, não podemos menosprezar normas como aquelas que limitam o poder do constituinte derivado ou como a que consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, CF).

Neste passo, a Constituição de 1988, de todas quantas tivemos, foi a que instituiu um sistema mais largo de garantias. Estas atuam como um poderoso chamado a que o Judiciário atue mais intensamente no arbitramento de conflitos, em planos praticamente ilimitados.

Além das garantias já citadas, vejamos o controle de constitucionalidade das leis. Ao lado da manutenção do sistema difuso – tradicional e essencial em nosso Direito – a nova Carta fortaleceu exponencialmente o sistema concentrado, com destaque para a ampliação da legitimidade ativa em ações diretas de inconstitucionalidade e a criação de novas ações, a exemplo da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O exame do que ocorreu com a nova configuração das ações diretas de inconstitucionalidade é bastante elucidativo acerca das transformações sofridas pelo Judiciário. No STF, aquelas saltaram de cento e cinquenta e oito em 1989 para duzentos e cinquenta e cinco em 2000 – representando um crescimento de 61%. É interessante notar, ainda, que daquelas protocoladas no ano de 2000, 29,64% foram ajuizadas por partidos políticos, 26,88% por governadores de Estado e 24,51%, por confederações sindicais ou entidades de classe, totalizando 81,03%. Agregue-se a isto mais um dado: todos os partidos políticos que naquele ano propuseram ADI's ou situavam-se no campo da oposição ao governo federal da época, ou possuíam representação parlamentar insignificante. Com estas informações, pode-se dimensionar o quanto o papel do STF foi expandido, no tocante à arbitragem de conflitos políticos, de maneira que os agentes vencidos na arena estritamente política buscam – amparados na Constituição – o Judiciário como caminho para a reversão do quadro. Esse processo permanece em curso, com duzentas e oitenta e nove ADI's propostas no ano de 2003, devendo-se apenas registrar

que o procurador-geral da República passou a liderar o *ranking*, com 40,48% das ações diretas apresentadas.

São centenas os exemplos de políticas públicas que foram alteradas por força de ADI's, nem sempre acarretando resultados ampliadores das citadas políticas. A título exemplificativo, citamos o art. 19 da Lei 10.260/01: “A partir do primeiro semestre de 2001, sem prejuízo do cumprimento das demais condições estabelecidas nesta lei, as instituições de ensino enquadradas no

, ficam obrigadas a aplicar o equivalente à contribuição calculada nos termos do art. 22 da referida lei na concessão de bolsas de estudo, no percentual igual ou superior a 50% dos encargos educacionais cobrados pelas instituições de ensino, a alunos comprovadamente carentes e regularmente matriculados.” Apreciando a ADI 2.545/DF, o STF suspendeu o dispositivo, assentando: “O art. 19 da Lei 10.260/01, quando determina que o valor econômico correspondente à exoneração de contribuições seja obrigatoriamente destinado a determinada finalidade está, na verdade, substituindo por obrigação de fazer (conceder bolsas de estudo) a obrigação de dar (pagar a contribuição patronal) de que as entidade beneficentes educacionais estão expressamente dispensadas.”

Ainda no terreno do controle de constitucionalidade, houve outra expressiva alteração com a criação da argüição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, prevista pelo art. 102, § 1º, da Constituição e regulamentada pela Lei 9.882/99. A imensa potencialidade desse instrumento, no tocante ao controle e implementação de políticas públicas, foi revelada com a recente decisão acerca da interrupção da gravidez de fetos anencefálicos, proferida pelo Ministro Marco Aurélio na ADPF 54 – posteriormente cassada por questões processuais. Esta decisão alterava radicalmente a feição de uma política pública obviamente relevante – em relação a qual subsistem acentuadas dificuldades de deliberação nas instâncias políticas, em virtude de implicações morais e religiosas. Realçamos que a decisão determinava “não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto.” Em sendo um direito constitucional, o Sistema Único de Saúde era obrigado a atender às demandas daquela natureza, modificando-se uma linha substantiva na política de saúde no Brasil.

Na mesma trilha de expansão das funções judiciárias, outros instrumentos processuais foram criados ou aprimorados pela Constituição, a exemplo do mandado de segurança coletivo e do mandado de injunção (“conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionali-

dade, à soberania e à cidadania”, dispõe o inciso LXXI do art. 5º da Constituição). Este último, sobretudo destinado a proteger o cidadão das omissões dos legisladores, teve a sua efetividade bastante limitada pela jurisprudência auto-restritiva do STF³³. Entretanto a sua manutenção no texto fundamental sempre abre ensejo a eventuais reenquadramentos, como aliás a própria ADPF vem atravessando – após contundentes resistências subseqüentes à sua regulamentação.³⁴ Na nossa perspectiva, este hipotético reenquadramento em torno do mandado de injunção é necessário, à vista do tipo de relação que há entre o Judiciário e o Parlamento no Brasil – não havendo qualquer indício de que “apelos” daquele conduzam a deliberações parlamentares.

No mesmo âmbito, abordamos, finalmente, a ação civil pública, arma que mais amiúde tem produzido efeitos no controle da conduta comissiva ou omissiva da Administração. Isso decorre da largueza de sua aplicabilidade, qual seja a “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, conforme o art. 129, III, da Constituição. Entre muitos casos em que o manejo da ação civil pública resultou na implementação de políticas públicas, recordemo-nos do fornecimento gratuito de medicamentos anti-HIV, ordenado judicialmente antes mesmo que houvesse lei tratando do assunto. Seguem mais dois exemplos, bastante instigantes:

Tribunal – Quarta Região
AGA – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
Processo: 200404010145703 UF: SC
Órgão Julgador: Quarta Turma
Data da Decisão: 23/06/04
DJU Data:04/08/04
Relator(a)
Juiz Edgard A. Lippmann Junior

Decisão

A Turma, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator. vencido o Des. Athayde, entendendo descaber a invasão do Poder Judiciário nas políticas públicas, no mérito da Administração.

Ementa

Ação civil pública. Duplicação de rodovia federal. Intervenção do Poder Judiciário na Administração Pública. Possibilidade. Antecipação de tutela.

– A moderna jurisprudência admite a intervenção do Poder Judiciário na Administração Pública, viabilizando a antecipação de tutela para determinar a execução de obra relativa à duplicação de rodovia federal, ante a responsabilidade civil do Estado sobre mortes e mutilações decorrentes de acidentes de trânsito havidos na rodovia de sua competência.

Tribunal – Quarta Região

Classe: AC – Apelação Cível – 478166

Processo: 200204010006100 UF: PR

Órgão Julgador: Terceira Turma

Data da decisão: 27/05/03

DJU data: 04/06/03

Relator(a)

Juíza Marga Inge Barth Tessler

Ementa

Ação civil pública. Direito do consumidor. Correta informação acerca dos riscos e potenciais danos que o consumo de bebidas alcoólicas causa à saúde. Inscrição necessária nos rótulos de bebidas alcoólicas.

1. É possível e exigível do Judiciário impor determinada conduta ao fornecedor, sem que esta esteja expressamente prevista em lei, desde que afinada com as políticas públicas diretamente decorrentes do texto constitucional e do princípio da plena informação ao consumidor (art. 6º, II, III e IV, da Lei 8.078/90), pois traduz-se em dever do Estado, do qual o Judiciário é Poder, de acordo com o art. 196 da Constituição.

2. O consumo de alcoólicos não interessa só à comunicação social, propaganda e ao comércio de tais produtos, interessa sob o aspecto da saúde pública, da proteção do menor e do adolescente, da segurança veicular, do direito de informação e de proteção ao consumidor.

3. O comando do art. 9º do Código do Consumidor indica os direitos básicos do consumidor à informação adequada e clara sobre o produto e sobre os riscos que apresenta, sobretudo tratando-se de produto potencialmente nocivo à saúde, cuja informação deve ser feita de maneira ostensiva, a despeito da previsão do art. 4º, § 2º, da Lei 9.294/96 determinar que os rótulos de bebidas alcoólicas conterão advertência para que os consumidores evitem o consumo excessivo de álcool.

4. Inocorre preclusão de matéria que diz com as condições da ação, caso da legitimidade, sobretudo nas ações civis públicas onde se perseguem direitos difusos, cujo interesse depreende-se da propriedade, das relações privatísticas em geral, o que, *in casu*, revelou-se pelo interesse demonstrado pela embargante, tantas vezes reiterado, de defender a posição dos associados que são fabricantes de bebidas, tese da co-ré União.

5. Condenada a ré União a exigir na rotulagem de todas as bebidas alcoólicas produzidas ou comercializadas no território pátrio, do teor alcoólico e do alerta em expressão gráfica adequada, de que “O álcool pode causar dependência e em excesso é prejudicial à saúde”, e a Abrabe a expedir esta informação a todas as suas associadas e comunicar aos demais produtores de alcoólicos, quanto à necessária adequação.

6. Provido o recurso.

3.5. A promessa de efetividade dos direitos fundamentais

O último “convite” à atuação judicial ampliada que selecionamos diz respeito à promessa, feita pelo próprio texto constitucional, de que os direitos fundamentais por ele albergados não seriam condenados ao “mundo dos mortos”. Estabelece a Constituição: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 1º).

Nas interpretações acerca deste preceito, não há dissensos expressivos quanto à chamada eficácia mínima das normas instituidoras de direitos fundamentais, sintetizada em quatro efeitos e/ou aptidões: a) revogação dos atos subconstitucionais anteriores que com elas sejam incompatíveis; b) limitação da liberdade do legislador; c) atuação como parâmetros interpretativos para todo o sistema jurídico; d) vedação à atuação legislativa ou administrativa em sentido contrário ao nelas prescrito. Nessas quatro hipóteses, é cabível a intervenção judicial a fim de concretizar tais efeitos e/ou aptidões, daí o “convite” acima referido.

Entretanto, em se cuidando dos direitos fundamentais prestacionais³⁵, permanecem as discussões para definir-se se a aplicação imediata em tela alcança a extração, diretamente pelo Judiciário, de efeitos positivos e concretos em favor dos cidadãos, independentemente da mediação legislativa. Em outras palavras, debate-se o alcance do “convite”, perquirindo-se se é possível ao Judiciário criar ou alterar os contornos de uma política pública, a pretexto de garantir o gozo de um direito fundamental prestacional. A resposta predominante é negativa, normalmente sendo invocados a discricionariedade administrativa e o respeito à “reserva do possível” como fundamentos. Em que medida funcionam esses e outros limites à interferência do Judiciário no campo das políticas públicas ?

4. O que limita os passos do Judiciário (para o bem e para o mal)

Nesta última parte do estudo, vamos nos dedicar a analisar alguns fatores que têm embaraçado os passos do Judiciário em direção a um papel ainda mais protagonista e efetivo na concretização dos direitos fundamentais, como consideramos que a sociedade brasileira almeja.

Em primeiro lugar, não podemos deixar de ressaltar que o Judiciário vive uma profunda crise, repleta de dificuldades (e de oportunidades). Em seguida, falaremos sobre a discricionariedade e a doutrina da “reserva do possível” como motivadores da autocontenção judicial.

Deixaremos de lado, por agora, aspectos como condutas ímprobas ou relações perniciosas com segmentos socialmente poderosos, não porque sejam fatores que possam ser descartados de plano, mas sim por não serem práticas hegemônicas no aparelho judicial brasileiro. Os casos identificados e devidamente comprovados (segundo o devido processo legal) são numericamente pouco expressivos,

abalando muito mais a imagem da instituição do que constituindo um indicador capaz de alterar a essência das coisas. Obviamente tais casos devem ser incisivamente combatidos, inclusive por intermédio da instituição de novos mecanismos de controle disciplinar (v.g. criação do Conselho Nacional de Justiça e aperfeiçoamento da legislação sobre crimes de responsabilidade).

4.1. O Judiciário em crise – o caso brasileiro

Retomando considerações feitas em outro lugar³⁶, desdobraremos a abordagem em duas dimensões, denominadas crise de identidade e crise de desempenho (evidentemente entrelaçadas).

A primeira dimensão da crise fica bastante nítida, quando se coloca a seguinte indagação: “*Qual o papel do Judiciário no Brasil?*” Formulando-a para integrantes da magistratura nacional, com certeza chegaríamos – de acordo com as ênfases presentes – a duas classes de respostas:

- a) *dirimir conflitos aplicando a lei;*
- b) *dirimir conflitos fazendo justiça.*

A insuficiência destas respostas, para o estabelecimento de uma identidade institucional, é evidente. No primeiro caso, em que se revela um maior apego ao paradigma normativista, as dificuldades se estabelecem a partir da constatação de que o sistema legal brasileiro está distante do mito de um sistema objetivo, harmônico e coerente – “pronto” para simplesmente ser “aplicado” pelos juízes.

Ademais, como já indicado no item 3.2., crescentemente o legislador impregna os textos normativos com conceitos jurídicos indeterminados, em virtude da grande complexidade e dinamismo dos fatos a serem regulados, bem como dos frequentes impasses no processo legislativo – solucionados, na impossibilidade de estabelecimento de maiorias estáveis e claras, com o recurso a acordos conducentes à adoção de cláusulas legais abertas, por isso mesmo capazes de receberem a aprovação do Parlamento.

Dessa forma, ainda que não se coloque em dúvida a vinculação dos juízes aos parâmetros políticos, ideológicos, axiológicos etc, transformados pelos legisladores em normas, é manifesta a incapacidade da fórmula em análise (letra *a*) para definir plenamente o papel que os magistrados desempenham na sociedade brasileira.

Melhor sorte não resta para a segunda alternativa (letra *b*), mais ligada a posições jusnaturalistas. Afinal, quantas milhares de páginas já foram gastas refletindo sobre o delineamento do que é a *justiça*, constituindo sem dúvida um valiosíssimo referencial para a ação prática dos juízes, sem que contudo possamos nele encontrar o caminho a ser trilhado (e nem seria de se esperar que tal ocorresse).

A crise de identidade assim delineada é agravada pelo peso do individualismo típico do bacharelismo clássico, em decorrência do qual pouco se cuida, no seio do Judiciário, de um debate mais organizado e coletivo acerca de qual projeto institucional deve ser implementado. Certamente tal debate não seria conclusivo, no sentido do alcance de verdades imutáveis, mas seguramente construir-se-iam balizas hegemônicas mais claras do que as acima registradas – portanto capazes de melhor posicionar a instituição no interior do processo histórico.³⁷

Esta dimensão da crise judiciária foi bem revelada em duas pesquisas conduzidas pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo – Idesp, a primeira em 1993 e a outra em 2000.

Na primeira ocasião, foi solicitado aos juízes que manifestassem as suas opiniões sobre uma seqüência de afirmações, entre as quais merecem destaque:

- a) *O juiz não pode ser um mero aplicador das leis, tem de ser sensível aos problemas sociais;*
- b) *o compromisso com a justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei.*

Enquanto 73,7% declararam concordar “inteiramente” ou “muito” com a assertiva *a*, somente 37,7% manifestaram o mesmo grau de concordância com a proposição *b*.³⁸

A contradição presente nesses dados foi apontada por José Eduardo Faria:

Isso significa, na prática, que 62,3% discordam dessa afirmação (item *b*), contrariando, assim, a opinião manifestada no item relativo à “sensibilidade aos problemas sociais” (...) Expressa pelo hiato entre a opinião em favor da “sensibilidade aos problemas sociais” e a reafirmação implícita dos postulados da neutralidade e da ortodoxia dogmática nas respostas aos três últimos itens, essas contradições indicam o grau de enraizamento do paradigma normativista no *ethos* da magistratura.³⁹

Já na pesquisa mais recente, contradição similar pode ser detectada. Questionados acerca da frequência com que decisões judiciais são mais baseadas em “*suas visões políticas do que na leitura rigorosa da lei*”, os magistrados ouvidos responderam:

Quadro – visão dos juízes sobre a politização da justiça

Muito freqüentemente	4,2%
Freqüentemente	21,3%
Ocasionalmente	52,9%
Nunca	21,5%

Fonte: Idesp

Contudo, submetidos a uma pergunta⁴⁰ atinente à possível tensão entre respeito aos contratos e observância da justiça social, o seguinte resultado foi alcançado⁴¹:

Posição A – Os contratos devem ser sempre respeitados, independentemente de suas repercussões sociais: 19,7% Posição B – O juiz tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos: 73,1%

Isto é, ao mesmo tempo em que rejeitam a idéia de que os juízes decidam “politicamente” e sublinham a fidelidade a uma “leitura rigorosa (?) da lei”, os pesquisados colocam a “justiça social” como fator legitimador da inobservância dos contratos, parecendo ignorar a inevitável carga político-ideológica daquele conceito.

Consideramos que enquanto este debate não for travado de modo sistemático e explícito no interior das instituições judiciárias (sem pretensões de homogeneização de posições), permanecerão dominantes atitudes de autocontenção judicial no controle das políticas públicas, isto é, de desprezo – total ou parcial – aos “convites” elencados no item 3. Assim será por força da tradição normativista que pesa sobre os ombros dos juízes, a qual, não submetida a um processo coletivo de desconstrução, ao final prevalecerá – não obstante as notáveis exceções que podem ser realçadas. Teremos, em consequência, a continuidade de uma crise de identidade – representada pela dissonância entre os citados “convites” e os passos majoritariamente dados pelo Judiciário.

Uma segunda dimensão da crise do Judiciário refere-se à velocidade em que as decisões judiciais são proferidas. É estritamente nesse sentido que falamos em crise de desempenho do Judiciário. Este delineamento é fundamental, na medida em que a identidade que uns e outros desejam que o Judiciário assuma repercute diretamente nos fatores a serem priorizados como indicadores de avaliação de sua maior ou menor eficiência. Apesar das contradições daí derivadas, consideramos que o corte conceitual adotado é suscetível de gerar um consenso entre as diferentes posições, que pode ser assim apresentado: há uma crise de desempenho no aparelho jurisdicional brasileiro espelhada na morosidade e no número crescente de processos em estoque, aguardando apreciação.

A morosidade é, sem dúvida, o principal fato gerador de insatisfação com o serviço judiciário, como revelam todas as pesquisas realizadas sobre o assunto. Em 1993, em pesquisa de opinião coordenada pelo Ibope, foi proposta a seguinte afirmação: “*O problema do Brasil não está nas leis, mas na Justiça, que é muito lenta*”. Dos entrevistados, 87% consignaram suas concordâncias, 8% discordaram e 5% não souberam responder. Já em 1999, o jornal *O Estado de São Paulo*⁴² chegou a índices ainda mais elevados: 92% consideraram a justiça muito lenta.

Avaliações setoriais confirmam este diagnóstico, a exemplo da procedida pelo Idesp junto a empresas estabelecidas no Brasil. Convidando-se estas a se pronunciarem acerca de três atributos do Judiciário nacional (agilidade, imparcialidade, custos), os seguintes resultados foram alcançados⁴³:

Quadro – Visão dos empresários acerca do Poder Judiciário

	Agilidade		Imparcialidade		Custos	
	Freq.	%	Freq.	%	Freq.	%
Ótimo	7	1,2	9	1,5	7	1,2
Bom	0	0,00	148	24,6	83	13,8
Regular	48	8,1	267	44,4	232	38,5
Ruim	540	90,8	132	21,9	158	26,2
Péssimo	0	0,00	22	3,7	92	15,3
Sem Opinião	0	0,00	24	4,0	30	5,0
Total	595	100,0	602	100,0	602	100,0

Fonte: Idesp

Como se constata, no que tange à imparcialidade e custos a soma dos conceitos “ótimo”, “bom” e “regular” equivale, respectivamente, a 70,5% e 53,8%. Já no tocante à agilidade, representa somente 10,3%.

Paradoxalmente, as estatísticas dos diversos ramos do Poder Judiciário demonstram um crescente aumento do número de decisões proferidas⁴⁴, como se lê a seguir:

Quadro – Número de sentenças proferidas na Justiça de 1ª Instância (1998/2001)

Justiça	Ano 1998		Ano 1999	
	Entr.	Julg.	Entr.	Julg.
Comum	8.176.328	5.257.537	8.545.006	5.738.577
Federal	838.643	494.493	1.079.158	552.990
Trabalho	1.933.993	1.904.062	1.876.874	1.918.960
Total	10.948.964	7.656.092	11.501.038	8.210.527

Ano 2000		Ano 2001	
Entr.	Julg.	Entr.	Julg.
9.298.010	6.076.695	9.489.657	8.062.049
1.097.964	593.961	1.575.093	1.020.529
1.718.795	1.893.326	1.121.146	1.151.879
12.114.769	8.563.982	12.185.896	10.234.457

Fonte: STF

Igualmente, os gastos com o Judiciário na União e nos Estados não param de crescer⁴⁵. Estudo elaborado por técnicos do BNDES⁴⁶ demonstra que – no período de 1988 a 1999 – os custos com a função judiciária aumentaram *anualmente* à razão de 14,8% na esfera da União e 8,6% nos Estados. Frisamos que, consoante os critérios adotados no estudo, tais dados incluem as chamadas “funções essenciais à justiça” (que integram o Poder Executivo)⁴⁷, mas excluem as folhas de pagamento com inativos e os precatórios. Mesmo assim, é evidente que eles fornecem indícios expressivos do que aconteceu nos orçamentos específicos dos Tribunais.

É fácil concluir então que – não obstante aumentem as estruturas judiciárias, a produtividade dos juízes e os recursos alocados – os fatores que conduzem à morosidade têm prevalecido, mormente a “explosão de litigiosidade” e a tendência à eternização dos processos⁴⁸.

Esta gravíssima crise afeta fortemente a capacidade de o Judiciário influenciar na condução das políticas públicas. Com efeito, mesmo nos casos em que os “convites” sejam recebidos, e o juiz queira aceitá-los, não é certo que ele consiga comparecer ao “compromisso” no dia e horário marcados. Recentemente, em julgamento no STF em que era nítida a tendência de a rede de saúde ser autorizada a interromper uma gravidez, veio a notícia de que o parto já havia ocorrido dias antes (sobrevindo o óbito da criança horas depois do nascimento). Muitos outros casos poderiam ser indicados, por exemplo, na seara ambiental, em que o atraso de correções judiciais a políticas públicas leva à consumação de danos irreparáveis.

4.2. A discricionariedade – um território interdito ?

Na doutrina brasileira, tradicionalmente é enunciado que o Judiciário não pode controlar o mérito dos atos administrativos, isto é, não pode elidir os critérios de conveniência e oportunidade eleitos pelas autoridades da Administração, colocando no lugar os seus próprios critérios. Na vida forense, cotidianamente sentenças são proferidas com esse fundamento, o qual impede ou dificulta que os juízes controlem políticas públicas.

Parece-nos que, de fato, assim deve ser, *a princípio*. É certo que o Judiciário não é uma agência subalterna em relação aos demais ramos do Estado, porém isso não significa que seja superior – no sentido de necessariamente possuir, de modo legítimo, a “última palavra” sobre as políticas públicas. A aceitação aos “convites” multicitados não pode ocorrer de modo atabalhado, imotivado e autoritário, com o juiz colocando em primeiro plano preconceitos de índole “aristocrática” contra o mundo da política.

Duas atitudes são imprescindíveis para o juiz: em primeiro lugar, não olvidar as regras de imparcialidade procedimental, assegurando a apresentação de argu-

mentos por parte da Administração e a produção de provas que os sustentem; em segundo lugar, confrontar a consistência de tais argumentos com a consistência da fundamentação que pode ser exposta na decisão judicial. Este juízo de ponderação eliminará muitas hipóteses de alteração do mérito do ato administrativo, em face da superioridade comparativa dos argumentos expendidos pela Administração.

Neste passo, vemos a discricionariedade como um terreno *relativamente* interdito à atuação judicial. Em outras palavras, consideramos que o mérito dos atos que concretizam (ou não concretizam) políticas públicas é suscetível de controle judicial, excepcionalmente. As técnicas jurídicas que podem viabilizar, legitimar e conferir consistência a tal controle são diversas. Mencionamos as mais expressivas e já consolidadas em nosso Direito: as teorias dos motivos determinantes e do desvio de finalidade, bem como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Em termos legais, estas técnicas recebem o seguinte tratamento:

Lei 4.717/65.

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Lei 9.784/99.

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

A propósito da aplicação desses postulados, na jurisprudência há milhares de referências, das quais destacamos uma como emblemática das enormes possi-

bilidades de controle abertas pelas técnicas em foco. No REsp 443310/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, *DJ* 03/11/03, o STJ leciona:

(...) 2. A atuação da Administração Pública deve seguir os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, que censuram o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar.

3. A razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato. Razoável é conceito que se infere *a contrario sensu*; vale dizer, escapa à razoabilidade “aquilo que não pode ser”. A proporcionalidade, como uma das facetas da razoabilidade revela que nem todos os meios justificam os fins. Os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado (...).

4.3. A “reserva do possível” (uma leitura em países periféricos)

Suponhamos que um juiz aquiesça aos convites para adotar uma postura de “ativismo judicial”, construa uma identidade mais livre dos padrões normativistas e se convença, em um determinado caso, de que a discricionariedade pode ser afastada de modo consistente mediante o manuseio de uma das técnicas arroladas no tópico anterior. Caso se trate de impor uma abstenção à autoridade administrativa, normalmente, não se apresentam outras dificuldades. Contudo, quando se cuida de determinar o cumprimento de um direito prestacional, ergue-se a limitação concernente à “reserva do possível”.

Segundo tal doutrina, há um limite fático ao exercício dos direitos sociais prestacionais, concernente à disponibilidade material e jurídica de recursos financeiros necessários ao adimplemento da obrigação. Demais disso, “.... a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”.⁴⁹

Não discordamos dessas teses se, por exemplo, cogitarmos de uma decisão judicial, proferida em uma ação civil pública, que – em nome do direito à moradia previsto no art. 6º da Constituição – determina ao governo federal a construção de dois milhões de casas no espaço de um ano. A mobilização de recursos financeiros para tanto implicaria um impacto orçamentário não previsto nem previsível, de grande monta, resultando provavelmente no cancelamento de outras políticas referentes à concretização de outros direitos igualmente fundamentais.

Todavia, na trilha do que defende Andreas J. Krell, entendemos que “a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e

a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado”⁵⁰. Assim, a “reserva do possível” é um limite realmente existente, mas que não deve ser visto no Brasil do mesmo modo que nos países centrais, os quais possuem distribuição de renda menos assimétrica, políticas públicas mais universalizadas e controles sociais (não-jurisdicionais) mais efetivos.

Em conseqüência, a margem de manobra do Judiciário, no exercício do controle em exame, é bem mais larga no nosso País (sem que evidentemente seja absoluta). Dois parâmetros devem ser observados na atividade judicial nesse âmbito, quais sejam, a garantia de um “padrão mínimo social” aos cidadãos e o razoável impacto da decisão sobre os orçamentos públicos. Em nome do citado “padrão mínimo social”, entendemos que os juízes não devem hesitar em inclusive determinar a realização de obras públicas, quando isso se revelar imprescindível e factível. Quanto ao impacto no orçamento público, a razoabilidade deve ser demonstrada à luz do caso concretamente analisado, podendo ser adotadas saídas criativas, como a fixação de prazos flexíveis e compatíveis com o processo de elaboração orçamentária. O que é fundamental é não ignorar este aspecto, sob pena de a decisão ser frágil e condenada à cassação ou à inexecução. Por outro lado, os aspectos orçamentários relativos aos direitos prestacionais não devem ser mitificados, transformados em uma “esfera sagrada”, pois não é assim quando o Judiciário declara a inconstitucionalidade de tributos e frustra parcelas expressivas das receitas públicas, em favor – do ponto de vista imediato – de setores socialmente mais fortes. Com efeito, em tais casos nunca se cogitou de o Judiciário decidir de outro modo em nome da “reserva do possível”.

Um bom exemplo de adequado enfrentamento da temática, assim como do controle sobre a discricionariedade, é a jurisprudência sobre o benefício assistencial previsto no art. 203, inciso V, da Constituição: “a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”. Esta, a Lei 8.742/93, refere-se aos requisitos da incapacidade para o trabalho e para a vida independente, associada à renda *per capita* no núcleo familiar não superior a 1/4 do salário mínimo. Contudo, a respeito desses requisitos legais, o STJ tem decidido:

AGA 521467/SP
Relator(a) Ministro Paulo Medina
Órgão Julgador
T6 – Sexta Turma
Data do Julgamento
18/11/03

Data da Publicação/Fonte

DJ 09/12/03

Ementa

Agravo regimental em agravo de instrumento. Assistência social. Benefício de prestação continuada. Comprovação de renda per capita não superior a 1/4 do salário mínimo. Desnecessidade.

1. A impossibilidade da própria manutenção, por parte dos portadores de deficiência e dos idosos, que autoriza e determina o benefício assistencial de prestação continuada, não se restringe à hipótese da renda familiar *per capita* mensal inferior a 1/4 do salário mínimo, podendo caracterizar-se por concretas circunstâncias outras, que, é certo, devem ser demonstradas.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

REsp 360202 / AL

Relator(a) Ministro Gilson Dipp

Órgão Julgador

T5 – Quinta Turma

Data do Julgamento

04/06/02

Data da Publicação/Fonte

DJ 1º/07/02

Ementa

Previdenciário. Benefício de prestação continuada. Art. 20, § 2º, da Lei 8.742/93. Portador do vírus HIV. Incapacidade para o trabalho e para prover o próprio sustento ou de tê-lo provido pela família. Laudo pericial que atesta a capacidade para a vida independente baseado apenas nas atividades rotineiras do ser humano. Improriedade do óbice à percepção do benefício. Recurso desprovido.

I – A pessoa portadora do vírus HIV que necessita de cuidados frequentes de médico e psicólogo e que se encontra incapacitada, tanto para o trabalho, quanto de prover o seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família – tem direito à percepção do benefício de prestação continuada previsto no art. 20 da Lei 8.742/93, ainda que haja laudo médico-pericial, atestando a capacidade para a vida independente.

II – O laudo pericial que atesta a incapacidade para a vida laboral e a capacidade para a vida independente, pelo simples fato da pessoa não necessitar da ajuda de outros para se alimentar, fazer sua higiene ou se vestir, não pode obstar a percepção do benefício, pois, se esta fosse a conceituação de vida independente, o benefício de prestação continuada só seria devido aos portadores de deficiência tal, que suprimisse a capacidade de locomoção do indivíduo – o que não parece ser o intuito do legislador.

III – Recurso desprovido.

Nesta mesma direção é a orientação quase unânime na Justiça Federal, não havendo, contudo, até o momento, um pronunciamento explícito do STF.

Outro exemplo decorre de experiência pessoal: recentemente tive a oportunidade de apreciar um caso de um estudante que se enquadrava em requisitos estatuídos em resolução administrativa da UnB para a fruição de direito à residência estudantil, esbarrando, entretanto, na inexistência de vagas. A decisão foi no seguinte teor:

1 – Determina a nossa Constituição que a educação é direito de todos e dever do Estado (art. 205). A “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” é princípio que rege o ensino (art. 206, inciso I). Ademais, deve o Estado garantir o “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um” (art. 208, inciso V). Tais preceitos, longe de veicularem enunciações puramente formais, impõem a adoção de medidas que reduzam as barreiras econômicas que impedem o acesso e a permanência citadas. O Poder Executivo reconhece que os deveres constitucionais em foco exigem determinadas políticas públicas, a exemplo do Fies e do Programa “Universidade para Todos” (instituído recentemente pela MP 213, de 10/09/04). No caso das universidades públicas, as obrigações constitucionais enfocadas devem concretizar-se com a adoção de programas assistenciais dirigidos aos mais carentes, a fim de que estes possam efetivamente exercer os seus direitos formalmente enunciados. Assim não fosse, gerar-se-ia a perversa situação de toda a sociedade financiar o ensino público superior exclusivamente em benefício dos segmentos mais ricos da população.

2. Analisando a presente lide com base nestas premissas, verifico que o demandante reside em local muito distante do Plano Piloto e da UnB – acarretando onerosos deslocamentos – e tem sua hipossuficiência expressamente reconhecida pela instituição, inclusive participando do Programa Bolsa Alimentação (fls. 16). Por outro lado, afirma a UnB que “semestralmente deixamos de atender vários alunos que se enquadram neste perfil”, estando assim caracterizada situação claramente inconstitucional. Destaco que não há obstáculo a esta declaração por este Juízo, pois – em se tratando de programa administrativo de custo evidentemente suportável pelo Erário – não incide a doutrina da “reserva do possível” (que em tese impede o Judiciário de influir demasiadamente na definição de políticas públicas prioritárias, em homenagem ao princípio da separação de poderes).

3. Há *periculum in mora* na presente controvérsia, uma vez que o próprio fluir do semestre letivo, sem a frequência regular do aluno, gera danos de difícil reparação.

4. Com esses fundamentos, *defiro a liminar* pleiteada, determinando que a UnB ofereça ao autor vaga em residência universitária ou custeie a sua moradia em local próximo à UnB, em padrões equivalentes aos fornecidos aos demais estudantes carentes e consoante as mesmas regras regimentais de uso. Na última hipótese, o custeio não poderá ultrapassar o valor de R\$ 15.600,00 por ano, limite máximo de competência deste Juizado.

Verificamos então que aquilo que é possível ao Judiciário fazer, em sociedades com nível mais alto de implementação de direitos, é menos do que em países em situação oposta, como o Brasil – em que a meta de um “padrão mínimo social” exige que os juízes façam mais.

5. Conclusão

Concluimos assim o itinerário a que nos propusemos. Iniciamos com a abordagem do contexto que obrigatoriamente dialoga com os textos normativos. Demonstramos como um papel mais proeminente do Judiciário não se choca contra o princípio da tripartição funcional do Estado. Realçamos os “convites” a um sistema judicial mais protagonista e ativista, formulados por processos políticos e sociais. Finalmente, apontamos os limites à atuação judicial, assim como os limites dos limites.

Resta-nos, em conclusão, sublinhar que as teses expostas no presente artigo não representam a negação da luta política (em sentido estrito) como meio para a efetivação dos direitos já proclamados e a conquista de outros. Ao contrário disso, desenvolvemos a nossa argumentação tendo a esfera da política como referência obrigatória. Cuida-se apenas de construir e reafirmar caminhos que podem auxiliar o processo histórico de emancipação da humanidade, inclusive submetendo a arena política a novos e crescentes tensionamentos – gerando movimentos e saltos adiante.

Os juízes não podem tudo, nem devem poder. Mas podem muito, e devem exercer esse poder em favor da grandiosa e inesgotável utopia de construção da felicidade de cada um e de todos.

Notas

¹ Em todo o texto, utilizamos a expressão “política pública” como sendo o “conjunto de atos e de não-atos que uma autoridade pública decide pôr em prática para intervir (ou não intervir) num domínio específico” (*Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*, ed. Renovar, 1999, p. 605).

² FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. São Paulo: Globo, 2001, p. 821.

³ *Folha de São Paulo*, 24/07/02; reportagem de Clóvis Rossi e Leila Suwwan.

⁴ FURTADO, Celso. *Em busca de novo modelo*. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 11.

⁵ Apud NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Em Defesa da Política*. São Paulo: editora Senac, 2001, p. 94. A citação vem a propósito de questões como o escorchante pagamento de juros da dívida pública, sustentado por sucessivas metas de superávit primário, que embarçam fortemente a capacidade de o Estado implementar políticas públicas. De janeiro a junho de 2003, o citado superávit chegou a 5,41% do PIB, ultrapassando 40 bilhões de reais, enquanto que o pagamento de juros no mesmo período foi de 74 bilhões de reais. Já nos nove primeiros meses de 2004, o superávit foi de R\$ 69,771 bilhões (5,6% do PIB) e R\$ 95,284 bilhões foram gastos com juros.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 108.

⁷ O inglês John Locke viveu entre 1632 e 1704, tendo aliado uma intensa atuação política à sua atividade de elaboração teórica. Exerceu diversos cargos públicos no governo de Guilherme de Orange, instalado no poder com a Revolução Gloriosa. Foi um período marcado por sucessivas vitórias da idéia de um governo jungido a limites ditados pelos direitos dos indivíduos e controlado pelo Parlamento. Estas referências são imprescindíveis, na medida em que a obra de Locke está umbilicalmente entrelaçada com estes acontecimentos históricos. Cabral de Moncada, referindo-se a Locke, acentua que ele “foi um pensador com o seu pensamento político fortemente condicionado por uma situação histórica bem determinada e ao serviço da vida.” (*Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 216). Renato Janine Ribeiro, no mesmo sentido, na apresentação de uma edição brasileira de *O espírito das leis* (São Paulo: Martins Fontes, 1993), enfoca esta característica de muitos que se dedicam à Filosofia Política: “Difícilimo, tratando de Montesquieu – mas isto talvez valha para todo filósofo político –, recortar com precisão um espaço em que a vocação é do cientista e outro em que é do político.” (op. cit, p. XXXVII).

⁸ Charles-Louis de Secondat, barão de Montesquieu, viveu entre 1689 e 1755. Sua obra mais importante é *O Espírito das Leis*, na qual apresenta uma teoria geral da sociedade, consoante leciona Norberto Bobbio: “Desde o primeiro capítulo da grande obra de Montesquieu, intitulado *Das Leis em Geral*, fica claro que seu interesse é principalmente a descoberta das leis que governam o movimento e as formas das sociedades humanas, para tornar possível a elaboração de uma teoria da sociedade.” (*A teoria das formas de governo*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 128).

⁹ A este propósito, Francisco Teixeira ensina que “para ele (Locke) o Estado não é a única instância criadora da sociabilidade. Ancorado em conhecimentos econômicos, ele descobre o nascimento e o desenvolvimento de uma certa socialização entre os indivíduos, ainda no estado de natureza. E não só isso: ele acreditava que essa socialização tendia a se desenvolver, na medida em que avançasse a troca de mercadorias (...). Mas, o que é mais importante destacar desse trecho citado por Locke, é o fato de que a integração social, mediada pelo mercado, antecede a sociabilidade criada pelo Estado....” (TEIXEIRA, Francisco José Soares. *Economia e Filosofia no pensamento político moderno*. Campinas: Pontes Editores, 1995, p. 50).

¹⁰ “O grande objetivo da entrada do homem em sociedade consistindo na fruição da propriedade em paz e segurança, e sendo o grande instrumento e meio disto as leis estabelecidas nessa sociedade, a primeira lei positiva e fundamental de todas as comunidades consiste em estabelecer o poder legislativo (...) (O Legislativo) não é, nem poderia ser, absolutamente arbitrário sobre a vida e a fortuna das pessoas porque ninguém pode transferir a outrem mais poder do que possui, e ninguém tem poder arbitrário absoluto sobre si mesmo ou sobre outrem, para destruir a própria vida ou tirar a vida ou a propriedade de outrem (...) O poder do Legislativo, em seus limites extremos, restringe-se ao bem público da sociedade.” (Id.Ibid., p. 86/87).

¹¹ Tal direito, deste modo, é explicitado por Locke: “....sendo o Legislativo somente um poder fiduciário destinado a entrar em ação para certos fins, cabe ainda ao povo um poder supremo para afastar ou alterar o Legislativo quando é levado a verificar que age contrariamente ao encargo que lhe confiaram (...). E, nessas condições, a comunidade conserva perpetuamente o poder supremo de se salvar dos propósitos e atentados de quem quer que seja, mesmo dos legisladores, sempre que forem tão levianos ou maldosos que formulem planos contra as liberdades e propriedades dos súditos; (...) sempre que alguém experiente trazê-los (os homens) a semelhante situação de escravidão, terão sempre o direito de preservar o que não tinham o poder de alienar, e de livrar-se dos que invadem esta lei fundamental, sagrada e inalterável da própria preservação em virtude da qual entraram em sociedade.” (Id. .Ibid. p.93).

¹² MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 19.

¹³ A moderação no governo monárquico é assegurada pela existência de poderes intermediários,

que impedem abusos por parte do monarca, consoante Montesquieu expõe no capítulo IV do Livro Segundo (id. *ibid.* p. 27/28)

¹⁴ Id. *ibid.*, p. 131.

¹⁵ Id. *ibid.*, p. 39.

¹⁶ Id. *ibid.* p. 75.

¹⁷ Id. *ibid.* p. 170.

¹⁸ MADISON, James et al. *Os artigos federalistas*, 1787-1788. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 333.

¹⁹ No mesmo Federalista 47, Madison faz uma detalhada demonstração de como esta “ingerência” ocorria na Inglaterra e em vários estados dos EUA (id. *ibid.* p. 332/337).

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993, p. 46/47.

²¹ Este termo generalizou-se para denominar os que, pelo menos retoricamente, defendem um Estado “mínimo”, pouco intervencionista, confiando-se primordialmente ao mercado as tarefas de produção e distribuição de riquezas. Hayek, um dos mais importantes teóricos do que se convencionou chamar de neoliberalismo, sustentava que ao Estado deveriam ser reservados poucos âmbitos de atuação: proteção contra violência, epidemias, inundações ou avalanches, estradas (curtas), pesos e medidas, estatísticas, mapas, proteção e sigilo da vida privada, tributação, certo número de infortúnios. (HAYEK *apud* ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 126/127). Refletindo o apogeu desta ideologia, entre 1990 e 1997, em todo o mundo, foi alienado um patrimônio estatal avaliado em US\$ 513 bilhões, segundo estima o periódico francês *Le Monde Diplomatique* (*Revista Época*, agosto de 1998).

²² Referimo-nos especialmente à ascensão, nos anos 70 e 80, do Partido Republicano nos EUA (com Ronald Reagan e George Bush), do Partido Conservador na Inglaterra (com Margaret Thatcher e John Major) e da Democracia-cristã na Alemanha (com Helmut Kohl). Integra este processo também o enfraquecimento do chamado eurocomunismo, bastante forte eleitoralmente até os anos 70 na França e na Itália. No caso dos países do “socialismo real”, o símbolo maior da derrocada foi a derrubada do muro de Berlim, em 1989.

²³ Olhando a realidade brasileira não há como discordar: uso rotineiro de medidas provisórias, demandas crescentes por financiamentos públicos via BNDES e por subsídios fiscais, imprescindibilidade de políticas sociais compensatórias mantidas pelos governos, ações “de massa” no Judiciário, entre outros indicadores, ratificam a continuidade da tendência de papel expandido do Estado. No panorama global, o novo ciclo de guerras imperialistas neste princípio de século 21 comprova que os Estados estão bem vivos...

²⁴ KURZ, Robert. *Os últimos combates*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 95/102.

²⁵ *Revista de informação legislativa*, 160, outubro/dezembro 2003, p. 206.

²⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello auxilia a compreender o alcance desta expressão, assentando: “... ao lado de conceitos unissignificativos, apoderados de conotação e denotação precisas, unívocas, existem conceitos padecentes de certa imprecisão, de alguma fluidez e que, por isso mesmo, se caracterizam como plurissignificativos” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 415).

²⁷ FALCÃO, Joaquim. A política econômica dos juízes. *Folha de São Paulo*, ed. 26/10/01.

²⁸ Abordei o tema no artigo “Globalização e Crise Constitucional” (*Revista de Direito Administrativo* 211, janeiro/março-1998, Renovar/FGV).

²⁹ Na *Teoría de la Constitución*, Loewenstein apresenta o que chama de uma classificação ontológica das Constituições, segundo o papel das Cartas escritas na realidade sócio-política. A Constituição normativa é assim caracterizada: “*sus normas dominan el proceso político o, la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ellas*”. Quanto à Constituição nominal, destaca o autor: “*una Constitución podrá ser jurídicamente válida, pero si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, la Constitución carece de realidad existencial*”. Finalmente, no que tange à semântica, diz: “*em lugar de servir a la limitación del poder, la Constitución es aquí el instrumento para estabilizar y eternizar la intervención de los dominadores fácticos de la localización del poder político*”. (*Teoría de la Constitución*, 2ª ed, Barcelona: Ariel, 1983).

³⁰ Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia. In *Democratizar a Democracia*. Boaventura de Sousa Santos (org). São Paulo: ed. Civilização Brasileira, 2002, p. 320.

³¹ *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org). Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2003, p. 35.

³² *Manual de Derecho Constitucional*. Madri: ed. Marcial Pons, 1996, p. 488.

³³ “O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado....” (MI 168-5/RS). Com algumas exceções, tem entendido o STF que o provimento do mandado de injunção implica tão-somente a notificação do Parlamento para que supra a omissão, em geral sem que se produza qualquer resultado prático.

³⁴ Foi proposta inclusive uma ADI contra a Lei 9.882/99 (ADI 2.231-8).

³⁵ Utilizamos a expressão “direitos prestacionais” em oposição aos “direitos de defesa”. Aqueles reclamam uma atuação positiva do Estado, visando assegurar as condições materiais para sua fruição (por exemplo, direito à moradia). Os segundos, implicam um dever de abstenção de particulares ou do Estado (v.g. não discriminar negativamente por motivo racial). A auto-aplicabilidade destes é ordinariamente aceita.

³⁶ COSTA, Flávio Dino de Castro e. *Autogoverno e controle do Judiciário no Brasil*. Brasília: ed. Brasília Jurídica, 2001.

³⁷ Dissertando sobre a estrutura organizacional do Judiciário, José Eduardo Faria assim se refere a um estudo de Alberto Binder, intitulado “Perspectivas sobre a Reforma do Processo Penal na América Latina” (Buenos Aires: *USIS Information Program*, 1993): “... o autor faz uma análise objetiva e realista das estruturas organizacionais do Judiciário em todo o continente latino-americano, concluindo que a não-geração de idéias novas, a falta de vontade de mudar, o isolacionismo judicial, a prodigalidade, a ineficiência administrativa e o anacronismo organizacional têm levado este Poder a se distanciar perigosamente de seu meio ambiente. ‘Toda vez que um juiz ou um advogado é solicitado a sugerir mudanças que eles próprios seriam capazes de adotar, ou que considerem necessário implementar, eles abordam apenas questões superficiais, ou seja, alteram um limite de tempo, eliminam uma ou outra exigência; em geral, não atingem o âmago da questão, nem mesmo dentro dos limites do sistema em vigor (p. 3)’” (Op. cit, p. 32).

³⁸ SADEK, Maria Teresa (org.). *Uma Introdução ao Estudo da Justiça*. São Paulo: Editora Sumaré, 1996, p. 22.

³⁹ Op. cit, p. 60.

⁴⁰ A questão tinha o seguinte teor: “Na aplicação da lei, existe frequentemente uma tensão entre contratos, que precisam ser observados, e os interesses de segmentos sociais menos privilegiados, que precisam ser atendidos. Considerando o conflito que surge nesses casos entre esses dois objetivos, duas posições opostas têm sido defendidas: (...) Com qual das duas posições o(a) senhor(a) concorda mais ?”

⁴¹ PINHEIRO, Armando Castelar. *O Judiciário e a Economia na visão dos magistrados*. São Paulo:

Idesp, 2001, p. 10.

⁴² MARQUES, Hugo. 92% dos brasileiros consideram a Justiça lenta. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 24 mar. 1999.

⁴³ PINHEIRO, Armando Castelar (org.). *Judiciário e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Sumaré, 2000, p. 77.

⁴⁴ Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário. Disponível em: < www.stf.gov.br. >

⁴⁵ No entanto, esta assertiva não serve para justificar os discursos que vêem no Judiciário um grande “vilão”, maior inimigo dos ajustes fiscais empreendidos pelos governos. Isto porque, comparando-os com os orçamentos globais, verifica-se que os valores alocados para o Judiciário são insignificantes – incapazes por si só de implicarem desequilíbrio nas contas públicas. A Justiça da União, por exemplo, aí abrangidos os Tribunais Superiores e as Justiças Federal, Trabalhista, Eleitoral e Militar, teve uma participação de 0,9% no orçamento da União referente ao ano de 2001. Estudo em curso desde junho de 2004 sob a coordenação do presidente do STF, Ministro Nelson Jobim, sistematizará números mais atualizados e precisos acerca do assunto.

⁴⁶ Responsabilidade Fiscal. Estados: quanto custam as funções legislativa e judiciária. *Informe da Secretaria para Assuntos Fiscais do BNDES*. Brasília: BNDES, 22, nov. 2000, p. 3.

⁴⁷ Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia Pública.

⁴⁸ Além da permanente defasagem entre novas ações ajuizadas e processos arquivados, merecem menção a enorme cadeia de recursos processuais postos à disposição dos litigantes e as dificuldades que marcam a execução das sentenças no Brasil – especialmente contra o erário. De um modo geral, Estados e Municípios atrasam o pagamento dos precatórios por anos.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 261).

⁵⁰ KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: ed. Sérgio Antonio Fabris, 2002.

A Utilização da Mediação de Conflitos no Processo Judicial

Lília Almeida Sousa*

1. Introdução

A mediação é uma forma de solução consensual de conflitos, desenvolvida, tal como conhecemos hoje, na segunda metade do século XX, nos Estados Unidos. No Brasil, a partir da década de noventa, surgiram entidades voltadas para a prática e sistematização da teoria da mediação¹, que passou também a ser estudada em algumas instituições de ensino superior.

O Projeto de Lei 4.827/98², que versa sobre a mediação de conflitos, dispõe, em seu art. 3º, que *a mediação poderá ser judicial*, sem, no entanto, esclarecer suficientemente o que seria o instituto da “mediação judicial”. Diante da atua-

*N.E.: Procuradora Federal, pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza.

lidade e necessidade de uma adequada regulamentação do tema, neste trabalho tentaremos demarcar os contornos da mediação judicial e analisar sua viabilidade e necessidade no sistema processual brasileiro.

O alcance dos objetivos deste trabalho passa pelo estudo do que vem a ser a mediação de conflitos, da atuação do mediador e das normas processuais positivadas.

2. Mediação de conflitos

2.1. Tipos de conflitos e sua adequação aos métodos de resolução

Os conflitos intersubjetivos podem adquirir as mais variadas feições, dependendo do seu objeto, da capacidade de entendimento entre as partes etc. Não é difícil constatar que um conflito familiar possui características diferentes de um conflito entre empresas e que ambos requerem tratamentos diversos. Diante dessa realidade, faz-se necessário explicitar que para cada tipo de conflito é mais apropriado este ou aquele método de solução.

Existem conflitos que demandam conhecimentos extremamente técnicos. Há conflitos em que não se vislumbra a menor possibilidade de acordo e que necessitam da força coercitiva do Estado para a sua resolução. Por sua vez, existem conflitos decorrentes de relações que as partes querem preservar e conflitos decorrentes de relações continuadas, como as relações familiares, que se perpetuam no tempo. Outros, mais simples, extinguem-se com um acordo celebrado entre as partes, sem se perpetuarem no tempo.

Cada caso, cada situação, adequa-se mais ou menos aos vários métodos de resolução de conflitos, consensuais ou não. Os métodos consensuais mais utilizados serão conceituados a seguir, a começar pela mediação, por ser o objeto de estudo desse trabalho.

2.2. Conceito de mediação

Feitas essas considerações, passemos à conceituação de mediação: mediação é o método consensual de solução de conflitos, que visa à facilitação do diálogo entre as partes, para que melhor administrem seus problemas e consigam, *por si só*, alcançar uma solução³. Administrar bem um conflito é aprender a lidar com ele, de maneira que o relacionamento com a outra parte envolvida não seja prejudicado.

A mediação é mais adequada para aqueles conflitos oriundos de relações continuadas ou cuja continuação seja importante, como as relações familiares, empresariais, trabalhistas ou de vizinhança, porque permitirá o seu restabeleci-

mento ou aprimoramento. A esses casos é mais adequada a mediação, mas não há óbices em se utilizar outros métodos, da mesma forma que não há óbices em se utilizar a mediação para a solução de outros tipos de conflitos.

É o método mais indicado para esses casos, porque possibilita a compreensão do conflito pelas partes, para que possam melhor administrá-lo e evitar novos desentendimentos no futuro.

Na mediação, os conflitos só podem envolver direitos patrimoniais disponíveis ou relativamente indisponíveis⁴. Isso porque apenas esses direitos podem ser objeto de acordo extrajudicial. Feito um acordo, este pode ou não ser homologado pelo Judiciário, a critério das partes.

Outrossim, vale ressaltar que a mediação também pode ser feita em se tratando de matéria penal. Nos casos de crimes sujeitos à ação penal privada ou à ação penal pública condicionada, a mediação poderá culminar na renúncia da queixa-crime ou da representação. Nos casos sujeitos à ação penal pública incondicionada, a mediação, a nosso ver, é possível, não para que se transacione sobre o direito de ação, que pertence ao Estado, mas apenas para que as partes dialoguem, caso queiram preservar seu relacionamento.

2.3. Arbitragem, conciliação e negociação

Por fim, para melhor esclarecer o que vem a ser a mediação, resta diferenciá-la dos demais *métodos consensuais* de solução de conflitos: arbitragem, conciliação e negociação.

A *arbitragem*, regulada pela Lei 9.307/96, é o método no qual as partes submetem a solução de seus litígios *a um terceiro, que decidirá* de acordo com a lei ou com a equidade. Essa decisão deverá ser acatada pelas partes, já que o laudo arbitral tem força de título executivo judicial e sujeita-se à apreciação pelo Judiciário apenas nos casos de nulidade previstos na lei. É mais adequada para aqueles conflitos que necessitam de conhecimentos extremamente técnicos para sua solução.

Na *conciliação* o que se busca é um acordo, é o fim da controvérsia em si mesma por meio de concessões mútuas; se não houver acordo, a conciliação é considerada fracassada. O conciliador pode sugerir às partes o que fazer, pode opinar sobre o caso, diferentemente do mediador, que visa à comunicação entre as partes, a facilitação de seu diálogo, sem sugerir a solução, para que possam sozinhas administrar seu conflito. Uma mediação pode ser bem sucedida mesmo sem culminar em um acordo, bastando que tenha facilitado o diálogo entre as partes e despertado sua capacidade de entenderem-se sozinhas.

Finalmente, a *negociação* é a forma de solução de um litígio, em que as pró-

prias partes resolvem-no sem a participação de um terceiro. Pode-se dizer que a mediação é uma negociação assistida.

É importante frisar que as formas de solução de litígios não são umas melhores que as outras. Cada qual possui características que as tornam mais adequadas para este ou aquele tipo de conflito, como já foi explicitado anteriormente. De toda sorte, vale ressaltar que a mediação pode trazer como vantagens um baixo custo, informalismo, confidencialidade e maior compromisso das partes em cumprir os acordos e respeitar a solução encontrada, já que não lhes é imposta.

3. O mediador

3.1 Quem pode ser mediador

O mediador é um terceiro imparcial, com competência técnica e eleito pelas partes. A competência técnica diz respeito à capacitação do mediador, que envolve o conhecimento básico de psicologia, sociologia, técnicas de escuta e comunicação, formas de manejo dos conflitos, dentre outros.

Atualmente, no Brasil, diante da inexistência de regulamentação da atividade, qualquer pessoa pode ser um mediador e o projeto de lei em trâmite também não faz restrições. Em outros países, como na Argentina, a mediação judicial só pode ser exercida por advogados. Não há, porém, sentido em restringir a mediação aos advogados: um mediador não precisa sequer possuir curso superior, deve ser capacitado para a *mediação*. De acordo com cada tipo de conflito é que as partes escolherão o mediador que melhor possa orientá-las, que tenha uma formação mais voltada para o caso específico.

O mediador não atua como advogado, nem como psicólogo, nem como assistente social; atua como um *mediador*. Sua atividade pode até ser considerada um novo tipo de profissão, embora os conhecimentos de outras áreas sejam bastante úteis à mediação, que é uma ciência interdisciplinar.

3.2 A atuação do mediador

O mediador tem a função precípua de *facilitar a comunicação entre as partes*. Sua função é conduzir o diálogo das partes, escutando-as e formulando perguntas. Essa forma de coordenar a mediação, por intermédio da escuta e da formulação de perguntas que levem as partes a refletirem sobre o caso, não é uma criação recente. Pode-se dizer que um de seus pilares teóricos é o método socrático de busca da verdade, a maiêutica. O diálogo é o fundamento desse método, em que o conhecimento é extraído do interior da mente pela própria pessoa, a partir de um questionamento bem conduzido, que a encaminhe à essência do que se quer saber.

O mediador, longe de impor sentenças, impõe regras de comunicação, inclusive com seu exemplo. Daí a importância de que as conheça completamente.

Escutar atentamente, inquirir para saber mais, e fazer um resumo do compreendido, são as regras da comunicação mais importantes a serem tomadas em conta pelo mediador.

Pois, assim como a responsabilidade dos clientes é discutir o problema, a do mediador é orientar como discuti-lo). (Juan Carlos Vezzula, *Teoria da Mediação*, p. 30)

Conforme já foi dito anteriormente, uma mediação pode ser bem sucedida mesmo sem culminar em um acordo, bastando que tenha facilitado o diálogo entre as partes e despertado sua capacidade de entenderem-se sozinhas. Assim sendo, o mediador deve ter direito ao pagamento de seus honorários mesmo quando não há acordo entre as partes mediadas no fim da reunião. Até porque o acordo pode ser elaborado só depois da reunião de mediação, mas em consequência desta.

O mediador deve saber *identificar os reais interesses das partes*, ocultos devido à angústia e ao discurso influenciado pela sociedade. Roberto Portugal Bacellar, para ilustrar a importância de se descobrir os reais interesses das partes, cita a história de duas irmãs que brigavam por uma laranja. Depois de concordarem em dividi-la ao meio, a primeira pegou sua metade, comeu a fruta e jogou a casca fora, enquanto que a segunda jogou fora a fruta e usou a casca para fazer um doce⁵.

O mediador tem o *compromisso de manter sigilo* sobre os fatos conhecidos por meio das reuniões de mediação. Isso, inclusive, faz com que a mediação seja mais adequada para certos casos em que não se queira publicidade. O sigilo também é importante porque possibilita às partes a exposição de sua intimidade para a discussão profunda sobre seus reais interesses.

As organizações que promovem a mediação costumam prever em seus códigos de ética o dever de sigilo do mediador. Em alguns países, como nos Estados Unidos⁶, os mediadores são proibidos de serem testemunhas em processos judiciais; no Brasil, o dever de sigilo do mediador é imposto pela ética, mas não há lei que, explicitamente, proíba os mediadores de serem testemunhas.

Nesse ponto, cabe um adendo: mesmo no ordenamento jurídico pátrio, o dever de sigilo dos mediadores sobre fatos conhecidos no exercício de sua atividade é resguardado quanto à obrigatoriedade de prestar testemunho. Isso porque o art. 207 do Código de Processo Penal e 406 do Código de Processo Civil excluem desse dever as pessoas que, por suas atividades, são obrigadas a guardar sigilo:

Na doutrina se considera como pessoas que devam guardar segredo profissional aquelas: a) previstas em lei; b) previstas em regulamentos que

disciplinam o exercício da atividade; c) previstas em normas consuetudinárias e d) as indicadas pela própria natureza da atividade. (Julio Fabrinni Mirabete, *Código de Processo Penal Interpretado*)

A análise da atuação do mediador deixa claro que mediação requer treinamento e conhecimentos específicos. É uma atividade que envolve importantes valores sociais e a intimidade dos indivíduos; por esses motivos, carece de regulamentação específica, principalmente abordando o aspecto da capacitação técnica dos mediadores, em respeito à boa-fé dos que os procuram.

A regulamentação da mediação, que já está encaminhada pelo Projeto de Lei 4.827/98, deve ser feita de forma adequada e completa, para manter a credibilidade da atividade, que muito contribui para a pacificação social, ao possibilitar o entendimento e a compreensão entre os indivíduos.

4. Mediação judicial

O Projeto de Lei 4.827/98, em seus arts. 3º e 4º, dispõe, *in verbis*:

Art. 3º – A mediação é judicial ou extrajudicial, podendo versar sobre todo o conflito ou parte dele.

Art. 4º – Em qualquer tempo ou grau de jurisdição, pode o juiz buscar convencer as partes da conveniência de se submeterem à mediação extrajudicial, ou, com a concordância delas, designar mediador, suspendendo o processo pelo prazo de até 3 (três) meses, prorrogável por igual período.

Parágrafo único. O mediador judicial está sujeito a compromisso, mas pode escusar-se ou ser recusado por qualquer das partes, em cinco dias da designação. Aplicam-se-lhe, no que caibam, as normas que regulam a responsabilidade e a remuneração dos peritos.

Art. 5º – *Omissis*

Art. 6º – Antes de instaurar o processo, o interessado pode requerer ao juiz que, sem antecipar-lhe os termos dos conflitos e de sua pretensão eventual, mande intimar a parte contrária para comparecer à audiência de tentativa de conciliação ou mediação. A distribuição do requerimento não previne o juízo, mas interrompe a prescrição e impede a decadência.

Como se vê, a norma que poderá disciplinar a matéria permite a utilização da mediação pelo Judiciário. Façamos uma análise de suas disposições, verificando se são adequadas e sugerindo possíveis modificações, visando sempre à melhor utilização da atividade em comento.

Parece que o termo mediação judicial designa, de acordo com o projeto de lei (art. 4º), a mediação realizada durante o processo, por intermédio de mediador indicado pelo Judiciário. Se for realizada durante o processo ou não, sem o intermédio do Judiciário, será mediação extrajudicial. O texto deixa explícita a

possibilidade de as partes recusarem o mediador indicado, já que este deve necessariamente ser eleito por aquelas. As partes devem ter a liberdade de utilizarem ou não a mediação, pois esta orienta-se pelo princípio da liberdade e autonomia da vontade, não devendo ser imposta:

No mundo todo, onde a mediação é praticada e se respeita a norma fundamental de deixar seu uso à exclusiva vontade das partes, são resolvidos mais de setenta e cinco por cento dos casos que de outra forma teriam ido diretamente ao Poder Judiciário. Foi assim que, com uma mudança de cultura, com um novo meio de resolver as disputas, conseguiu-se desafogar o Poder Judiciário. Nos lugares onde a mediação foi imposta, como na Argentina, a falta de preparo dos profissionais, os baixos honorários recebidos além da obrigatoriedade, produziu um movimento de rejeição pelo qual só resultou, até agora, num baixo índice de acordos. (Juan Carlos Vezzula, *A mediação. O mediador. A Justiça e outros conceitos*, p. 115)

Poderia ser realizada pelo juiz? Acreditamos que não seria aconselhável atribuir mais essa função ao magistrado. Como já foi dito, a mediação requer preparo específico; ademais, alguns casos requerem várias reuniões, o que sobrecarregaria ainda mais os juízes.

Os processos judiciais, via de regra, sujeitam-se ao princípio da publicidade; a mediação, por sua vez, deve ser sigilosa. Diante disso, como deve ser realizada a mediação judicial? Deve ser realizada em audiência submetendo-se à publicidade? Pensamos que a mediação, mesmo sendo judicial, continua a ser um método autônomo de solução de conflitos, com seus próprios princípios e objetivos. Um desses objetivos é fazer com que as partes conversem, descubram seus reais interesses ocultos; para isso, é preciso uma atmosfera propícia, que lhes inspire desvirtuar a atividade e prejudicaria seus resultados.

Assim, a mediação coordenada pelos mediadores judiciais deve ser realizada em um local destinado para isso, um setor de mediação, que, inclusive, pode ser organizado em conjunto com a Defensoria Pública, para facilitar sua operacionalização.

O texto diz que a qualquer tempo ou grau de jurisdição o juiz poderá convencer as partes a utilizarem-se da mediação (art. 4º). Apesar de ser um tanto improvável que as partes ainda tenham condições de diálogo após todo o trâmite processual, que instiga seu antagonismo⁷, é importante que a lei permita a mediação em qualquer grau de jurisdição. Seria incoerente a lei restringir a realização da mediação judicial a uma determinada fase sob pena de preclusão, já que as partes podem, a qualquer tempo, pedir a desistência da ação ou do recurso, por terem resolvido seu conflito por meio de acordo; se quiserem obter esse acordo por meio da mediação, não há por que negar-lhes, seja qual for a fase em que se encontre o processo.

De toda sorte, consideramos que a lei também deve prever um momento certo para as partes decidirem se querem ser mediadas. A nosso ver, nas fases atualmente reservadas à tentativa de conciliação pelo Código de Processo Civil e Lei dos Juizados Especiais, as partes devem ter a opção entre a mediação e a conciliação. Como alguns conflitos podem ser mais bem solucionados através da mediação, achamos que a lei deve prever não uma “tentativa obrigatória de conciliação”, mas uma “tentativa de resolução consensual do conflito”, cabendo às partes, a escolha do método.

Quanto à suspensão do processo por até três meses (art. 4º, *in fine*), prorrogável por igual período, durante a realização da mediação, concordamos que é adequada, já que há casos em que a mediação precisa ser realizada em diversas reuniões para alcançar um resultado satisfatório⁸. Assim, enquanto se estiver tentando outra forma de resolver a contenda, não há por que continuar a prática dos atos processuais, que podem até prejudicar a mediação, por realçarem o antagonismo das partes, como já foi dito antes.

O projeto de lei, porém, não prevê a suspensão da prescrição durante a suspensão do processo. Diante da possibilidade de uma das partes utilizar-se da mediação no intuito de protelar o feito, pensamos que a lei deve prever também a suspensão do prazo prescricional.

O art. 6º do projeto atribui à distribuição do requerimento de intimação para a mediação realizada antes da instauração do processo (mediação prévia) o efeito de interromper a prescrição e impedir a decadência do direito.

A lei costuma prever a interrupção da prescrição quando o autor pratica atos que demonstrem seu interesse na defesa do direito, como no caso vislumbrado no artigo em comento. Se a lei não previsse a interrupção - ou a suspensão - da prescrição, a parte ficaria pressionada a propor a ação apenas para não perder o prazo, mesmo estando interessada em primeiro tentar resolver a contenda amigavelmente.

Por fim, quanto à decadência, a lei dispõe que será *impedida* pela distribuição do requerimento, ou seja, *seu prazo nem sequer começará a correr*. Ocorre que somente alguns casos sujeitos à decadência serão atingidos por esse efeito. A decadência é o prazo para o exercício de um direito, o que significa que começa a fluir com o nascimento do próprio direito. Assim, para que seja *impedida* pela distribuição do requerimento, é necessário que se queira fazer a mediação sobre um direito que ainda não surgiu. Essa situação é possível, por exemplo, no caso da anulação de cláusulas do estatuto de uma empresa por um dos sócios: antes mesmo da aprovação do estatuto – fato que dá início à decadência da ação de anulação – já se poderia fazer uma mediação para resolver as discordâncias entre os sócios.

Porém, no caso do exercício do direito de anular casamento, a realização de uma mediação só tem sentido se o consorte já conhecer o motivo que enseja a anulação matrimônio; como o prazo decadencial da ação inicia-se do conhecimento do motivo, nesses casos a mediação sempre será realizada depois de iniciado o prazo decadencial. Em conclusão, melhor seria que a lei também atribuísse o efeito interruptivo ou suspensivo para decadência.

5. Conclusão

Fundamentando-se na idéia da visão positiva do conflito, ou seja, de que os conflitos, se bem administrados pelas partes, contribuem para a evolução e desenvolvimento das pessoas e da sociedade, a mediação entremostra-se uma atividade promissora nos países em que vem sendo utilizada, como nos Estados Unidos, Japão, China, Austrália e Argentina, por exemplo.

No Brasil, sua prática por algumas entidades especializadas e por universidades demonstra sua importância e o crescimento de sua procura como método de resolução de conflitos. Assim, é natural e até mesmo necessário que seja introduzido no processo judicial, pois devemos incentivar o uso de métodos não-adversariais de solução de conflitos:

.... o processo perante o Judiciário só deve aparecer na impossibilidade de auto-superação do conflito pelos interessados, que deverão ter à disposição um modelo consensual que propicie a resolução pacífica e não adversarial da lide. (Roberto Portugal Bacellar, *A mediação no contexto dos métodos consensuais de resolução dos conflitos*)

O sistema processual vigente é capaz de recepcionar o novo instituto sem grandes modificações legais. As modificações maiores seriam em relação aos recursos humanos e materiais necessários a sua operacionalização pelo Judiciário, mas não ao ponto de inviabilizá-lo.

Segundo Juan Carlos Vezzula, para que a mediação seja instituída junto ao Judiciário é preciso que antes passe a fazer parte da cultura dos cidadãos. Discordamos, *data venia*, dessa opinião; a inclusão da mediação na cultura dos cidadãos é necessária para que se atinjam os melhores resultados possíveis, não sendo um requisito para a sua utilização no processo judicial. Acreditamos justamente no oposto, que a existência de um setor de mediação judicial à disposição dos jurisdicionados é um fator de divulgação da atividade e, por isso, um fator positivo.

A introdução da mediação no processo judicial contribuirá para a sua divulgação e, assim, para a sua maior utilização pelos cidadãos. Contribuirá também para a diminuição das demandas judiciais, deixando para o Judiciário apenas os casos que realmente precisam de sua intervenção.

Notas

¹ O Conima – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – foi fundado em 1997 por representantes de várias instituições sediadas em diversos Estados brasileiros. Dessa iniciativa resultou a elaboração de dois documentos fundamentais à Arbitragem e à Mediação no Brasil – os “Regulamentos - Modelo” – harmonizadores da prática daqueles institutos, bem como os respectivos “Códigos de Ética”, os quais são de observância obrigatória pelos árbitros e mediadores das instituições associadas ao Conima.

² Após o Projeto de Lei 4.827/98, foi apresentado ao Congresso um outro texto, um anteprojeto de iniciativa da Escola Nacional de Magistratura e OAB de São Paulo, versando sobre mediação paraprocessual.

³ “Devemos, de acordo com Sime (1994), promover uma *visão positiva do conflito*, como espaço crítico das diferenças. Existem conflitos porque existem diferenças em vários níveis. O desafio é encontrar os mecanismos que facilitem uma resolução democrática, e não autoritária, dos mesmos.” (Patrícia Lima Morgado, *Práticas pedagógicas e saberes docentes na Educação em Direitos Humanos*, p.10)

⁴ Direitos relativamente indisponíveis são aqueles direitos indisponíveis que podem ter seu valor convencionalizado, como a pensão alimentícia, por exemplo.

⁵ Roberto Portugal Bacellar, *A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos*, p. 122/134.

⁶ Amauri Mascaro do Nascimento, descrevendo o serviço de mediação existente nos Estados Unidos, diz: “o mediador tem que merecer a confiança das partes. Não serve de testemunha se o caso for a um tribunal. As informações que recebe das partes são confidenciais. Os tribunais reconhecem esse direito pelo qual o serviço lutou.” (*Arbitragem e mediação*, p. 68/78.)

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Tânia. *A mediação de conflitos e outros métodos não-adversariais de resolução de controvérsias*. Disponível em: www.mediare.com.br/artigos/cnc21.htm, acesso em: 08/04/03.

_____. *Uma lei de mediação para o Brasil*. Disponível em: www.mediare.com.br/artigos/lei_mediação.htm, acesso em: 08/04/03.

BACCELLAR, Roberto Portugal. *A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução dos conflitos*. São Paulo: *Revista do Processo*, 95, p. 122/134, jul./set.1999, v. 24.

LEHMKUHL, Milard Zhaf Alves. *A nova ciência: mediação*. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em 30/04/03.

MARINO, Patrícia Mônica. O que é mediação? *Revista Consulex*, 28, abril de 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrine. *Código de Processo Penal interpretado*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAIS, José Luís Bolzan de. *Mediação e arbitragem – alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MORGADO, Patrícia Lima. *Práticas pedagógicas e saberes docentes na Educação em Direitos Humanos*. Disponível em: www.anped.org.br/25/patriciaolimamorgadot04.rtf, acesso em 10/05/03.

NALINI, José Renato. O Brasil e a mediação penal. *Revista dos Tribunais*. V. 87 São Paulo: 750, p. 472/487, abr.1998.

Tópicos Jurídicos

Breves Notas acerca da Prisão

Fábio Ramazzini Bechara*

Tema muito recorrente, o estudo da prisão ostenta determinadas peculiaridades que demandam uma análise mais detalhada.

1. Legitimidade da prisão e reserva da jurisdição

A prisão, como medida restritiva do direito de liberdade de locomoção, direito fundamental de primeira geração, a fim de se mostrar legítima, deve atentar para duas exigências: observância da reserva legal e da reserva da jurisdição.

A reserva legal implica a necessidade de previsão legal da prisão. A reserva da jurisdição, por sua vez, significa a necessidade de controle jurisdicional sobre a medida restritiva do direito de liberdade. Tal controle jurisdicional, no entanto, mostra-se diferenciado em algumas situações, uma vez que ocorre, preferencialmente e via de regra, antes da decretação da prisão. Na prisão em flagrante, na prisão decretada durante o estado de sítio e o estado de defesa e na prisão militar por transgressão disciplinar, o controle jurisdicional é diferenciado em relação ao momento.

No caso da prisão em flagrante, o controle jurisdicional realiza-se a partir da comunicação da prisão ao juiz, o qual tem a possibilidade de ratificá-la, deferir a liberdade provisória ou mesmo relaxar a prisão, caso seja ilegal. Nesse instante, diz-se que a prisão em flagrante, até então ato administrativo, jurisdicionaliza-se.

Na hipótese da prisão decretada durante o estado de sítio e o estado de defesa, o controle perfaz-se não somente a partir da comunicação da prisão à autoridade judiciária, mas também em função da possibilidade de impetração do *habeas corpus*, cujo âmbito de conhecimento, nesses casos, limita-se aos aspectos da legalidade, jamais adentrando o mérito da prisão.

Finalmente, no caso da prisão militar por transgressão disciplinar, o contro-

*N.E.: Promotor de Justiça, professor da Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus – FDDJ e do Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

le jurisdicional se faz por meio do *habeas corpus*, cujo objetivo de impugnação restringe-se aos aspectos da legalidade, não alcançando o mérito da decisão que determinou a medida restritiva.

2. Espécies de prisão e a prisão nas hipóteses de extradição, expulsão e deportação

São espécies de prisão: a) prisão-pena, a qual, além de expressar a satisfação da pretensão punitiva estatal ou a realização do Direito Penal objetivo, caracteriza-se pela definitividade; b) prisão processual, de natureza cautelar, cuja finalidade é resguardar a efetividade dos fins da persecução criminal, caracteriza-se pela provisoriedade; c) prisão civil ou por dívida, admitida tão-somente nas hipóteses do depositário infiel e do devedor de alimentos¹; d) prisão militar, seja por crime militar, hipótese em que é determinada por autoridade judiciária, seja por transgressão disciplinar, hipótese em que é decretada pelos integrantes das Forças Armadas, das Polícias Militares ou dos Corpos de Bombeiro; e) prisão administrativa, decretada por órgão estranho à estrutura do Poder Judiciário, não detém a função jurisdicional *stricto sensu*. É inconstitucional por não observar a cláusula da reserva da jurisdição. No caso da prisão do falido, a Lei de Falências² prevê duas hipóteses distintas de prisão. No art. 14, trata-se de modalidade de prisão preventiva, ao passo que, no art. 35, tem-se hipótese de prisão administrativa, reconhecidamente inconstitucional nos termos da Súmula 280 do Superior Tribunal de Justiça. Não é possível, porém, afirmar o banimento da prisão administrativa do sistema, tendo em vista a previsão constitucional da prisão militar por transgressão disciplinar. A própria Constituição Federal – CF tratou de mitigar a regra da reserva da jurisdição em matéria de prisão.

Questão sempre polêmica envolve ainda a prisão decretada nos processos de extradição, expulsão e deportação, nos termos da Lei Federal 6.815/80, Estatuto do Estrangeiro, arts. 61, 69 e 81, respectivamente. Dispõe essa lei que a competência para a decretação da prisão nessas hipóteses é do ministro da Justiça, o que é inaceitável, tendo em vista a adoção da cláusula da reserva da jurisdição em matéria de prisão, ressalvada a exceção acima apontada. A Lei 6.815/80, nesse particular, não foi recepcionada pela CF de 1988.

A extradição, diferentemente da expulsão e da deportação, é o único procedimento que possui uma fase administrativa e outra judicial perante o Supremo Tribunal Federal – STF. Assim, nos processos de extradição, a prisão somente poderá ser decretada pelo STF, de ofício ou por provocação do ministro da Justiça. Nos processos de expulsão e de deportação, todavia, não existe fase judicial, há apenas fase administrativa. A determinação da expulsão é atribuição exclusiva do presidente da República, e a deportação, da Polícia Federal³. No tocante à decre-

tação da prisão nos processos de expulsão e de deportação, entretanto, o que se coloca em discussão é a competência para a sua deliberação. Como já assinalado, ao ministro da Justiça é defeso determinar a prisão nessas circunstâncias. No caso da expulsão, considerando tratar-se de ato de iniciativa exclusiva do presidente da República, a prisão deverá ser decretada pelo STF e por iniciativa do ministro da Justiça. Ressalta-se que é reconhecida a competência originária do STF para conhecer e julgar o *habeas corpus* quando a autoridade coatora for o presidente da República. Na deportação – de atribuição da Polícia Federal – a competência para a decretação da prisão é da Justiça Federal de Primeira Instância, após provocação daquela ou do ministro da Justiça. Além do mais, a Justiça de 1º Grau é competente para julgar o *habeas corpus* quando a autoridade coatora for o delegado da Polícia Federal. Ocorre, no entanto, que, embora seja aceita a possibilidade de prisão nesses casos, a natureza de tal modalidade é discutível. Não é possível encaixá-la na classificação enumerada anteriormente. Da mesma forma, não se pode qualificá-la como prisão administrativa, uma vez que é decretada pelo Poder Judiciário. Resta, então, apenas uma alternativa, considerá-la como hipótese de prisão inominada, com finalidade cautelar, qual seja a proteção da soberania nacional, dado o fundado receio de risco que a liberdade da pessoa a ser extraditada, expulsa ou deportada possa representar à ordem interna.

3. Momento da prisão e restrições legais

Quanto à efetivação da prisão, tem-se que ela pode ultimar-se em qualquer momento do dia ou da noite⁴, ressalvadas algumas restrições.

A primeira restrição consta no art. 5º, XI, da CF, o qual trata da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, afirmando que somente será admitido o ingresso na residência na hipótese de prisão em flagrante, por determinação judicial, desastre ou para prestar socorro. Enquanto a prisão em flagrante pode ser efetivada em qualquer instante do dia ou da noite, com ou sem consentimento do titular do domicílio⁵, a prisão por ordem judicial ocorre apenas durante o dia, salvo se houver o consentimento do titular da residência. No processo penal, considera-se dia o período das 6 às 18 horas.

A segunda restrição está no Código Eleitoral⁶, segundo o qual ninguém poderá ser preso desde cinco dias antes das eleições e até 48 horas depois, a não ser que haja prisão em flagrante delito, para cumprimento de pena ou violação do salvo-conduto. Trata-se de restrição cuja finalidade é a preservação do direito ao voto, o qual é direito fundamental. Não há impedimento para a prisão ser decretada nesse período, no entanto a ordem não poderá ser executada. É importante salientar, entretanto, que a restrição da lei eleitoral não é absoluta, não sendo legítima sua

aplicação quando não estiver caracterizado o fim ao qual se destina. Assim, por exemplo, no caso do estrangeiro residente no País ou ainda daquele que está com a prisão preventiva decretada e é surpreendido tentando embarcar no aeroporto para o exterior, não se vislumbra a finalidade da lei eleitoral, não sendo vedada, portanto, a privação da liberdade aquém das hipóteses legalmente autorizadas.

4. Conclusão

As questões abordadas evidenciam a necessidade de o intérprete compatibilizar a legislação ordinária com a CF, principalmente em matéria de prisão, cujo tratamento constitucional mostra-se bastante detalhado.

Notas

¹ Na hipótese da prisão civil do depositário infiel, apesar da contraposição do texto constitucional com o Pacto de São José da Costa Rica, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é pela prevalência do primeiro.

² Decreto-Lei 7.661/45.

³ É a Polícia Federal que realiza o policiamento de fronteira.

⁴ Art. 283 do Código de Processo Penal – CPP.

⁵ O estado de flagrância considerado nesse caso é o flagrante próprio ou real (art. 302, I, do CPP), justamente porque o domicílio não pode servir de abrigo para a prática de infrações penais.

⁶ Lei Federal 4.737/65.

Infidelidade Virtual

Vitor F. Kümpel*

Instituto moderno, cada vez mais comentado, é a infidelidade ou adultério virtual, no qual a pessoa casada ou em união estável passa a ter as mais diferentes experiências sexuais, via internet ou intranet, com pessoa diversa do cônjuge ou companheiro.

Na prática, tudo começa com o mero contato em sala de bate-papo virtual e se transforma, muitas vezes, em um relacionamento sério e duradouro, podendo comprometer o casamento ou a união estável. Em outros casos, torna-se um encontro casual e irresponsável. Interessante notarmos o estudo feito por uma universidade da Flórida o qual concluiu que, nos Estados Unidos, 83% (oitenta e três por cento) das pessoas casadas as quais tiveram um romance virtual não o consideraram infidelidade, porém a mesma pesquisa revelou que 30% (trinta por cento) dos relacionamentos virtuais transformaram-se em realidade, de forma que 3 em cada 10 pessoas não se conformaram em manter apenas um caso virtual¹.

Os romances virtuais, sob a ótica civil, já eram tratados pela doutrina sob a figura do “quase-adultério”, isto é, qualquer forma de relacionamento que não chega à prática sexual propriamente dita; é possível, porém, que o romance virtual evolua para a prática sexual. Isso porque, a partir do *genital drive*, um aparelho de informática anatômico que reproduz uma vagina ou um pênis, pode-se gerar uma interação entre dois “internautas”, simulando contrações e movimentos. Conforme esclarece Sérgio Inácio Sirino², este novo *hardware* pode ligar pessoas a qualquer distância e com visualização recíproca e sonoridade real, fazendo com que as relações sexuais sejam autênticas e quase carnavais, gerando, para o autor, adultério nos moldes do art. 240 do Código Penal brasileiro.

Sem entrarmos no aspecto penal, observando apenas o caso sob a ótica civil, é necessário tecermos algumas considerações.

Felizmente, ao elencar as obrigações do casamento, foi bem abrangente o legislador no disposto no art. 1.566 do Código Civil. No inciso I, foi apresentada como dever de ambos os cônjuges a fidelidade recíproca. O bem jurídico aqui resguardado é o da presunção *pater is*, ou seja, visa a evitar prole insegura quanto à paternidade. Sendo esse o bem jurídico a ser tutelado, nenhuma hipótese de “namoro virtual”, por mais engenhosa que seja e por mais que confira prazer às partes, pode ferir o referido bem jurídico, não configurando, em nenhum caso, possibilidade de procriação via internet. Dessa forma, a infidelidade virtual, por mais gravosa que seja, não pode ensejar prole estranha no seio da família, não configurando, assim, a quebra do dever do art. 1.566, I, do Código Civil. O namoro virtual, porém, sem dúvida, é a quebra da obrigação do art. 1.566, V, do Código Civil, ou seja, é a falta de respeito e consideração com o outro cônjuge ou companheiro(a). Nessa linha de raciocínio, uma pessoa casada que freqüente *chats* sensuais ou mesmo de bate-papo com conotação sexual está praticando uma grave violação de um dever do casamento, ainda que seu microcomputador não seja dotado do *genital drive* ou de qualquer outro *software* apto a gerar prazer sexual virtual.

A quebra do respeito e consideração provocada pelo cônjuge que se mantém em sala de bate-papo sexual ou em qualquer *chat* pornográfico gera possibilidade de o cônjuge inocente, por força do art. 1.572, *caput*, do Código Civil, processar e gerar condenação do outro por grave violação do dever de respeito, inclusive pela prática de uma conduta absolutamente desonrosa citada no art. 1.573, VI, do Código Civil.

É de se notar, portanto, que as novas tecnologias dão margem, mesmo com vários benefícios, a uma série de condutas ilícitas e violadoras de obrigações con-

*N.E.: Professor de Hermenêutica da Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus – FDDJ

jugais que podem gerar graves efeitos jurídicos.

Como conseqüência do namoro virtual, pode o cônjuge culpado perder a guarda do filho, caso o juiz entenda que sua conduta colocará em risco o desenvolvimento da criança (art. 1.584 do Código Civil), gerando ainda para o cônjuge culpado, se o outro necessitar (art. 1.702 do Código Civil), a obrigação de fornecer pensão alimentícia, podendo ter, como última conseqüência, a perda do nome obtido com o casamento, se ele for declarado culpado, e, ainda, se o outro inocente assim o requerer (art. 1.578 do Código Civil).

É necessário observar que uma mera brincadeira pode trazer danos terríveis para a família e para a própria sociedade, de forma que o uso do computador deve ser feito de maneira responsável e adequada às necessidades de cada um, utilizando-o de modo cuidadoso e diligente, a fim de que ele não se torne um “inimigo virtual” no lar.

Notas

¹ Namoro na internet. *Jornal da Globo*, Rio de Janeiro, 10/08/04. Disponível em: <jg.globo.com/JGlobo/0,19125,VTJO-2742-20040810-58680,00.html>. Acesso em: 10/08/04.

² Adulterio: consumação do crime pela internet. Possibilidade. Disponível em: <www.suigeneris.pro.br/direito_dci_adulterio1.htm>. Acesso em: 17/08/04.

Acórdãos Inteiros Teores

Corte Especial

Agravo Regimental no Mandado de Segurança 2002.01.00.004728-6/DF

Relator:	O Exmo. Sr. Des. Federal Plauto Ribeiro
Relator p/ acórdão:	Des. Federal Aloísio Palmeira Lima
Impetrantes:	Izaura Vilela Borges de Amorim e outros
Advogados:	Dr. Luiz Ferraz de Amorim Filho e outros
Impetrado:	Des. Federal-Presidente do TRF-1ª Região
Publicação:	DJ 2 de 10/12/04

Ementa

Mandado de segurança. Errôneo indeferimento da inicial a pretexto de tratar-se de impugnação de critério de avaliação de prova. Quesito formulado fora do programa. Admissibilidade da impetração.

I. Não obstante o entendimento jurisprudencial de que não cabe, na via judicial, reexame de avaliação de prova em concurso público, a lei não exclui de apreciação judicial a lesão a direito decorrente de erro manifesto na elaboração de quesito que não guarda pertinência com o programa do concurso contido em edital.

II. Mandado de segurança que deve ser processado para exame da violação de direito líquido e certo alegado pelos impetrantes.

Acórdão

Decide a Corte Especial, por maioria, dar provimento ao agravo regimental.

Corte Especial do TRF - 1ª Região – 16/09/04.

Desembargador Federal *Aloísio Palmeira Lima*, Relator p/ acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Plauto Ribeiro: — Cuida-se de agravo regimental (cf. fls. 42/46) interposto contra decisão que indeferiu a inicial do mandado de segurança, impetrado por Izaura Vilela Borges de Amorim e outros, com o objetivo de anular questão da prova relativa ao concurso público para provimento de cargos do quadro de pessoal deste Tribunal e respectivas Seccionais (cargo de técnico judiciário – área administrativa), ao entendimento de que sua formulação se deu fora do conteúdo programático previsto para o certame e, assim, atribuir aos impetrantes os respectivos pontos com a conseqüente reclassificação.

Sustentam os impetrantes, ora agravantes, que “(...) não estamos discutindo o mérito da questão, mas tão-somente o descumprimento do edital, advindo da inclusão de questão que não estava dentro do conteúdo programático veiculado no referido edital do concurso” (cf. fls. 46).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Plauto Ribeiro: — Como se viu do relatório, cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão deste Relator concebida nos

seguintes termos:

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Izaura Vilela Borges de Amorim e outros, inscritos no concurso público para provimento de cargos do quadro de pessoal deste Tribunal e respectivas Seccionais (cargo de técnico judiciário – área administrativa), objetivando “... anular a questão de número 50, das provas tipo 1 e 2, somar os pontos da questão anulada ao total de pontos dos impetrantes, e, conseqüentemente, a reclassificação dos mesmos no atual certame, de forma a evitar prejuízos aos concursandos” (cf. fls. 6), em face da falta de êxito do recurso administrativo interposto junto à Fundação Carlos Chagas.

Sustentam os impetrantes, em síntese, que a aludida questão “... foi formulada fora do programa fixado no edital” (cf. fls. 3).

Não obstante as razões que sustentam a presente impetração, não vejo como possa prosperar a pretensão deduzida neste *mandamus*.

Com efeito, como se sabe, a ação mandamental é o meio constitucional destinado à proteção de direito, individual ou coletivo, líquido e certo, quando violado ou ameaçado de lesão, por ato eivado de ilegalidade ou praticado com abuso de poder por autoridade pública ou no exercício de função delegada do Poder Público.

Portanto a demonstração, de plano, do direito líquido e certo violado ou ameaçado de lesão é condição essencial à legitimação da impetração.

Nesse ponto, conforme ensinou o saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, o direito líquido e certo “... é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais” (*Mandado de Segurança*, 14ª Edição, p. 25/26).

No caso ora apresentado para apreciação, os impetrantes insurgem-se contra o resultado de seu recurso apresentado à aludida comissão examinadora (cf. fls. 27/28), no qual se discutiu o acerto ou desacerto dos critérios na formulação de questão e sua respectiva resposta, que, *definitivamente*, não

* N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Aram Meguerian, Carlos Fernando Mathias, Olindo Menezes, Mário César Ribeiro, Hilton Queiroz, Carlos Moreira Alves, I'talo Fioravanti Sabo Mendes, Carlos Olavo, José Amílcar Machado e Daniel Paes Ribeiro. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Luciano Tolentino Amaral, Luiz Gonzaga Barbosa Moreira e João Batista Moreira (convocado). Ausentes, eventualmente, os Exmos. Srs. Des. Federais Cândido Ribeiro e Souza Prudente (convocado). Impedido, o Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto. Deixou de votar por não ter presenciado a leitura do relatório a Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães.

pode ser objeto de mandado de segurança, conforme vem decidindo, reiteradamente, este Tribunal, inclusive em sua composição plenária, que apenas não admite a “... existência de critérios distintos para candidatos iguais” (MS 1998.01.00.026193-8/DF, Plenário, Rel. Juíza Eliana Calmon, *DJ II* de 05/10/98, p. 132).

De fato, (...) “De acordo com a jurisprudência dos Tribunais pátrios é impossível ao Poder Judiciário substituir-se à banca examinadora de concurso público para reexaminar critérios subjetivos de correção e revisão de provas. Assim, encerrando a ação, em última análise, tal propósito, correta se acha a sentença de 1º grau que indeferiu a inicial por carência de ação” – REO 91.01.14154-6/DF, Rel. Juiz Aldir Passarinho Júnior (AMS 91.01.03404-9/DF, Rel. Juiz Carlos Fernando Mathias, *DJ II* de 09/02/98, p. 226).

Esse posicionamento – que não admite a impetração de mandado de segurança para discutir critério de avaliação em concurso público – encontra-se em perfeita harmonia com o magistério jurisprudencial da Corte Especial do egrégio Superior Tribunal de Justiça, que há muito tempo firmou entendimento no sentido de que “... não cabe ao juiz ou Tribunal, no exercício de jurisdição, entrar em controvérsia com bancas examinadoras quanto ao acerto ou desacerto de seus critérios na formulação das questões e perguntas de provas de conhecimento e na avaliação das respostas” (STJ, Corte Especial, MS 3.571/DF, Rel. Min. José de Jesus Filho, *DJI* de 19/06/95, p. 18.590).

No mesmo sentido: STJ, Corte Especial, MS 3.596/DF, Rel. Min. Peçanha Martins, *DJI* de 19/12/94, p. 35.223; STJ, 2ª Turma, ROMS 367/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJI* de 25/06/90, p. 6.030, ROMS 2.743/BA, Rel. Min. Anselmo Santiago, *DJI* de 12/09/94, p. 23.787).

Embora os precedentes acima citados não sejam recentes, esse entendimento permanece inalterado no âmbito daquela Corte de Justiça, detentora da última palavra na interpretação do Direito federal, que, até hoje, vem consignando que “(...) Em tema de concurso público, é vedado ao Poder Judiciário reapreciar as notas de provas atribuídas pela banca examinadora, limitando-se o judicial controle à verificação da legalidade do edital e do cumprimento de suas normas pela comissão responsável (STJ, 6ª Turma, REsp 251.391/RJ, Rel. Min. Vicente Leal, *DJI* de 27/11/00, p. 191), que tem ‘... autonomia para estabelecer critérios de correção das provas’ (STJ, 6ª Turma, ROMS 9.638/GO, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJI* de 19/06/00, p. 211).”

Portanto penso que restou claramente demonstrada a completa falta de perspectiva de êxito deste *mandamus*, sendo o relator obrigado, por força do disposto no art. 8º da Lei 1.533/51 (LMS), a indeferir desde logo a inicial “... quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos desta lei” (cf. art. cit.).

Em face do exposto, indefiro liminarmente a petição inicial da presente impetração, com base no art. 8º da Lei 1.533/51 (LMS), c/c o art. 222 do Regimento Interno deste Tribunal.

Intime-se.

Sem recurso, arquivem-se os autos.

Publique-se (cf.fl.s. 39/40).

A argumentação expendida na irresignação em análise não demonstrou, a meu ver, o desacerto da decisão atacada, que, ademais, prestigia, principalmente, a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça e deste Regional, no tema.

Sendo assim, mantenho a decisão proferida por seus próprios fundamentos.

Em face do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira Lima: — 1. Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão do ilustre Des. Federal Plauto Ribeiro que indeferiu, liminarmente, inicial de mandado de segurança impetrado com objetivo de anular questão de prova de concurso público para provimento de cargo de técnico judiciário – área administrativa, realizado por este Tribunal em 2001, uma vez que, segundo alegam os impetrantes, foi formulada sem observância do programa fixado no edital.

2. Pedi vista dos autos para melhor exame da questão.

3. Os impetrantes impugnaram a questão número 50 das provas tipo 1 e 2, de conhecimentos gerais e específicos, sob fundamento de que, pelo princípio da vinculação das partes ao edital do concurso, não se poderia tratar, nessa questão, de aspectos relacionados com os “meios de aquisição da propriedade imóvel”, fora do programa de Direito Civil, o qual se teria limitado aos seguintes pontos: *Noções de Direito Civil – das pessoas naturais. Do domicílio civil. Dos bens: classificação adotada pelo Código Civil. Dos fatos jurídicos: disposições preliminares. Dos atos jurídicos. Dos atos ilícitos. Dos contratos (disposições gerais).*

4. O Relator, ao indeferir a inicial, entendeu ser incabível a impetração para discutir critério de avaliação de prova em concurso público.

5. Contudo é necessário examinar se os quesitos elaborados pela comissão de concurso podem ou não ser objeto de apreciação judicial. Dúvida não há de que o erro manifesto na formulação de qualquer quesito pode e deve ser revisto pelo Poder Judiciário, sob pena de causar grave prejuízo ao participante do certame. Na jurisprudência predominante, o que não se admite é a revisão de critério de avaliação de prova decorrente de mais de uma interpretação ou de livre opção pela banca examinadora por uma das respostas que, a seu ver, é a correta. Todavia,

se houver erro, e erro evidente, não é possível, até pela lógica ordinária do senso comum, que o erro prevaleça.

6. No caso, a questão 50 está assim redigida:

50. São meios de aquisição da propriedade imóvel:

a – a apreensão.

b – a acessão.

c – a simples disposição da coisa.

d – o exercício do direito sobre a coisa.

7. Contudo o programa do concurso, ao exigir conhecimento da classificação dos bens adotada pelo Código Civil, não demonstra, a meu ver, querer alcançar a extensão pretendida pela banca examinadora. As formas de aquisição da propriedade imóvel estavam relacionadas no art. 530 do Código Civil (anterior), correspondente ao art. 1.245 do Capítulo II do Título II do novo Código Civil, que trata, especificamente, da propriedade imóvel, que não consta no programa do edital do concurso.

8. Não se cuida, portanto, de nenhuma análise de mérito da questão de número 50, mas, tão-só, de existência, na prova, de quesito formulado em matéria que o edital não previu como integrante do programa de estudo, o que é bem diferente. O programa contido no edital sequer abrangia a parte Especial do Código Civil, Livro II da Parte Especial, em que é disciplinada a “propriedade”.

9. Ainda que, no caso, se queira dar interpretação extensiva à classificação dos bens, a ponto de abranger, também, suas implicações, não se pode permitir alcance em tudo que diga respeito, direta ou indiretamente, àquela classificação.

10. Em face do exposto, dou provimento ao agravo regimental para modificar a decisão agravada e admitir o processamento do mandado de segurança.

É o voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias: — Senhor Presidente, normalmente, o Poder Judiciário não pode substituir a banca, mas isso não se aplica naqueles casos flagrantes de erro. Este caso não é problema de erro, a questão foi posta fora do programa. Não me lembro que concurso foi, mas Vossa Excelência disse que a disciplina era noções de Direito Civil e foi perguntado dos bens, que é uma matéria que está inserida, sabemos todos, na parte geral do Código. Os bens das pessoas estão realmente na parte geral do Código e vai ao encontro de uma prova sobre noções de Direito Civil. A questão que está sendo indigitada é que foi perguntado sobre modos de aquisição da propriedade, que é matéria que

tem, obviamente, título próprio na parte especial do Código. Induvidosamente, com este equacionamento de Vossa Excelência, está fora do programa.

Com isso, acompanho Vossa Excelência para dar provimento ao agravo regimental.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Senhor Presidente, Vossa Excelência e o Desembargador Carlos Fernando Mathias já disseram tudo que eu ia dizer. Acrescentaria apenas o seguinte: além desta colocação irrefutável de que o que foi cobrado do candidato está apenas na parte geral, há que se considerar que é um concurso para 2º grau. Jamais iria se exigir de candidato de nível ginasial conhecer a parte especial do Código Civil: forma de aquisição da propriedade imobiliária.

Também entendo que, a não ser em casos especialíssimos, pode o Judiciário substituir a banca, o que seria um precedente muito perigoso. Neste Caso, a questão é outra. É uma questão, ostensivamente – temos que dizer isso, embora não esteja julgando o mérito – não há como fugir do programa. Temo que isso importe depois – quem sabe essas pessoas já estejam trabalhando – em uma reclassificação e problemas de toda ordem. Mas, pelo que vejo agora, o voto de Vossa Excelência é o melhor e eu o acompanho.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Senhor Presidente, pelo que percebi, a questão que foi formulada está localizada na Parte Especial do Código Civil, quando o programa prevê apenas a classificação dos bens, que se insere na Parte Geral. Diante disso, como foi indeferida a inicial, o agravo regimental é para que se processe o mandado de segurança. Portanto, acompanho Vossa Excelência.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Senhor Presidente, pelo processamento do mandado de segurança.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Senhor Presidente, do quanto depreendi, o eminente Relator indeferiu a inicial do mandado de segurança

com fundamento no art. 8º da Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951, que admite esse indeferimento quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar alguns dos requisitos de lei.

Na interpretação desse dispositivo, tem se afirmado que não tem ele a extensão de permitir ao Relator indeferir de logo a inicial da ação de segurança por fundamentos que sejam relativos ao mérito da impetração. Haverá ela de ser processada, ainda quando eventualmente venha, se for o caso, a ser denegada a ordem. Mas a impetração há de se processar, não se podendo coartar o processamento.

No caso, ao meu sentir, sem nenhum comprometimento com a tese, saber se o ato é legal ou ilegal, se a questão foge ou não do programa do concurso, diz com o mérito da impetração, por isso esse mandado de segurança há de ser processado para se examinar se há ou não o direito líquido e certo que se alega existente.

Por isso, peço licença a Sua Excelência e acompanho a divergência.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Ítalo Mendes: — Senhor Presidente, voto pelo processamento do mandado de segurança.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — Senhor Presidente, também dou provimento ao agravo.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Senhor Presidente, dou provimento ao agravo.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Senhor Presidente, tenho entendimento de que o mandado de segurança não deve ser indeferido com a argumentação que atinge o mérito, como é o caso de saber se há direito ou não à pretensão deduzida.

Dou provimento ao agravo.

Primeira Seção

Mandado de Segurança

2003.01.00.002340-7/BA

Relator:	O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves
Impetrante.:	Moacir Ferreira Ramos
Advogados.:	Dr. Jonas Modesto da Cruz e outro
Impetrado.:	Juiz Diretor do Foro da Seção Judiciária do Estado da Bahia
Litisconsorte passiva:	Dianna Marques de Oliveira Ramos
Advogada:	Dra. Raquel Antônia Dantas da Costa
Publicação:	DJ 2 de 10/12/04

Ementa

Mandado de segurança. Prestação alimentícia. Base de cálculo. Abono a que alude o art. 2º da Lei 10.474/02.

I. Embora substancie execução de julgado o desconto de pensão alimentícia determinado judicialmente, a inserção do abono de que cuidou o art. 2º da Lei 10.474, de 27 de junho de 2002, no conceito “rendimentos integrais”, expresso no ofício requisitório para realização do mesmo, representa ato próprio da eminente autoridade indicada coatora, concretizado sem qualquer deliberação específica do Juízo de Família, circunstância que o coloca como parte passivamente legitimada para responder à impetração.

II. Na ausência de disposição específica do Juízo de Família, excluem-se as verbas de caráter indenizatório da base de cálculo das prestações alimentícias, não se inserindo no conceito de “rendimentos integrais” o abono em referência.

III. Segurança concedida.

Acórdão

Decide a Primeira Seção, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Relator.

1ª Seção do TRF-1ª Região – 16/11/04.

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Moacir Ferreira Ramos, Magistrado Federal em exercício nesta Primeira Região, impetra mandado de segurança contra ato do Excelentíssimo Senhor Juiz Diretor do Foro da Seção Judiciária do Estado da Bahia que, em razão do Ofício 603, de 10 de junho de 1996, do Juízo de Direito da 3ª Vara de Família da Comarca de Brasília, determinante de desconto mensal, em favor de sua filha, a título de pensão alimentícia fixada nos autos do processo 8.867/96 – ação de alimentos, de 10% (dez por cento) sobre seus rendimentos integrais, obtidos a qualquer título, fê-lo incidir sobre o abono variável de que cuida o art. 2º da Lei 10.474, de 27 de junho próximo passado, por entendê-lo abarcado na ordem judicial.

Argumentando com a natureza indenizatória da prestação em causa, de acordo com o deliberado em sede administrativa pela Suprema Corte, que a entendeu imune à incidência de Imposto de Renda e Contribuição para a Seguridade Social, sustenta o impetrante, em suma, não inserida a mesma no conceito “rendimentos integrais”, base de cálculo do pensionamento alimentício de que é devedor. Chama à colação precedentes jurisprudenciais a propósito, bem como orientação administrativa do egrégio Conselho da Justiça Federal.

Concedida medida liminar para sobrestar os efeitos do ato administrativo impugnado, por decisão de fls. 49, sobrevieram informações prestadas pela dita autoridade indicada como coatora, a fls. 61/64, suscitando questão preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, manifestação da litisconsorte passiva necessária, a fls. 67/68, e parecer do Ministério Público Federal, a fls. 72/77, opinando pela concessão da ordem.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Bem aprecia a controvérsia o Dr. Renato Brill de Góes, insigne Procurador Regional da República, em seu pronunciamento a propósito da questão em causa:

Tratando-se de *writ* dirigido contra Juiz Federal Diretor do Foro, a competência para processar e julgar o feito é desse TRF 1, nos termos do art. 108, I, *c*, da CF/88, independente de o ato ter natureza administrativa ou jurisdicional. Nesse sentido, amoldam-se os precedentes colacionados na peça vestibular.

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Antônio Sávio de Oliveira Chaves e o Exmo. Sr. Juiz João Carlos Costa Mayer Soares (convocado). Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Aram Meguerian, José Amílcar Machado e a Exma. Sra. Juíza Ivani Silva da Luz (convocada).

Quanto à preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, esta não procede, haja vista o conteúdo decisório estampado no documento de fls. 38 dos autos, sendo certo que a execução da ordem judicial referente ao desconto nos vencimentos do impetrante a título de pensão alimentícia é da alçada da autoridade apontada como coatora, cabendo a ele, na condição de administrador (Diretor do Foro), inclusive, interpretar a ordem judicial para seu cumprimento. Tanto que assim o fez, e determinou o desconto da pensão alimentícia sobre o abono a que se refere o art. 2º da Lei 10.474/02.

Passa-se, pois, ao mérito da causa.

Verifica-se que o desconto nos vencimentos do impetrante a título de pensão alimentícia a ser paga a sua filha, no percentual de 10% sobre a integralidade dos seus rendimentos, se deu por consenso das partes e em 05/06/96, conforme faz prova o termo de audiência de fls. 42 dos autos.

É certo que a ordem judicial estampada no Ofício 603/96 do Juízo da 3ª Vara de Família de Brasília/DF (fls. 65) requisita o desconto na folha de pagamento do impetrante no percentual de “10% (dez por cento) de seus rendimentos integrais obtidos a qualquer título, abatidos apenas os descontos legais e compulsórios”.

Preendeu-se a autoridade coatora no termo “a qualquer título” que se vincula aos “rendimentos integrais” para afastar o pedido de não se descontar a pensão sobre o abono em questão, ante sua natureza indenizatória.

Contudo parece que esta não é a melhor exegese para o caso.

Ora, quando se consignou no acordo judicial, bem como no ofício-requisitório, que o desconto será no percentual de 10% *de seus rendimentos integrais obtidos a qualquer título*, significa dizer que tudo que o impetrante receber como verba salarial, vale dizer, *remuneração*, será descontado os 10% a título de pensão alimentícia, e nada mais se pode extrair.

Assim, faz jus o alimentando tão-somente aos descontos sobre as parcelas de natureza salarial/vencimental, não se incluindo aí, mesmo porque não especificado, quando deveria sê-lo, já que não se trata de parcela de natureza remuneratória, a incidência sobre eventual verba indenizatória, que é o caso do abono provisório em questão.

Sobre outro prisma, o abono variável e provisório a que alude o art. 2º da Lei 10.474/02 refere-se à verba indenizatória decorrente de diferenças salariais pretéritas que, por estar sendo paga agora, como indenização, reconhecida administrativamente pelo STF, não enseja o desconto porquanto não há que se falar em pagamento de alimentos retroativos, já que o que prevalece sobre o tema “alimentos” é o binômio jurídico – *necessidade de quem recebe, possibilidade de quem paga* – além do caráter imediato e exauriente da verba alimentar, donde as parcelas já pagas e recebidas no passado não podem ser restituídas (mesmo que pagas a maior ou indevidamente), nem pagas novamente a título de diferença, pois *há uma presunção legal de que o recebido era o necessário e atendeu ao interesse da parte naquela oportunidade*.

Ora, se a alimentanda recebe mensalmente R\$ 2.492,44 (fls. 21) a tal título, o que é suficiente para seu sustento, isto no seu aspecto macro, tanto

que não se tem notícia de qualquer pretensão de majoração da pensão, prova disso é que aquela sequer contestou a presente ação na condição de litisconsorte passiva necessária, não se tem como razoável acrescer a tal título mais R\$ 823,89 mensalmente, o que levaria, aí sim, ao descumprimento da ordem emanada do Juízo de Família do DF, porque passaria a ser descontado mais de 10% sobre o vencimento *bruto* (sem os descontos referidos no ofício requisitório) do impetrante, que é de R\$ 29.529,18 (fls. 21).

Em suma, a matéria deve ser regida também pelo Direito de Família, e, por este, conforme demonstrado, não há razoabilidade para o desconto a maior referente à incidência sobre o abono indenizatório que o impetrante está recebendo provisoriamente e por tempo limitado (2 anos), não havendo qualquer postulação da parte beneficiária nesse sentido, sendo, assim, abusivo e ilegal o ato praticado pela autoridade coatora, além de que não está descumprindo a ordem judicial em questão, pois nela não está consignado o desconto sobre verbas indenizatórias que eventualmente venha a receber o impetrante alimentante.

Caso haja interesse sobre tal parcela imprescindível o pronunciamento do MM. Juiz da Vara de Família, depois de provocado pela parte interessada, que não pode ser substituído pelo administrador para autorizar desconto diferente (= mais abrangente) do que o acordado e exigível na espécie, com base em interpretação em expressão consignada até na condição de “chavão” (fls. 74/77).

De fato, embora substancie execução de julgado o desconto de pensão alimentícia determinado judicialmente, a inserção do abono de que cuidou o art. 2º da Lei 10.474, de 27 de junho de 2002, no conceito “rendimentos integrais”, expresso no Ofício Requisitório 603, de 10 de junho de 1996, determinante da realização do mesmo, representa ato próprio levado a efeito pela ilustre autoridade indicada coatora, que o fez concretizar sem qualquer deliberação específica do Juízo de Família, circunstância que o coloca como parte passivamente legitimada para responder à impetração. Por outro lado, além da orientação jurisprudencial chamada à colação pelo impetrante, do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, também o egrégio Superior Tribunal de Justiça posiciona seu entendimento no sentido de que, salvo deliberação judicial a respeito, não se incluem na base de cálculo das prestações alimentícias as verbas de caráter indenizatório. A propósito, os seguintes julgados, reproduzidos por suas respectivas ementas:

Recurso especial. Alínea c. Alimentos. FGTS. Base de cálculo. Dissídio jurisprudencial. Súmula 83/STJ. Não-conhecimento.

– Constituindo o FGTS verba indenizatória, não se inclui ele na base de cálculo da pensão alimentícia. Precedentes do STJ.

Recurso especial não conhecido (REsp 222.809/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 24/05/04, p. 277).

Alimentos. Indenização rescisória. Adiantamento.

A verba indenizatória paga ao empregado despedido sem justa causa

não integra, em princípio e à falta de estipulação expressa, a base de cálculo da pensão alimentícia calculada sobre os salários do alimentante.

O desconto efetuado pelo empregador, sobre essa parcela, sem a concordância expressa ou tácita do alimentante, pode ser considerado como adiantamento das prestações futuras. Peculiaridade da espécie.

Recurso não conhecido (REsp 277.459/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, *DJ* 02/04/01, p. 300).

Administrativo. Plano de Demissão Voluntária. Desconto a título de alimentos. Descabimento.

1. Em se tratando de parcela indenizatória, referente ao Plano de Demissão Voluntária, não há falar em incidência de desconto a título de pensão alimentícia.

2. Recurso não conhecido (REsp 146.473/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* 30/03/98, p. 156).

Não havendo deliberação expressa do Juízo de Família a respeito da inclusão do abono em causa na base de cálculo do pensionamento alimentar, e não substanciando a verba, conforme a conotação que lhe foi dada pela Suprema Corte, parcela de natureza salarial, não se incluindo, por isso mesmo, no conceito de rendimentos integrais, acolho os fundamentos deduzidos pelo parecer ministerial, para conceder a segurança. Em razão da sucumbência, condeno a pessoa jurídica de direito público a que se encontra funcionalmente vinculada a ilustre autoridade indicada coatora a ressarcir ao impetrante o valor das custas adiantadas, atualizado monetariamente de acordo com os índices decorrentes da aplicação da Lei 6.899, de 1981. Sem condenação em honorários, por incabível na espécie, conforme enunciado nas Súmulas 105 e 512, respectivamente do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

É como voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira: — Senhor Presidente, definida a natureza indenizatória do abono variável de que trata o art. 2º da Lei 10.474, o mandado de segurança deve ser deferido, por isso acompanho Vossa Excelência.

Segunda Seção

2003.01.00.030523-1/MA

Relator: O Exmo Sr. Des. Federal Tourinho Neto
Autor: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. José Raimundo Leite Filho
Réu: Francisco Rodrigues da Silva
Advogado: Dr. João Teixeira dos Santos
Publicação: DJ 2 de 09/12/04

Ementa

Processo Civil. Ação de improbidade. Prefeito municipal. Convênio celebrado com a FAE. Alienação de veículos. Incorporação de bens públicos ao patrimônio particular. Lei 8.429, de 1992, art. 9º, XI.

I. *Ato de improbidade.* Aquisição de veículos – microônibus – para transporte de alunos da zona rural, mediante convênio com a Fundação de Assistência ao Estudante – FAE, sua alienação, ainda que com a autorização da Câmara Municipal, *um mês depois*, sob a alegação de que as *estradas estavam intransitáveis*, e a não-entrada do produto da venda aos cofres municipais, *constitui ato de improbidade* (Lei 8.429, de 1992, art. 9º, XI). Veículos posteriormente apreendidos.

II. *Condenação:* a) suspensão dos direitos políticos do réu, *pelo prazo de 8 (oito) anos* (Comunicação ao TRE/MA); b) proibição de o réu contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, diretamente ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, *pelo prazo de 10 (dez) anos* (Comunicação ao Município de Altamira/MA, ao Estado do Maranhão, ao TCE/MA e ao TCU).

Acórdão

Decide a Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, julgar procedente a ação de improbidade instaurada contra o ex-prefeito do Município de Altamira, Estado do Maranhão.

2ª Seção do TRF-1ª Região – 17/11/04.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. O Ministério Público Federal ajuizou ação civil por ato de improbidade administrativa contra Francisco Rodri-

gues da Silva, brasileiro, casado, ex-Prefeito do Município de Altamira, Estado do Maranhão, residente na Av. 12, Qd. 5, Casa 50, III Conjunto da Cohab, Cidade de São Luís/MA, pelo fato de, “pouco antes de expirado o seu mandato político”, haver “promovido a venda” “de dois veículos para transporte de passageiros, de marca Ásia Motors”, pertencentes ao Município.

Diz o autor que (fls. 3):

Tais veículos haviam sido adquiridos com recursos federais, repassados pela Fundação de Assistência ao Estudante-FAE, através do convênio 337/96, os quais seriam destinados ao transporte de alunos matriculados em escolas municipais e/ou estaduais da rede pública de ensino fundamental, residentes, prioritariamente, na zona rural de municípios selecionados pelo Programa Comunidade Solidária, desenvolvido pelo governo federal.

Visando à recuperação dos veículos em foco, o Município representante ajuizou um procedimento cautelar de busca e apreensão, cuja cópia integra os autos epigrafados, que culminou com a apreensão dos utilitários em poder de Francisco Rodrigues da Silva, conforme evidenciam os documentos de fls. 40/41 dos autos em anexo.

Afirma que (fls. 6):

(...) o comportamento do réu, além do dano patrimonial evidente, implicou frustrar o Programa Nacional de Transporte Escolar – PNTE, naquela região, importando, sem dúvida, em inequívoco prejuízo aos alunos da rede pública de ensino fundamental, os quais em sua maioria, pelas peculiaridades sócio-econômicas das cidades do interior do Estado, ficaram impossibilitados de se deslocar até suas respectivas unidades escolares.

Sustenta que “está o réu sujeito às sanções estabelecidas no art. 12, inciso I, da Lei 8.429/92”, e requer (fls. 8):

- a) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 8 (oito) anos;
- b) pagamento de multa civil correspondente a 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial resultante da incorporação dos bens pertencentes à Prefeitura Municipal de Altamira/MA, a ser mensurado em prova pericial;
- c) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 (dez) anos.

2. Citado, o réu contestou o pedido, dizendo (fls. 178/179):

Que efetivamente em meados de novembro do ano de 1996, quando estava no exercício do mandato de prefeito da cidade de Altamira do Maranhão, o requerido deu início a atos que concluiriam com a venda dos aludidos veículos ao proprietário da Revendedora de Carros – Rodante – Dr. Sérgio da Capistrana, conforme demonstra os recibos de transferência anexos (docs. 2/3), não sendo no entanto, concluído o ato de transferência dos veículos

pertencentes ao município de Altamira do Maranhão, por força da Ação Cautelar de Busca e Apreensão (Processo 619/97), que transitou na Comarca de Vitorino Freire/MA, requerida pelo Município de Altamira/MA, na pessoa de seu representante legal, como se depreende do pedido de fls. 23, do processo acima referido.

No entanto, MM. Juiz, a venda frustrada dos aludidos veículos que pertenciam ao patrimônio do Município de Altamira/MA, não foi feita de livre e espontânea vontade por parte do requerido, e sim com a devida autorização do Poder Executivo Municipal (Câmara Municipal de Vereadores) daquele Município, como se pode ver do Ofício 75/96, datado de 18 de novembro de 1996; da mensagem datada de 18/11/96; do Projeto de Lei 4/96; da Lei 4/96; do Ofício 36/96 e da Ata da Seção Ordinária da Câmara Municipal de Vereadores, datada de 21 de novembro de 1996, anexos (docs. 4/9), que autorizava ao Chefe do Executivo Municipal a realizar referida alienação.

3. Foram ouvidas duas testemunhas: Rosalino Lima da Silva (Prefeito de Altamira), fls. 224/225; e Paulo César Coelho Ribeiro (Oficial de Justiça da Comarca de São Luís) – fls. 241/242.

4. Encerrada a instrução, as partes apresentaram memoriais. O Ministério Público, a fls. 243/246, reiterando o pedido de que a ação fosse julgada procedente; e o réu, a fls. 248/251, dizendo que:

(...) não houve, por conseguinte, qualquer desvio de recursos públicos, pois os veículos em questão encontram-se hoje em poder da Prefeitura Municipal de Altamira. Ainda, consta das folhas 39 do processo em questão, a desistência da representação por parte do Município de Altamira, esta datada de 21 de março de 1997, não deve, então, ser considerada medida inócua, como quis, *data venia*, deduzir o Ministério Público, pois, na realidade, não ocorreu dano algum ao Município, ademais, conforme aduz o art. 12, II, do CPC, serão representados em juízo, ativa e passivamente, o Município, por seu prefeito ou procurador, e este na qualidade de autor da representação, verificando que não houve qualquer lesão ao erário público, não ensejou perda patrimonial, houve por bem a decisão do Município desistir da representação.

Quanto ao pedido de prosseguimento à instrução do procedimento, solicitado pelo Ministério Público, logo após a desistência da representação pelo autor, não é suscetível ao rito processual em questão, haja vista que, por equívoco da própria Câmara de Vereadores, esta, por maioria de seus membros, aprovou projeto de lei autorizando o poder público municipal, a efetuar venda dos veículos, entretanto, ao tomar conhecimento da impossibilidade de tal negócio, antes mesmo do término do mandato do ex-prefeito ora acusado, este procurou logo proceder a devolução dos veículos, não o fazendo no momento da posse do novo prefeito, mas, posteriormente, conforme acima esclarecido.

5. Deu-se o MM. juiz federal por incompetente para processar e julgar o feito, ante o advento da Lei 10.628, de 2002, que alterou o art. 84 do Código de

Processo Penal, e determinou a remessa dos autos para este Tribunal. Os autos aqui deram entrada em setembro de 2003.

6. Nesta instância, o Ministério Público argüiu a inconstitucionalidade do art. 84 do CPP, que foi repelida monocraticamente pelo Juiz Plauto Ribeiro (fls. 281/282). Houve agravo regimental, que foi improvido por esta Segunda Seção, em 10 de março de 2004.

7. O Ministério Público Federal, nesta instância, pela Procuradora Regional da República Maria Soares Camelo Cordioli, opinou pela procedência da ação.

8. É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. Os veículos – tipo microônibus, motor a diesel, com capacidade para 16 passageiros, foram comprados, em outubro de 1996, com recursos repassados pelo Fundação de Assistência ao Estudante – FAE, do Ministério da Educação e Desporto, mediante Convênio 337/96, assinado em 27/06/96, e alienados em novembro do mesmo ano.

De acordo com o § 1º da cláusula 1ª do Convênio 337/96, os veículos “visam, exclusivamente, ao transporte de alunos matriculados em escolas municipais e/ou estaduais da rede pública de ensino fundamental, residentes, prioritariamente, na zona rural de Municípios selecionados pelo Programa Comunidade Solidária” (fls. 14).

Os veículos foram adquiridos pelo Município, na administração do réu, em 11 de outubro de 1996 (v. notas fiscais de fls. 28 e 29). Em 28 de novembro daquele mesmo ano, ao final de sua gestão, o réu os aliena (v. documentos de fls. 182v. e 183v). O último dia do seu mandato seria 31 de dezembro de 1996.

Alega o réu que a venda dos veículos se deu “com a devida autorização do Poder Executivo (*rectius*: Legislativo) Municipal (Câmara Municipal de Vereadores).”

É verdade. No dia 18 de novembro de 1996, o réu endereça o ofício do seguinte teor à Câmara de Vereadores (fls. 186):

Sendo de muita utilidade os veículos objetos do presente projeto de lei para o setor, para o qual fora adquirido; todavia ficam quase que imprestáveis na época invernal, em razão da falta de estradas que ligam a sede deste Município aos demais povoados, bem como às cidades vizinhas.

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Olindo Menezes, Hilton Queiroz e Carlos Olavo. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Cândido Ribeiro e Ítalo Fioravanti Sabo Mendes.

Motivos que por si justificam a dispensa dos citados veículos e, diante da carência de recursos para o setor em apreço, torna-se por demais necessário investimentos nesses setores.

Parcos são os meios para que se possa investir na educação de Altamira do Maranhão, fato que nos obriga a tomar tal atitude, e por estas e outras razões, devem os ilustres pares dessa Casa Legislativa, refletir, analisar e serenamente decidir sobre a matéria, posto ser da maior importância a medida postulada.

E, assim, agindo, por certo V. Exa. Sr. Presidente e os demais integrantes dessa Casa estarão contribuindo com um setor que bem precisa de recursos e meios de consegui-los.

Ora, um mês e sete dias depois de ter comprado os veículos, o prefeito verifica que os veículos são “imprestáveis na época invernos, em razão da falta de estradas”. Ele, prefeito, assina um convênio com um órgão federal, a Fundação de Assistência ao Estudante, para adquirir dois microônibus para transporte de alunos, e logo depois verifica que seu Município não tem estradas E mais: um mês e dois dias depois deixaria a chefia do Poder Executivo, pois seu mandato terminaria. Outro prefeito já tinha sido eleito.

O Prefeito atual, Rosalino Lima da Silva, disse a fls. 224/225, que:

(...) alguns dias de sua posse, tomou conhecimento que o prefeito anterior juntamente com o presidente da Câmara e alguns vereadores elaboraram um documento, realizando a venda de tais veículos, o que é vedado no contrato de aquisição destes, por se tratar de verba do governo federal, devendo obedecer determinados requisitos para venda destes veículos, que a residência onde se encontrava os veículos pertencia a um dos donos da revendedora Rodante Veículos, localizada na Av. Marechal Castelo Branco, Bairro São Francisco, na cidade de São Luís.

E mais: O Município – o conveniente –, pelas disposições constantes das letras *i* e *j* do item I da cláusula segunda, se obrigou (fls. 15):

- i) Manter a concedente informada sobre quaisquer eventos que dificultem ou interrompam o curso normal da execução do convênio;
- j) Não substabelecer as obrigações assumidas sem anuência expressa da concedente.

Desse modo, não poderia alienar os veículos sem ouvir a FAE.

Os veículos foram vendidos, repita-se, como demonstram as “autorizações para transferência de veículos”, de fls. 182v e 183v. Autorizações essas assinadas pelo próprio prefeito, réu nesta ação. Por força de decisão judicial, os veículos vieram a ser apreendidos no dia 19 de março de 1997 (cf. mandado de apreensão de fls. 48 e auto de busca, apreensão e entrega de fls. 49).

No primeiro mandado de busca e apreensão, expedido pelo Juízo de Direito

da Comarca de Vitorino Freire/MA, o Oficial de Justiça Zacarias Gomes de Souza certificou, em 14/01/97, que, dando busca, não encontrou os veículos, obtendo informações que os mesmos foram vistos na Cidade de São Luís/MA, onde o réu estava residindo (fls. 38v). Foi, então, expedida carta precatória para a Comarca de São Luís/MA.

Procedendo-se a busca na casa do réu, este informou que os veículos “foram vendidos para o sr. Sérgio, proprietário da revendedora Rodante Veículos”. Foi o oficial de justiça, então, ao encontro de Sérgio, sendo, por ele, informado que havia desfeito o negócio (v. certidão de fls. 43, lavrada no dia 05/01/97).

Em março de 1997, novo mandado de busca e apreensão é expedido pelo Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Luís, nele constando que os veículos se encontram “atualmente em mãos do réu Francisco Rodrigues da Silva, brasileiro, casado, pecuarista e ex-prefeito do Município de Altamira do Maranhão/MA, residente na Av. 12, Casa 50, III Conjunto Anil” (fls. 48).

Consta do auto de busca, apreensão de entrega, lavrado pelos Oficiais de Justiça Rosalino Lima da Silva e outro cujo nome está ilegível, em 19 de março de 1997, em cumprimento ao mandado referido no parágrafo anterior, o seguinte (fls. 49):

(...) em cumprimento ao mandado pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública, e extraído dos autos da carta precatória oriunda da Comarca de Vitorino Freire/MA, expedido da ação de busca e apreensão proposta pelo Município de Altamira do Maranhão/MA, contra Francisco Rodrigues da Silva, dirigimo-nos ao endereço no mandado indicado, e sendo aí, após as formalidades legais, procedemos a busca e apreensão dos veículos.

O réu, deste modo, incorporou ao seu patrimônio bens públicos (inciso XI do art. 9º da Lei 8.429, de 02/06/92). A incorporação ocorreu, sim, porque os veículos foram alienados em novembro de 1996, o dinheiro, produto da venda, não entrou nos cofres do Município; e só vieram a ser encontrados por força de decisão judicial, em março de 1997, já no Município de São Luís.

Na verdade, o réu, assim agindo, praticou ato de improbidade, violando o princípio da moralidade administrativa. Um ato, inclusive, mesquinho.

Como explicam Suzi D'Ângelo e Élcio D'Ângelo (O princípio da probidade administrativa e a atuação do Ministério Público – atualizado de acordo com a Lei 10.628, de 24/12/02. Campinas: LZN, 2003, p. 15):

(...) o princípio da moralidade administrativa revela que o agente público deve atuar na condição de um bom administrador público, pois o Estado não é uma empresa privada, em que seus administradores podem fazer tudo que a lei proíba.

Como os veículos foram apreendidos, não houve perda, não havendo, assim, dano a ser ressarcido. Não há, conseqüentemente, também, em se falar em multa civil correspondente a três vezes o valor do acréscimo patrimonial.

O fato de o Município de Altamira ter desistido da representação, “tendo em vista haver conseguido reaver os veículos que objetivaram a mesma, (fls. 47) não tem nenhuma interferência na presente ação intentada pelo Ministério Público Federal. A representação não é condição de procedibilidade, e sim mera *notitia* (art. 7º da Lei 8.429/92), como é a representação de “qualquer pessoa”, prevista no art. 14 dessa mesma lei. A representação determinada no art. 7º diferencia da do 14, por ser obrigatória. Mesmo sem a representação do Município, a ação poderia ser ajuizada.

Observe-se, por outro lado, o que estabelece o § 1º do art. 17 da Lei 8.429/92:

É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*.

A redação do *caput* do art. 17 é a seguinte:

A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

3. Ante o exposto, julgo procedente a ação para:

a) determinar a suspensão dos direitos políticos do réu, Francisco Rodrigues da Silva, pelo prazo de 8 (oito) anos. Comunique-se ao Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão (art. 77 do Código Eleitoral).

b) proibi-lo de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 (dez) anos. Comunique-se ao Município de Altamira/MA, ao Estado do Maranhão, ao Tribunal de Contas do Estado e da União Federal.

Condeno-o, ainda, no pagamento das custas do processo e nos honorários advocatícios, que fixo, levando a singeleza da causa e o pouco trabalho desenvolvido pelo autor da ação, em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, que reverterão aos cofres da União Federal.

4. É o voto.

Terceira Seção

Embargos Infringentes na Apelação Cível

1998.01.00.074797-7/BA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus

Embargante: Expedito Alves de Souza

Advogada: Dra. Adriana Medeiros de Aquino

Embargado: União Federal

Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero

Publicação: DJ 2 de 18/11/04

Ementa

Administrativo. Embargos infringentes. Concurso público. Agente de Polícia Federal. Exame psicotécnico. Legalidade.

I. O exame psicotécnico para o ingresso na carreira policial federal é regrado especificamente pelo Decreto-Lei 2.320/87 (arts. 5º e 8º, III), sendo imprescindível, por isso mesmo, que o concurso público para provimento de cargos de agente de Polícia Federal se desenvolva sob a égide desse ato legislativo, não se revestindo de ilegalidade a realização de tal exame, regularmente previsto no edital do certame. Em consequência, não há plausibilidade na assertiva de que não poderia a Administração utilizar o referido exame como condição para a aprovação no concurso.

II. Embargos infringentes a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Seção, por maioria, negar provimento aos embargos infringentes.

3ª Seção do TRF-1ª Região – 26/10/04.

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Cuida a espécie de embargos infringentes opostos por Expedito Alves de Souza em face de acórdão proferido pela Terceira Turma Suplementar deste Tribunal que, por maioria, deu provimento à apelação da União, para, reformando a sentença, julgar improce-

dente o pedido do autor, que objetivava a anulação do ato administrativo que o eliminou do concurso público para o cargo de agente de Polícia Federal, em razão de reprovação no exame psicotécnico.

Ficou vencida, no julgamento, a eminente Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, que negou provimento à apelação (fls. 172).

Sustenta o embargante, no essencial, que o êxito no exame psicotécnico não poderia ser exigido como condição para a aprovação no concurso, tendo em vista que a Administração não fundamentou as razões pelas quais o declarou inapto.

Ao final, requer o provimento do recurso, a fim de prevalecer o voto divergente e, em conseqüência, ser restabelecida a sentença de 1º grau (fls. 194/200).

A União ofereceu impugnação, requerendo a manutenção *in totum* do acórdão recorrido (fls. 204/208).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Dispõe o inciso I do art. 37 da CF/88, *verbis*:

Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

Por sua vez, estatui o art. 8º, inciso III, do Decreto-Lei 2.320, de 26.01.87, *in litteris*:

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

(....)

III – Possuir temperamento adequado ao exercício das atividades inerentes à categoria funcional a que concorrer, apurado em exames psicotécnicos.

Havendo, portanto, expressa previsão legal do exame psicotécnico para o ingresso na carreira policial federal (Decreto-Lei 2.320/87, arts. 5º e 8º, III), é imprescindível que o concurso público para provimento de cargos de agente de Polícia Federal se desenvolva sob a égide de tal ato legislativo, não se revestindo de ilegalidade a realização de tal exame, regularmente previsto no Edital 1/93 do certame, ao qual se submeteu o impetrante.

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro, Maria Isabel Gallotti Rodrigues, João Batista Moreira e Selene Maria de Almeida. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente.

De se anotar, ainda, que o candidato não demonstrou efetivo interesse em ter acesso ao resultado do exame para interpor recurso, já que não fez, na inicial, nenhum pedido nesse sentido. Sendo assim, caso o inconformismo do ora embargante, desde a peça vestibular, estivesse fundado no impedimento de ter vista do resultado do exame e, bem assim, dele recorrer, poder-se-ia afastar o seu caráter sigiloso e irrecorrível, o que conduziria indefectivamente ao provimento da apelação. No entanto, não se tendo formulado tal pretensão, não há como acolher o recurso, sob pena de se configurar decisão *extra petita*.

Essa compreensão encontra respaldo na jurisprudência desta Corte. Dela extraio, exemplificativamente, o julgado a seguir ementado, *in verbis*:

Administrativo e Processual Civil. Concurso público para policial rodoviário federal. Exame psicotécnico. Legalidade.

1. A exigência de exame psicotécnico em concurso público tem fundamento constitucional (art. 37, I) e legal (Lei 9.654/98).

2. Conquanto a jurisprudência acolha a tese de que o exame psicotécnico não se pode revestir de caráter sigiloso e irrecorrível, o pedido formulado no feito não decorre daquela causa de pedir, ou seja, não requer o autor que lhe seja concedida vista do resultado do teste e seja examinado eventual recurso interposto pelo candidato, pretendendo, ao contrário, a anulação de sua reprovação no exame psicotécnico.

3. Estando o curso de formação profissional em fase avançada, não merece prosperar a pretensão de continuidade no concurso.

4. Agravo de instrumento improvido.

(Ag 2002.01.00.039720-9/DF, Quinta Turma, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, DJ de 30/06/03, p. 133).

Em conclusão, pode-se afirmar que o questionamento do embargante acerca da exigência do exame psicotécnico, como condição de aprovação no certame, ao argumento de que a Administração deveria ter fundamentado a razão pela qual foi considerado inapto, não conduz à invalidação do exame, porquanto não formulou, à época, pedido para que tivesse acesso ao resultado do aludido exame, quer na esfera administrativa, quer na via judicial.

Ante o exposto, nego provimento aos embargos infringentes.

É o meu voto.

Voto Vogal Vencido

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Senhor Presidente, com a devida vênia do eminente Relator, reitero nessa oportunidade o voto que tenho proferido em casos análogos a respeito do concurso da Polícia Federal iniciado em 1993.

Embora seja certa a legalidade da exigência do psicotécnico para ingresso no cargo pretendido, tal exigência não pode ser divorciada dos fins a que se destina, vale dizer, detectar eventuais desvios de comportamento ou de personalidade que inviabilizem o exercício do cargo. Apenas em tais casos, será válida a eliminação do candidato.

Pelo que se infere do edital, contudo, não foi apenas esta a intenção dos profissionais que fizeram a avaliação.

É certo que o psicotécnico foi concebido no edital e realizado para aferir se o candidato possui temperamento adequado ao exercício das atividades inerentes à categoria funcional para a qual se inscreveu, dispondo, ainda, o edital que será considerado apto o candidato que se adequar à profissiografia da categoria profissional respectiva, traçada pelo Setor de Psicologia do Serviço de Recrutamento e Seleção da Academia Nacional de Polícia, quando da avaliação das técnicas aplicadas. E será considerado inapto o que demonstrar inadequação a esta profissiografia.

Não se limitou o psicotécnico, portanto, a verificar a existência de anomalias ou desvios que não recomendassem os candidatos ao exercício do cargo. Buscou-se analisar se se enquadravam em um “perfil profissiográfico” previamente determinado pela Administração, mas desconhecido dos candidatos e do público em geral.

A respeito da ilegalidade de exames psicotécnicos marcados pelo subjetivismo e pelo desconhecimento dos critérios de avaliação, vale lembrar o acórdão da 5ª Turma do STJ, da lavra do eminente Ministro Jorge Scartezzini, do qual extraio os seguintes parágrafos (MS 13.237-DF, 2001/0065637-5, DJ 26/08/02):

Com tais dados, nota-se que o edital é silente sobre o detalhamento do referido teste. No mesmo sentido, as informações da autoridade coatora (fls. 38/53) nada mencionam sobre o critério utilizado para aplicá-lo. A realização do exame psicotécnico, bem como psicológico, está acobertada não apenas para legislação (Lei 5.117/66 – art. 3º, mas, principalmente, pela racionalidade e essência em face dos requisitos necessários à função da carreira policial. *Contudo, a subjetividade deste não pode ser aceita, sob pena de arbítrio por parte do administrador.* Celso Antônio Bandeira de Mello, *in Regime constitucional dos servidores da Administração direta e indireta*, RT, SP, 1990, os. 48/50, leciona-nos que:

“Entretanto, o que se nega terminantemente e que seja compatível com o texto constitucional por violar a necessária objetividade inerente à razão de ser dos princípios da acessibilidade e do concurso público – a adoção de um perfil psicológico em que se devam encaixar os candidatos, pena de exclusão do certame. Com efeito, uma coisa é ser portador de algum traço patológico ou exacerbado a níveis extremados e, portanto, incompatível com determi-

nado cargo ou função, e outra coisa, muito distinta, é ter que estar ajustado a um ‘modelo’ ou perfil psicológico adrede delineado para o cargo. Nega-se, igualmente, que as avaliações psicológicas possam ser irrecorríveis na via administrativa ou que o exame do recurso se possa efetuar sem a presença e fiscalização de um especialista indicado pelo candidato. Nega-se também que as avaliações psicológicas possam ser realizadas sem a prévia e pública notícia dos fatores específicos que serão ponto de análise, dos testes a serem realizados, dos critérios decisórios em face deles, da justificação minuciosa dos laudos determinantes da reprovação do concorrente, bem como da identificação dos especialistas que irão se responsabilizar pelos exames e conclusões técnicas finais”.

Concordo inteiramente com o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello acima citado.

A Constituição prevê que a lei – e somente ela – possa estabelecer as condições para exercício de cargo público. A adequação a determinado “perfil profissional” estabelecido por psicólogos não é, contudo, requisito legal de investidura previsto para cargo algum. E nem seria razoável que o fosse, pois a infinita diversidade de personalidades, sempre com aspectos positivos e negativos, escapa à possibilidade de cadastramento e identificação da Psicologia.

Creio que nem mesmo à lei seria lícito estabelecer “perfis profissionais” nos quais devessem se enquadrar os integrantes de cada carreira, dada a subjetividade da exigência e à falta de critério aferível pelo Poder Judiciário para verificar a correção deste enquadramento. O escopo do concurso, além de possibilitar a admissão dos mais capacitados ao serviço público, é também dar a todos os administrados a possibilidade de, em igualdade de condições – igualdade esta baseada em critérios objetivos – candidatarem-se ao exercício dos cargos públicos. Nesse sentido, lembrem-se as seguintes passagens da ementa e do voto do eminente Ministro Sepúlveda Pertence no RE 194.657-1 (*DJ 04/12/01*):

Embora a Constituição admita o condicionamento do acesso aos cargos públicos a requisitos estabelecidos em lei, esta não o pode subordinar a pressupostos que façam inócuas as inspirações do sistema de concurso público (art. 97, § 1º), que são um corolário do princípio fundamental da isonomia.

(...)

42. Com razão, nessa linha, o parecer trazido por um dos recorrentes, do ilustre Prof. Celso Antônio (apenso, fls. 8): “se os motivos puderem remanescer secretos, ignotas até para os atingidos pela decisão administrativa, evidentemente já não haveria garantia alguma de legalidade alguma do Poder Judiciário impor o primado do Direito, sentido algum para a regra constitucional de que não pode ser subtraída ao Poder Judiciário a apreciação sobre lesão de direito individual (art. 153, § 4º) e, ao final de contas, o próprio Direito nada valeria. Ou melhor, sua valência dependeria, por inteiro, da vontade do obrigado colocar-se ou não sob o seu império”.

(....)

43 – *Last but not least*, é de notar que o Tribunal – por fidelidade às inspirações do princípio do concurso público – tem fulminado por diversas vezes o veto a candidato, ainda quando vinculado a conclusões de exame psicotécnico previsto em lei, se a sua realização se reduz a “entrevista em clausura, de cujos parâmetros técnicos não se tenha notícia” (RE 112.676, Rezek, RTJ 124/770) ou, de qualquer sorte, não ofereça grau mínimo de objetividade e publicidade, “de modo a permitir o acesso, ao Poder Judiciário, de eventual lesão de direito individual.

Lembro, também, o seguinte acórdão do STF, relatado pelo eminente Ministro Carlos Velloso:

Constitucional. Concurso público. Julgamento sigiloso da conduta do candidato. Inconstitucionalidade.

I – Exame a avaliação de candidato com base em critérios subjetivos, como por exemplo, a verificação sigilosa sobre a conduta, pública e privada, do candidato, excluindo-o do concurso sem que sejam fornecidos os motivos. Ilegitimidade do ato, que atenta contra o princípio da inafastabilidade do conhecimento do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito. É que, se a lesão é praticada com base em critérios subjetivos, ou em critérios não revelados, fica o Judiciário impossibilitado de prestar a tutela jurisdicional, porque não terá como verificar o acerto ou o desacerto de tais critérios. Por via oblíqua, estaria sendo afastada da apreciação do Judiciário lesão a direito.

II – RE conhecido e provido. (RE 125.556, RTJ 141/299).

No caso dos autos, o “perfil profissiográfico” elaborado pelos psicólogos é elemento secreto, não especificado no edital, desconhecido dos próprios candidatos, e, portanto, incontrastável perante o Poder Judiciário, o que fulmina o exame de insanável nulidade.

Mesmo quando previsto em lei, o psicotécnico deve limitar-se, sob pena de inconstitucionalidade, à verificação da existência de traço de personalidade exacerbado ou patológico, ou desvio de comportamento, que impeça o exercício das atribuições do cargo.

Em face do exposto, dou provimento aos embargos infringentes para considerar que o psicotécnico, na forma como foi feito e concebido pelo edital, realmente não se reveste de legalidade e de constitucionalidade e, portanto, assiste razão ao candidato ao pretender invalidar o seu resultado.

Voto Vogal

O Exmo. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Senhor Presidente, com a devida vênua da divergência, acompanho o relator por entender que além de o

exame psicotécnico revestir-se de legalidade, também não é possível dispensar o candidato da realização desse exame a que todos os demais se submeteram.

Portanto acompanho o relator, negando provimento aos embargos infringentes.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Senhor Presidente, tenho, a respeito da questão, algumas idéias que não estão encadeadas de forma lógica. Vou tentar reproduzir, aqui, para poder chegar a uma conclusão.

Em princípio, não sou contra o exame psicotécnico. Entendo que é um instrumento que se presume baseado em critérios técnicos e científicos e que, se ainda não é, pode vir a ser muito útil não só em concursos públicos, como na administração de pessoal. Todavia considero, como o fez a eminente Desembargadora Maria Isabel, que se trata de um concurso realizado em 1993 – portanto, há mais de dez anos –, e nessa época, o exame psicotécnico aplicado pela Polícia Federal era de caráter sigiloso, o resultado era simplesmente um conceito “apto” ou “inapto”, sem qualquer motivação, não se permitia recurso e contraprova por parte do candidato. De modo que, no meu ponto de vista, tal exame aplicado dessa maneira contraria totalmente os direitos e garantias constitucionais. A motivação do ato administrativo é requisito indispensável da democracia. Democracia, hoje, já não é considerada simplesmente regime político, mas também direito do cidadão, o qual tem direito de exigir tratamento democrático. Um dos itens mais importantes desse tratamento democrático é a motivação dos atos que afetam os interesses do cidadão.

Este é um caso típico. Candidato reprovado no concurso tem direito de saber por que foi reprovado e de contestar essa reprovação. O professor Celso Antônio Bandeira de Mello entende que o psicotécnico pode ser aplicado na fase de exame médico, como se fosse exame médico, e nele deve ficar demonstrado que o candidato tem um defeito de personalidade que o incompatibiliza com o exercício do cargo, à semelhança de uma doença ou de uma deficiência. Ele não é uma prova; os concursos são realizados por meio de prova de conhecimentos e títulos. Psicotécnico não é prova que se enquadre em qualquer dessas categorias. É verdade que o Supremo Tribunal Federal sumulou que só por lei pode ser exigido o exame psicotécnico. *A contrario sensu*, ou seja, se só por lei pode ser exigido exame psicotécnico, poderia se pensar que por lei pode-se sempre exigir o exame psicotécnico, mas o Supremo não disse quais os requisitos que devem ser previstos na lei para sua realização. A Constituição permite o sigilo indispensável à segurança do Estado e da sociedade; não é o sigilo simplesmente útil ou o sigilo necessário, é só o sigilo indispensável.

Entendo que o sigilo do psicotécnico não é indispensável à segurança da sociedade e do Estado. Seria, quando muito, útil, porque o que se alega é que os candidatos não podem conhecer as técnicas de aplicação do exame, pois passariam a burlar essas técnicas. Isso só demonstra a fragilidade da técnica aplicada. Não se justifica sigilo em prejuízo das garantias constitucionais. Não estou dizendo que isso acontecia, mas, aplicado dessa maneira, como era feito na época, o psicotécnico era apto a propiciar discriminações ilegais.

Na Polícia Federal, há variedade de funções – sei disso porque pertenci aos quadros da DPF durante 11 anos. Há possibilidade de se trabalhar simplesmente em burocracia, com arquivos, por exemplo. O setor preferido por quem ingressa na Polícia é o operacional, que é o mais interessante, o mais vibrante. Mas há setores como o de polícia marítima, aérea e de fronteiras, que cuida do registro e controle de entrada e saída de pessoas do País, especialmente estrangeiros; há revista em aeroportos, e assim por diante.

Não se pode exigir um perfil único para o policial. É até salutar que haja diversidade de perfis, para poderem se adaptar às diversas funções que são atribuídas ao órgão.

Com estas considerações, acompanho a divergência.

Voto Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Senhor Presidente, o voto do eminente Relator está em conformidade com a posição majoritária da jurisprudência sobre o tema e, por isso, eu o acompanho.

Quarta Seção

Ação Rescisória

1999.01.00.016400-2/DF

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Neuza Maria Alves da Silva (convocada).

Autor: Comil – Comercial Mineira Ltda.

Advogado: Dr. Nelson Xisto Damasceno

Ré: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. Pedro Câmara Raposo Lopes

Publicação: DJ 2 de 10/12/04

Ementa

Ação rescisória. Tributário. Ação anulatória de débito. Sentença com trânsito em julgado. Execução fiscal. Embargos do devedor. Ofensa à coisa julgada. Art. 485, IV, do CPC.

I. A coisa julgada material pode ser conhecida em qualquer grau de jurisdição, sendo passível de ação rescisória a sentença que a ofenda, nos termos do art. 485, IV, do Código de Processo Civil.

II. Lançamento tributário anulado, com decisão transitada em julgado, não pode vir a ser objeto de posterior execução e dos conseqüentes embargos neles fundados.

III. Ação rescisória procedente, em parte.

Acórdão

Decide a Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, admitir a ação rescisória e julgá-la procedente, em parte, nos termos do voto da Juíza Federal Relatora (convocada).

4ª Seção do TRF-1ª Região – 10/11/04.

Juíza Neuza Maria Alves da Silva, Relatora convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Neuza Maria Alves da Silva: — Trata-se de ação rescisória proposta por Comil – Comercial Mineira Ltda. com fulcro no art. 485, inciso IV e 467, do Código de Processo Civil, visando desconstituir a sentença prolatada pelo MM. Juízo de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Montes Claros, Estado de Minas Gerais, que decidiu a execução e os embargos da requerida, os quais tratavam de débito que já tinha sido objeto da Ação Anulatória de Débito Fiscal 1.012/84.

Sustenta a autora ter havido ofensa à coisa julgada, visto que a mencionada ação, proposta com vistas a anular o auto de infração, bem como todo lançamento do crédito tributário formalizado, foi julgada procedente, com trânsito em julgado em 3 de maio de 1994 (fls. 316), sendo que tal débito não poderia ter sido objeto de novo processo.

Requeru, pois, seja a presente ação julgada procedente, para desconstituir a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara da Comarca de Montes Claros nos autos da execução, bem como para que seja proferido novo julgamento dos embargos para que, desta feita, sejam julgados procedentes.

A Fazenda Nacional apresentou contestação alegando, em preliminar, a inadequação da via eleita, visto que a ação rescisória não se presta para rescindir decisão que não apreciou a questão da coisa julgada, já que tal assunto não foi objeto dos embargos à execução. No mérito, alega que o objeto da rescisória não é o mesmo dos embargos à execução.

A Comil – Comercial Mineira Ltda. apresentou réplica, a fls. 110/112, e alegações finais, a fls. 118/119.

O Ministério Público Federal opina pela procedência da ação, para que seja desconstituída a sentença dos embargos por ofensa à coisa julgada (art. 485, IV, do CPC), extinguindo-se, sem julgamento do mérito, tanto os embargos, quanto a ação executiva, com base no art. 267, V, do CPC (fls. 125/127).

Dispensada a revisão, nos termos regimentais (art. 30, XXI e 31, § 2º), por tratar-se de matéria unicamente de direito.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Neuza Maria Alves da Silva: — Propõe a empresa Comil – Comercial Mineira Ltda. a presente ação rescisória objetivando que este Tribunal desconstitua a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara da Comarca de Montes Claros (fls. 82), bem como para que seja proferido novo julgamento dos embargos para, desta feita, serem julgados procedentes.

Esclareço, inicialmente, que o art. 495 do CPC estabelece que o direito de propor ação rescisória se extingue em dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir, considerando-se, para tal efeito, a coisa julgada material que a torna imutável e indiscutível, por ser o biênio decadencial uno e objetivo para ambas as partes.

Assim, *in casu*, conforme certidão acostada a fls. 18, a respeitável sentença rescindenda foi proferida em 5 de setembro de 1997, tendo transitado livremente em julgado, tendo sido a ação rescisória ajuizada no dia 11 de março de 1999, dentro, portanto, do biênio da decadência.

Por outro lado, não deve prosperar a alegação preliminar de inadequação da via eleita, argüida pela Fazenda Nacional, de que a ação rescisória não pode ser

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Fernando Mathias, Luciano Tolentino Amaral, Leomar de Barros Amorim de Souza e o Exmo. Sr. Juiz Iran Velasco Nascimento (convocado). Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Antônio Ezequiel da Silva e Mário César Ribeiro.

manejada para rescindir decisão proferida em sede de Embargos à Execução, tendo em vista que a respeitável sentença de fls. 62 decidiu o mérito dos embargos.

Rejeito, assim, a preliminar argüida e admito a ação rescisória.

No mérito, cinge-se a controvérsia sobre a caracterização ou não de ofensa à coisa julgada, apta a desconstituir a sentença prolatada em sua afronta.

Para tanto, cumpre esclarecer, inicialmente, que a Fazenda Nacional propôs em 3 de maio de 1984, Execução Fiscal perante a 4ª Vara Cível da Comarca de Montes Claros, com base na Certidão de Dívida Ativa – CDA 60.2.84.000.059, oriunda do Auto de Infração de 9 de novembro de 1981, lavrado para cobrança de Imposto de Renda dos Exercícios de 1976/78/79/80, relativo ao lucro real nos anos-base de 1975/77/78/79, sendo que a referida execução esteve *suspensa até 13/12/91*, não tendo havido, até a data da propositura da presente ação rescisória, a citação da autora, na qualidade de executada, segundo o que narra em sua inicial (fls. 3).

Ocorre que, por outro lado, a empresa Comil – Comercial Mineira Ltda., *antes do ajuizamento da execução fiscal*, já tinha proposto a Ação Anulatória de Débito Fiscal 1.012/84, em face da Fazenda Nacional, tendo por objeto a anulação do mesmo auto de infração que deu origem à referida CDA (que é o título exeqüendo na execução fiscal), a qual *julgou procedente o pedido para anular referido Auto de Infração, como se verifica da cópia da respeitável sentença de fls. 83/87, confirmada por este TRF, em reexame necessário pelo venerando acórdão de fls. 92/96, com trânsito em julgado em 3 de maio de 1994 (fls.98)*. A Procuradoria da Fazenda Nacional foi devidamente intimada da decisão, conforme certidão de fls. 97.

Posteriormente, retomado o curso da ação executória, em 9 de agosto de 1994 (fls. 17/21), foi a autora executada, citada em 28 de junho de 1996 (fls.35v), formando-se, somente nesta data, a relação processual, oportunidade em que foram oferecidos embargos do devedor (fls. 40), tendo sido julgados improcedentes pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Montes Claros/MG, sendo que, conforme se vê da certidão de fls. 16, a respeitável sentença transitou livremente em julgado.

Assim, forçoso reconhecer que quando se formou a relação processual no feito executório, já havia, em favor da autora, decisão com trânsito em julgado, que anulava o auto de infração e, por conseqüência, todo o lançamento de crédito tributário formalizado contra a mesma, o qual foi o objeto do feito executório, o que vem a respaldar a pretensão da autora para que seja desconstituída a sentença dos embargos por ofensa à coisa julgada (art. 485, IV, do CPC), extinguindo-se, sem julgamento do mérito, os embargos e a ação executiva, com base no art. 267,

V, do CPC, visto que a lide já se encontrava definitivamente julgada quando sobreveio a sentença rescindenda que ora se pretende rescindir.

Nesse sentido, inclusive, opinou o douto representante do Ministério Público Federal (fls. 125/127), nos seguintes termos:

A presente rescisória é procedente, merecendo ser desconstituída a sentença dos embargos por ofensa à coisa julgada (art. 485, IV, do CPC), extinguindo-se os embargos e a ação executiva, com base no art. 267, V, do CPC.

É que, realmente, a execução ora em apreço e a sentença dos embargos tratavam de débito que já tinha sido objeto de ação anulatória de débito fiscal, julgada procedente. Assim, se o lançamento tributário tinha sido anulado em decisão transitada em julgado, não havia mais possibilidade de execução nele fundada.

Basta uma simples leitura dos autos de infração de fls. 54 e 76 para verificar que se trata da mesma dívida. Tanto isso é verdade que a Fazenda Nacional baseou sua defesa no fato de não ter sido alegada a coisa julgada quando dos embargos. Todavia, a coisa julgada pode ser conhecida em qualquer grau de jurisdição, sendo passível de ação rescisória a sentença que a ofenda, nos termos do art. 485, IV, do Código de Processo Civil.

Não há falar, outrossim, em novo julgamento dos embargos e da execução, porquanto a lide já se encontrava definitivamente julgada quando sobreveio a sentença rescindenda.

Extirpando-se do mundo jurídico a sentença violadora da coisa julgada, permanece intacto o julgado que a precede.

Por todo o exposto, e adotando os fundamentos do parecer ministerial, julgo procedente, em parte, a presente ação rescisória, para desconstituir a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Montes Claros, extinguindo, por conseguinte, a execução e os embargos da autora, sem julgamento do mérito.

É como voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim: — Senhor Presidente, este caso, mais uma vez, reitera o equívoco que ocorre com o provimento deste Tribunal, que estabelece não haver conexão entre a ação anulatória de débito e a execução fiscal. Numa das assentadas anteriores, examinamos caso idêntico em que havia duas sentenças: uma a favor; e outra, contra a parte exatamente porque, no Juízo da execução, não se sabe o que está se passando no Juízo da ação anulatória. Como são duas situações diferentes, como a Fazenda pode executar em qualquer comarca de um Estado grande, como Minas Gerais, que tem 500 municípios e

mais de 100 comarcas (200 comarcas, com certeza), fica difícil se a Fazenda executar na capital ou no interior e a parte entrar com uma ação de nulidade na capital, ou vice-versa.

Acompanho a Relatora.

Primeira Turma

Apelação Cível

2000.33.00.008533-0/BA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira
Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Proc/S/OAB: Dr. José Antônio P. Portela
Apelados: Guilherme Gomes de Vasconcelos e outros
Advogados: Dra. Clarice de Brito e outros
Publicação: DJ 2 de 06/12/04

Ementa

Previdenciário. Tempo de serviço especial. Enquadramento por atividade profissional. Decreto 83.080/79. Lei 9.032/95. Engenheiro (Dec. 53.831/64, item 2.1.1 do Anexo). Geofísico e geólogo: profissões não contempladas nos decretos.

I. O reconhecimento do tempo de serviço especial pelo exercício de atividade profissional elencada nos decretos previdenciários regulamentares é possível até o advento da Lei 9.032/95 (28/04/95), independentemente da comprovação de efetiva exposição aos agentes insalubres. Precedentes do STJ.

II. Comprovado o trabalho dos autores Paulo Anchieta Masiero, Martinho Sobral Rocha, José Francisco dos Santos Correa e Mário Pompeu Cavalcanti Filho, nas atividades de engenheiro em período anterior a 28/04/95, expostos a agentes nocivos à própria saúde, têm, os mesmos, direito ao reconhecimento da natureza especial do tempo de serviço prestado, com a correspondente averbação do período para fins de aposentadoria.

III. Os autores Guilherme Gomes de Vasconcelos, Fausto de Lima Rocha, Athos José Mahfus Fontanari, Afonso Eugênio de Oliveira Esteves, Nivaldo Rafael e Aimberé Carlos Chinappi Flores estão qualificados na CTPS como geólogos e geofísicos, profissionais não contemplados no rol dos regulamentos, daí por que não fazem jus ao enquadramento pretendido.

IV. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, parcialmente providas.

Acórdão

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria, nos termos do voto divergente do Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta, para julgar improcedente o pedido com relação aos Autores Guilherme Gomes de Vasconcelos, Fausto de Lima Rocha, Athos José Mahfus Fontanari, Afonso Eugênio de Oliveira Esteves, Nivaldo Rafael e Aimbere Carlos Chinappi Flores.

1ª Turma do TRF-1ª Região – 26/10/04.

Desembargador Federal *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira: — Trata-se de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social de sentença proferida pelo Juízo da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia, que julgou procedente a ação nos seguintes termos:

Posto isso, *julgo procedente* o pedido de reconhecimento do direito ao tempo de serviço prestado sob regime especial.

Condeno o INSS ao pagamento de custas e honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor destas.

P.R.I. (fls. 102).

Sustenta o apelante, em síntese:

Com efeito, para que a decisão recorrida estivesse isenta do vício de atividade em concurso com o vício de juízo, a ensejar a qualificação de *citra petita*, seria indispensável que antes da fundamentação jurídica que apresenta, fosse demonstrada a verossimilhança dos fatos alegados pelos apelados, como o tempo mínimo de 25 (vinte e cinco) anos de serviço em condições especiais, de insalubridade ou periculosidade, entre a data de admissão de cada um daqueles na referida empregadora e o dia anterior à data de vigência da Lei 9.032, editada em 28/05/95. Além do mais, seria obviamente imprescindível à formação do convencimento do ilustre prolator, a produção de prova robusta da qualificação dos recorridos, como engenheiros químicos, metalúrgicos ou de minas, bem assim o trabalho permanente dos geólogos prestado na perfuração de poços petrolíferos ou na extração de petróleo, nos termos da legislação invocada e dos códigos 2.1.1. e 2.3.5. do Anexo ao Decreto 63.230 de 10/09/68; diploma este que regulamentava o instituto da aposentadoria especial, prevista no art. 31 da evocada Lei 3.807 de 26 de agosto de 1960.

Tendo o apelante, ao tempo em que aduzira a sua resposta a fls. 87/89 dos autos, requerido o depoimento pessoal dos apelados, o prazo para a jun-

tada de documentos em contraprova e a perícia; vindo o magistrado, também neste ponto a silenciar, e a pronunciar de forma antecipada a decisão de mérito, não resta dúvida quanto ao fato do cerceamento da defesa do recorrente.

Por tudo o exposto, espera o apelante por que seja dado provimento ao presente recurso, porque de Direito e de Justiça. (106/107).

Contra-razões a fls. 110/118.

Petição a fls. 121/125.

Este o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira: — A aposentadoria especial é devida ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15, 20 ou 25 anos, desde que atendidas as exigências contidas na lei. O benefício está atualmente disciplinado pelos arts. 57 e 58 da Lei 8.213/91 e arts. 64 a 70 do Decreto 3.048/99.

O cômputo do tempo de serviço deverá observar a legislação vigente à época da prestação laboral, tal como disposto no § 1º, art. 70, do Decreto 3.048/99, com redação do Decreto 4.827/03. De tal sorte, as alterações legislativas posteriores deverão resguardar a contagem do período pretérito, de forma a não subtrair direitos já assegurados ao trabalhador. Assim, *o segurado que presta serviço em condições especiais, nos termos da legislação então vigente, e que teria direito, por isso, à aposentadoria especial, faz jus ao cômputo do tempo nos moldes previstos à época em que realizada a atividade. Isso se verifica à medida em que se trabalha. Assim, eventual alteração no regime ocorrida posteriormente, mesmo que não mais reconheça aquela atividade como especial, não retira do trabalhador o direito à contagem do tempo de serviço na forma anterior, porque já inserida em seu patrimônio jurídico* (REsp 425660/SC; DJ 05/08/02 p. 407; Relator Min. Felix Fischer).

Para os períodos anteriores à edição da Lei 9.032/95 (publicada em 29/04/95), não há necessidade de comprovação de exposição efetiva aos agentes nocivos, pois as exigências introduzidas pela nova lei não se aplicam retroativamente. A Instrução Normativa 84/INSS, publicada em 22/01/03 (DOU, Seção I, p. 29 e ss.), determina no art. 146 que os períodos trabalhados até 28/04/95 dispensam tal comprovação. Portanto, como já decidiu esta Turma, *o tempo de atividade nociva à saúde posterior a 28/04/95 somente será contado como tempo de atividade especial na forma do art. 57 da Lei 8.213/91, na redação dada pela Lei 9.032/95* (AMS 2000.01.00.072485-0/MG; Relator Juiz Antônio Sávio de Oliveira Chaves; Primeira Turma; DJ 11/03/02, p.61).

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Antônio Sávio de Oliveira Chaves e José Amilcar Machado.

Assim, antes da Lei 9.032/95 (28/04/95), o tempo de serviço especial era considerado: (I) em função da atividade profissional do trabalhador – havendo nesse caso presunção legal de exercício profissional em condições ambientais agressivas ou perigosas –, ou (II) devido à exposição a agentes insalubres relacionados pela legislação previdenciária, comprovada por formulários próprios, independentemente da profissão exercida. Portanto o reconhecimento do tempo de serviço especial pelo exercício de atividade profissional elencada nos decretos previdenciários regulamentares, independentemente da exposição efetiva aos agentes nocivos, é possível até o advento da Lei 9.032/95 (28/04/95).

Nesta linha a orientação do STJ. Confira-se:

Processual Civil e Previdenciário. Embargos de declaração. Omissão. Ocorrência. Tempo de serviço especial. Conversão. Exposição a agentes nocivos. Comprovação. Laudo pericial. Período anterior à Lei 9.032/95. Desnecessidade. Recurso não conhecido.

1. As Turmas que compõem a Egrégia Terceira Seção firmaram sua jurisprudência no sentido de que é garantida a conversão, como especial, do tempo de serviço prestado em atividade profissional elencada como perigosa, insalubre ou penosa em rol expedido pelo Poder Executivo (Decretos 53.831/64 e 83.080/79), antes da edição da Lei 9.032/95, independentemente da produção de laudo pericial comprovando a efetiva exposição a agentes nocivos.

2. Embargos acolhidos sem a atribuição de efeitos infringentes. (EDRESP 388707/SC; DJ:07/04/03 p. 310; Relator Min. Laurita Vaz)

Previdenciário. Recurso especial. Agravo regimental. Atividade sob condições especiais. Legislação vigente à época em que os serviços foram prestados. Conversão em comum do tempo de serviço especial. Lei 9.032/95 e Decreto 2.172/97. Agravo interno desprovido.

I – O tempo de serviço é disciplinado pela lei vigente à época em que efetivamente prestado, passando a integrar, como direito autônomo, o patrimônio jurídico do trabalhador. A lei nova que venha a estabelecer restrição ao cômputo do tempo de serviço não pode ser aplicada retroativamente.

II – (...).

III – *Até o advento da Lei 9.032/95, em 29/04/95, era possível o reconhecimento do tempo de serviço especial, com base na categoria profissional do trabalhador. A partir desta norma, a comprovação da atividade especial é feita por intermédio dos formulários SB-40 e DSS-8030, até a edição do Decreto 2.172 de 05/03/97, que regulamentou a MP 1.523/96 (convertida na Lei 9.528/97), que passou a exigir o laudo técnico.*

IV – (...).

V – Agravo interno desprovido. (AGREsp 493458/RS; DJ 23/06/03 p. 425; Relator Min. Gilson Dipp).

No caso dos autos, limitaram-se os autores a juntar cópias de anotações na

carteira de trabalho e comprovantes de depósito bancário referente ao mês de março de 2000, anterior à propositura da ação. Tais documentos, no entanto, não são suficientes para comprovar o exercício de atividade profissional considerada insalubre, perigosa ou penosa.

Em verdade, os decretos regulamentares (53.831/64 e 83.080/79) indicam as categorias de engenheiro químico, metalúrgico, de minas, civil e eletricista, além de profissionais que atuam em atividades de extração de petróleo. A prova dos autos, contudo, não faz alusão a tais profissões ou atividades. Os autores qualificam-se na CTPS como engenheiros estagiários (sem menção à especialidade), geólogos e geofísicos, profissionais não contemplados no rol dos regulamentos, portanto, não fazem jus ao enquadramento pretendido.

Pelo exposto, dou provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta, para julgar improcedente a ação. Custas e honorários advocatícios, fixados em R\$ 100,00 (cem reais), pelos autores.

É o voto.

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — Trata-se de remessa oficial, tida por interposta, e de recurso de apelação, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, insurgindo-se contra a respeitável sentença de fls. 100/102, que julgou procedente o pedido de reconhecimento do direito ao tempo de serviço prestado sob regime especial, condenando o INSS ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Iniciado o julgamento do recurso no dia 08/06/04, o eminente Relator, Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, deu provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta, para julgar improcedente o pedido.

Pedi vista, para melhor examinar a questão, e passo a proferir o meu voto.

Postulam os autores o reconhecimento do exercício de atividade especial, antes do advento da Lei 9.032/95, para fins de aposentadoria.

Apresentam para tanto, a fls. 20/65, cópias de suas carteiras de trabalho constando o exercício de atividades de engenheiro junto à empresa Petrobrás – Petróleo Brasileiro S/A.

Com efeito, a aposentadoria especial, benefício decorrente do trabalho realizado em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física do segurado, foi instituída pelo art. 31 da Lei 3.807/60, sendo concedida ao segurado que, con-

tando no mínimo 50 anos de idade e 15 anos de contribuições, 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.

O art. 31 da Lei 3.807/60 foi alterado pela Lei 5.440-A, que suprimiu o requisito idade de 50 anos para a aposentadoria especial.

Com o advento da Lei 5.890/73, ficou estabelecido que a aposentadoria especial seria concedida ao segurado que, contando no mínimo cinco de contribuições, tenha trabalhado durante 15, 20 ou 25 anos, pelo menos, conforme a atividade profissional, em condições que, para efeito, forem consideradas penosas, insalubres ou perigosas, por decreto do Poder Executivo.

Por sua vez, a Lei 8.213/91 regulou a aposentadoria especial através dos arts. 57 e 58. Na forma do art. 57, a aposentadoria especial era devida ao segurado que, atendida a carência de 180 contribuições e observada a regra de transição (art. 142), comprovasse o tempo de serviço exigido – 15, 20 ou 25 anos – conforme a intensidade da situação especial.

O art. 58, por sua vez, determinava que as atividades profissionais dotadas de condições de trabalho especiais, isto é, consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física, deviam ser arroladas em lei específica.

Entretanto firmou-se na jurisprudência o entendimento de que não importava o fato da atividade não estar descrita em lei específica, desde que a realização de perícia comprovasse as condições especiais em que a atividade era desempenhada. Nesse sentido, a Súmula 198 do extinto TFR, *in verbis*:

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.

Com a edição da Lei 9.032/95, foram acrescentados os §§ 4º e 5º ao art. 57 da Lei 8.213/91, passando ser necessária a demonstração real de exposição aos agentes nocivos, químicos, físicos ou biológicos, exigindo o INSS para quem implementasse os requisitos após 29/04/95, data da edição, além do formulário SB 40, a apresentação de laudo pericial. Confira-se:

§ 4º. O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício”.

§ 5º. O tempo trabalhado exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão, ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério do Trabalho e

da Previdência Social, para efeito e concessão de qualquer benefício.

O § 5º acima transcrito foi revogado pelo art. 28 da MP 1.663-10, de 28/05/98, impedindo, a princípio, toda e qualquer conversão, a despeito das injustiças que iria causar o fim abrupto da conversão. Na 13ª edição da Medida Provisória 1.663, foi inserida uma norma de transição, nos seguintes termos:

Art. 28. O Poder Executivo estabelecerá critérios para a conversão do tempo de trabalho exercido até 28 de maio de 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 de abril de 1995, e 9.528, de 10 de dezembro de 1997, e de seu regulamento, em tempo de trabalho exercido em atividade comum, desde que o segurado tenha implementado o percentual do tempo necessário para a obtenção da respectiva aposentadoria especial, conforme estabelecido em regulamento.

A referida medida provisória acabou sendo parcialmente convertida na Lei 9.711, de 20/11/98, tendo sido mantida a redação do art. 28, acima transcrito.

Por sua vez, o Decreto 2.782/98, fixou os percentuais mínimos de tempo de serviço especial, exercido até 28 de maio de 1998, necessários para que o segurado possa valer-se do preceito transitório, os quais equivalem a 20% (vinte por cento) do tempo requerido, ou seja, 3, 4 e 5 anos respectivamente para o tempo de serviço que enseja a aposentadoria especial com 15, 20 e 25 anos.

A Emenda Constitucional 20, de 16/12/98, assegura a contagem do tempo de serviço, cumprido, até que a lei discipline a matéria, como tempo de contribuição. Ao mesmo tempo, manteve em vigor os arts. 57 e 58 da Lei de Benefícios, na redação vigente à data da publicação da emenda, até edição de lei complementar que discipline estas atividades.

Sendo assim, não ficou vedada a conversão do tempo de serviço especial para quem atingiu os limites exigidos no Decreto 2.782/98 até 28 de maio de 1998.

Dessa forma, tendo sido implementadas as condições para o deferimento do benefício até 28/04/95, é possível a conversão do tempo de serviço comum para especial e do especial para comum, para o deferimento de qualquer benefício.

Se o implemento das condições para o deferimento do benefício ocorreu entre 29/04/95 e 28/05/98, não cabe a conversão do tempo de atividade comum para especial, somente podendo ser transformado o tempo especial para comum, qualquer que seja o tempo laborado em condições especiais.

Depois de 29/05/98, somente será possível converter o tempo de serviço especial exercido até 06/05/99, desde que seja implementado o percentual mínimo estabelecido no Decreto 2.782/98.

Por sua vez, o Decreto 3.048, de 06/05/99, republicado em 18/06/99, revo-

gou o Decreto 2.782/98 e regulamentou a Lei 9.711, estabelecendo no art. 70 o seguinte:

Art. 70. É vedada a conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum.

Parágrafo único. O tempo de trabalho exercido até 5 de março de 1997, com efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes constantes do Quadro Anexo ao Decreto 53.831, de 25 de março de 1964, e do Anexo I do Decreto 83.080, de 24 de janeiro de 1979, e até 28 de maio de 1998, constantes do Anexo IV do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 2.172, de 5 de março de 1997, será somado, após a respectiva conversão, ao tempo trabalhado exercido em atividade comum, desde que o segurado tenha completado, até as referidas datas, pelo menos vinte por cento do tempo necessário para a obtenção da respectiva aposentadoria, observada a seguinte tabela:

Tempo a Converter	Multiplicadores		Tempo Mínimo Exigido
	mulher (para 30)	homem (para 35)	
de 15 anos	2,00	2,33	3 anos
de 20 anos	1,50	1,75	4 anos
de 25 anos	1,20	1,40	5 anos

Com efeito, o art. 70 do Decreto 3.048/99, a pretexto de regulamentar a Lei 9.711/98, art. 28, estabelece restrições de duas ordens para que o segurado faça jus à conversão do tempo especial em comum. Primeiramente, veda a conversão de tempo de serviço a partir de maio de 1998, em segundo lugar, estabelece um percentual mínimo a ser atendido pelo segurado em atividade de natureza especial para ser somado ao restante do tempo considerado comum.

Entretanto verifico que tal dispositivo padece de flagrante inconstitucionalidade e ilegalidade. Dispõe o § 1º do art. 201 da CF/88:

É vedada 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.

Conclui-se, assim, que a Constituição Federal determinou expressamente a adoção de critérios distintos ao segurado que exercer atividades sujeitas a condições especiais. Ressalte-se que a Constituição Federal não exigiu que para fazer jus à contagem especial é necessário que todo o tempo seja laborado em tais condições.

Tem-se, ainda, que o Decreto 3.048/99 extrapolou os limites do dispositivo legal que visa a regulamentar, haja vista que a Lei 9.711, em seu art. 28 não estabeleceu a impossibilidade de conversão do tempo especial para comum, prestado antes ou após a sua vigência. Tão-somente autorizou o Poder Executivo a estabe-

lecer regras para a conversão do referido tempo, o que não redundaria na impossibilidade de fazê-lo.

De outro lado, a Medida Provisória 1.663-13, ao ser convertida na lei retro mencionada, teve suprimida a parte final, onde era revogado o § 5º do art. 57 da Lei 8.213/91, voltando o mesmo a vigorar, haja vista que sua retirada do mundo jurídico ocorreu por força da medida provisória não convertida em lei.

De fato, está expresso na Constituição Federal que as medidas provisórias perdem a sua eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

Destarte, o § 5º do art. 57 da Lei 8.213/91 está em plena vigência, sendo que, atualmente, não cabe mais dúvida quanto à possibilidade de conversão de todo o tempo trabalhado em condições especiais, para ser somado ao restante do tempo sujeito à contagem comum e, conseqüentemente, fazer jus à aposentadoria por tempo de serviço.

Com relação à necessidade de apresentação de laudo pericial, verifico que a Lei 9.032/95 não exigiu nenhum laudo pericial para comprovação das atividades desenvolvidas na empresa.

O art. 58 da Lei 8.213/91, nesta parte, não alterado pela Lei 9.032/95, por sua vez, dispôs que:

Art. 58. A relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica.

Entretanto a Lei 9.528/97 deu nova redação a este artigo, dispondo em seu § 1º que:

§ 1º. A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

A Lei 9.732/98 acrescentou ao final desse parágrafo a expressão “.... nos termos da legislação trabalhista”.

Sendo certo que a lei não pode regular para o passado, a exigência de laudo pericial somente poderia se dar a partir de 10/12/97, data da publicação da mencionada lei.

Ressalto, ainda, que nem mesmo após a referida alteração legislativa se tornou obrigatória a apresentação de laudo técnico para o requerimento do benefício mediante a contagem de tempo especial. As alterações introduzidas nos arts. 57 e 58 da Lei 8.213/91 explicitam que a empresa deve manter laudo técnico atualiza-

do, mas, ao segurado, cumpre apenas apresentar os formulários próprios, preenchidos com base em referidos laudos.

Esclareço que a Emenda Constitucional 20 ressaltou expressamente, no art. 3º, os direitos adquiridos daqueles que implementaram os requisitos para a aposentadoria antes de sua edição.

Assim, se o segurado preencheu todos os requisitos legais, provando-os, mantém o direito adquirido à prestação, independentemente do curso do tempo.

O Superior Tribunal de Justiça manifestou entendimento no sentido de que a eventual alteração no regime previdenciário, ocorrida posteriormente, não retira do trabalhador o direito à contagem do tempo de serviço na forma anterior, porque já inserida em seu patrimônio jurídico. Confira-se:

Previdenciário. Aposentadoria por tempo de serviço. Conversão de tempo especial em comum. Possibilidade. Lei 8.213/91, art. 57, §§ 3º e 5º.

O segurado que presta serviço em condições especiais, nos termos da legislação então vigente, e que teria direito por isso à aposentadoria especial, faz jus ao cômputo do tempo nos moldes previstos à época em que realizada a atividade. Isso se verifica à medida em que se trabalha. Assim, eventual alteração no regime ocorrida posteriormente, mesmo que não mais reconheça aquela atividade como especial, não retira do trabalhador o direito à contagem do tempo de serviço na forma anterior, porque já inserida em seu patrimônio jurídico. É permitida a conversão de tempo de serviço prestado sob condições especiais em comum, para fins de concessão de aposentadoria.

Recurso não conhecido. (STJ, 5ª Turma, REsp 433441/RN, Rel. Min. Felix Fischer, unânime, DJ 07/10/02).

Com efeito, destacou o eminente Relator Ministro Felix Fischer, ao proferir o voto condutor do acórdão:

O segurado que presta serviço em condições especiais, nos termos da legislação então vigente, e que teria direito por isso à aposentadoria especial, faz jus ao cômputo do tempo nos moldes previstos à época em que realizada a atividade. Isso se verifica à medida em que se trabalha. Assim, eventual alteração no regime ocorrida posteriormente, mesmo que não mais reconheça aquela atividade como especial, não retira do trabalhador o direito à contagem do tempo de serviço na forma anterior, porque já inserida em seu patrimônio jurídico.

Não há ainda que se falar em violação aos §§ 3º e 5º do art. 57 da Lei 8.213/91, porquanto a conversão do tempo de serviço operada era permitida pela legislação previdenciária. Com efeito, em sua redação original, o art. 57, § 3º, da Lei 8.213/91 permitia a conversão de tempo especial para comum e vice-versa. Posteriormente, a Lei 9.032/95 alterou a redação desse dispositivo, acrescentando o § 5º, referindo-se apenas à hipótese de conversão de tempo especial para comum. Mais tarde, o art. 68 do Decreto 2.172 dispôs

expressamente que “O tempo de atividade comum não será convertido para fins de aposentadoria especial.”

Sobre o tema, vale transcrever o comentário de Sérgio Pinto Martins (*Direito da Seguridade Social*, Atlas, 1999, 11ª Edição, p. 359):

O § 3º do art. 57 da Lei 8.213, na redação original, permitia a soma do tempo de serviço de maneira alternada em atividade comum e especial. A redação do § 5º do citado artigo, de acordo com a Lei 9.032, mencionava apenas a conversão do tempo especial para comum e não alternadamente, como explicitava a norma legal anterior, o que leva a crer que a conversão só pode ser feita do tempo de trabalho exercido em atividade especial para comum, e não do tempo comum para especial. O próprio § 4º do art. 57 da Lei 8.213 não mais previu a hipótese de contagem de tempo de serviço comum em especial, quer era o caso do dirigente sindical que anteriormente exercia atividade em condições adversas e no seu mister sindical não o faz. O art. 68 do Decreto 2.172 dispôs que o tempo de atividade comum não será convertido para fins de aposentadoria especial.

Como visto, a conversão de tempo de serviço a que se refere o venerando acórdão é perfeitamente cabível à luz da legislação, por que se transformou tempo de serviço prestado em condições especiais em comum. Não houve, portanto, violação aos dispositivos indicados pelo recorrente.

Assim, quem já obteve tempo de serviço exigido para a concessão da aposentadoria até a data de publicação da EC 20/98 continua sob o pálio da regra antiga. Poderão, pois, os autores, se aposentar em qualquer época, sem que haja necessidade da comprovação de idade mínima.

Há que se ressaltar a possibilidade de ser considerada insalubre, para fins de contagem de tempo especial, a atividade desenvolvida por engenheiro anteriormente à vigência da Lei 9.032/95, tendo em vista o disposto no item 2.1.1 do Quadro Anexo do Decreto 53.831/64, aplicando-se o critério da presunção legal por grupo profissional. Nesse sentido, manifestou-se a Terceira e a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Confira-se:

Previdenciário. Tempo de serviço em atividade prestada na condição de engenheiro civil anteriormente à vigência da Lei 9.032/95 para fins de aposentadoria especial. Insalubridade. Presunção legal com base no grupo profissional. Anexo II do Decreto 83.080/79, nos termos do art. 292 do Decreto 611/92. Prova do efetivo contato com agentes prejudiciais à saúde. Desnecessidade. Lei 5.527/68. Direito ao cômputo do tempo de serviço como atividade insalubre até a vigência da MP 1.523/96-1.

1. Ao tempo de serviço prestado por engenheiro civil anteriormente à vigência da Lei 9.032, de 28 de abril de 1995, aplica-se o critério da presunção legal por grupo profissional para a caracterização de natureza insalubre da atividade para fins de aposentadoria especial, sendo desnecessária a prova do efetivo contato com agentes prejudiciais à saúde.

2. Aos engenheiros civis é assegurado o direito à contagem do período compreendido entre a vigência da Lei 9.032/95 e a vigência da MP 1.523/96-

1 como de atividade especial, uma vez que a lei que trata da aposentadoria especial dos engenheiros civis (Lei 5.527/68) somente foi revogada pela MP 1.523/96-1, em seu art. 8º.

3. Apelação provida.

4. Precedente desta Corte (AC 188596/RN, Rel. Juiz Geraldo Apoliano, *DJU* 2/10/00, p. 681). (TRF-5ª Região, 4ª Turma, AMS 2000.05.00.054213-3/PB, Rel. Des. Federal Napoleão Maia Filho, *DJ* de 23/03/01, p. 1.208).

Previdenciário. Tempo de serviço especial. Engenheiro civil. Insalubridade. Presunção legal.

1. No período assinalado pelo autor, a insalubridade nas atividades de engenharia civil gozava de presunção legal por força do disposto na Lei 5.527/68 e no Decreto 53.831/64.

2. A edição da Lei 9.032/95, que modificou a Lei 8.213/91, passando a exigir a efetiva comprovação da exposição a ambiente de trabalho insalubre para efeitos de aposentadoria especial, não foi suficiente para atingir os engenheiros civis, que se encontravam regidos por legislação específica, só revogada por norma posterior (MP 1.523/96).

3. O apelante faz jus à contagem do tempo de serviço como especial até a edição da MP 1.523/96, em face da presunção legal então vigente.

4. Apelação provida. (TRF-5ª Região, 3ª Turma, AC 2000.85.00.001594-9/SE, Rel. Des. Federal Paulo Gadelha, *DJ* de 24/01/02, p. 803).

Previdenciário. Engenheiro mecânico da Petrobrás. Tempo de serviço anterior à Lei 9.032/95. Atividade periculosa. Comprovação.

– De acordo com o disposto na redação original do art. 57 da Lei 8.213/91, tem direito à aposentadoria especial “o segurado que tiver trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”.

– O segurado que cumpre as exigências legais faz jus ao reconhecimento do tempo do serviço laborado como especial e a sua conversão em comum.

– O direito dos engenheiros ao reconhecimento de suas atividades como perigosas se alicerça por força de presunção legal criada pelo Código 2.1.1, do quadro referente ao art. 2º do Decreto 53.831/64 e pelo Código 2.1.1 do Anexo II do Decreto 83.080/79.

– A Lei 9.032/95, alterou o art. 57 da Lei 8.213/91, passando a exigir do segurado a comprovação da prestação do serviço em condições especiais. A referida lei não pode retroagir para negar direito do segurado, face o princípio da irretroatividade das leis.

– Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF-5ª Região, 3ª Turma, AC 2001.84.00.005147-6/RN, Rel. Des. Federal Nereu Santos, *DJ* de 27/03/03, p. 403).

Resta calcular o tempo de serviço dos autores, mediante análise dos documentos constantes dos autos.

Os documentos de fls. 20/65 comprovam que os autores exerceram atividades insalubres de engenheiro, expostos a agente nocivos, sendo:

a) Paulo Anchieta Masiero, no período compreendido entre 24/01/79 a 28/04/95, na empresa Petróleo Brasileiro S/A;

b) Martinho Sobral Rocha, no período compreendido entre 24/01/71 a 18/12/74, na empresa Irfasa S/A e no período compreendido entre 02/01/75 a 28/04/95, na empresa Petróleo Brasileiro S/A;

c) José Francisco dos Santos Correa, no período compreendido entre 27/07/79 a 28/04/95, na empresa Petróleo Brasileiro S/A;

d) Mário Pompeu Cavalcanti Filho, no período compreendido entre 21/01/74 a 28/04/95, na empresa Petróleo Brasileiro S/A.

Há que se ressaltar que os autores Guilherme Gomes de Vasconcelos, Fausto de Lima Rocha, Athos José Mahfuz Fontanari, Afonso Eugênio de Oliveira Esteves, Nivaldo Rafael, Aimbere Carlos Chinappi Flores, não comprovaram o exercício da atividade de engenheiro, não fazendo jus, portanto, ao reconhecimento da natureza especial do tempo de serviço prestado.

Com efeito, os referidos autores comprovaram o exercício das atividades de geofísico e geólogo, atividades estas não abrangidas no item 2.1.1 do Quadro Anexo do Decreto 53.831/64.

a) Guilherme Gomes de Vasconcelos, geofísico;

b) Nivaldo Rafael, geofísico;

c) Fausto de Lima Rocha, geofísico;

d) Afonso Eugenio de Oliveira Esteves, auxiliar de geofísico;

e) Athos José Mahfuz Fontanari, geólogo;

f) Aimbere Carlos Chinappi Flores, geólogo.

Dessa forma, comprovado o trabalho dos autores Paulo Anchieta Masiero, Martinho Sobral Rocha, José Francisco dos Santos Correa, Mário Pompeu Cavalcanti Filho, nas atividades de engenheiro em período anterior a 28/04/95, expostos a agentes nocivos à própria saúde, têm, os mesmos, direito ao reconhecimento da natureza especial do tempo de serviço prestado, com a correspondente averbação do período para fins de aposentadoria.

Com essas considerações, peço vênha ao eminente Relator para dar parcial provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, tida por interposta, em rela-

ção aos seguintes autores: Paulo Anchieta Masiero, Martinho Sobral Rocha, José Francisco dos Santos Correa, Mário Pompeu Cavalcanti Filho, nas atividades de engenheiros na empresa Petróleo Brasileiro S/A, no período anterior a 28/04/95, acompanhando o Relator em relação aos demais.

É o meu voto.

Segunda Turma

Agravo de Instrumento

2002.01.00.003119-5/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian

Agravantes: Glauco Bezerra Nogueira e outros

Advogado: Dr. Ibaneis Rocha Barros Júnior

Agravada: União Federal

Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero

Publicação: DJ 2 13/12/04

Ementa

Processual Civil. Intimação de sentença. Publicação resumida. Renovação de prazo. Possibilidade.

I. Conclusão de que os autores tiveram sucesso no pleito, por publicada decisão de que “acolhidos os embargos de declaração” quando interpostos da sentença que anteriormente julgara improcedente a ação, com expresse pedido de atribuição de efeitos modificativos.

II. Resumido o texto de publicação da parte dispositiva da sentença, na nota de expediente, não pode se considerar dela intimadas as partes, já que foram induzidas em erro.

III. Agravo de instrumento provido, republicação da sentença e devolução aos autores do prazo de apelação, determinadas.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento.

2ª Turma do TRF-1ª Região – 17/11/04.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — Os autores ingressaram com o presente agravo de instrumento contra a respeitável decisão do MM. Juízo Federal da 17ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, nos autos da Ação Ordinária 2000.34.00.0368007-1, indeferiu-lhes o pedido de devolução de prazo e republicação de sentença.

2. Em razões de recurso, sustentam os agravantes que, mesmo que a publicação da sentença seja feita de forma reduzida, deverá conter o correto conteúdo decisório, o que não aconteceu no presente caso, devendo esta publicação ser anulada e providenciada nova publicação, com a devolução do prazo à parte prejudicada, dentre outros fundamentos.

3. Contraminuta de fls. 44/47.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — Os autores/ agravantes, servidores do Poder Executivo, opuseram embargos de declaração com efeitos modificativos contra sentença que julgou improcedente o pedido de pagamento e atualização das parcelas de quintos/décimos adquiridas pelo efetivo exercício de função comissionada junto ao Poder Judiciário, nos seguintes termos:

(....)

Para que sejam supridas as contradições e obscuridades existentes, nos termos do art. 535 do CPC e demais disposições legais, pelos fundamentos jurídicos a seguir expostos:

A respeitável sentença encontra-se inserida em contexto diferenciado da fundamentação e jurisprudência constante dos autos, sendo verdade que como se encontra a prestação jurisdicional buscada deixou de ser efetivada, cabendo a esse honrado Juízo suprir a contradição detectada, afastando o pronunciamento mencionado e os efeitos que possa produzir.

A proteção buscada é no sentido de que os servidores do Poder Executivo, ex-servidores do Poder Judiciário, tenham direito ao pagamento e atualização das parcelas de quintos/décimos adquiridos pelo efetivo exercício de

*N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves e a Exma. Sra. Juíza Ivani Silva da Luz (convocada).

função comissionada junto a este Poder, uma vez que o Plano de Carreira do Poder Judiciário se deu de forma parcelada, bem como pelo Executivo não pagar as funções comissionadas na forma adquirida, mas sim através de tabela de correlação que não condiz com a realidade das funções exercidas.

A matéria ventilada é objeto de recente decisão do TCU, sendo que em oportunidade anterior o STF já havia se manifestado quanto à forma de pagamento das incorporações de quintos/décimos afirmando a sua manutenção na forma efetivamente adquirida, consoante decisões que abaixo transcrevemos, *verbis*:

“TCU

Decisão 480/00 – TCU – Plenário.

O Tribunal Pleno, com fundamento na letra *s* do inciso I do art. 19 do Regimento Interno, e diante das razões expostas pelo Relator, decide rever a Decisão 578/98 – TCU – Plenário, para, tornando-a sem efeito, deferir o pedido do interessado, a fim de que sejam atualizados os valores relativos a quintos a que faz jus, decorrentes da função comissionada exercida no Poder Judiciário, de acordo com a Lei 9.421/96.”

“STF

Ementa: *Constitucional. Administrativo. Servidor público. Quintos ou décimos: incorporação. Servidor da Câmara dos Deputados. Lei 8.112/90, art. 62; Lei 8.911/94, art. 3º; MP 1.480-28/97, art. 1º.*

I – Servidor afastado para servir em outros órgãos, onde exerceu funções comissionadas: pretensão de incorporação de quintos, ou décimos, com base na remuneração de funções equivalentes do quadro de pessoal da Câmara: pretensão que não encontra amparo na lei: a mencionada vantagem funcional deverá ser calculada sobre a remuneração efetivamente exercida: Lei 8.112/90, art. 62; Lei 8.911/94, art. 3º; MP 1.480-28/97, art. 1º.”

Verificamos e reconhecemos que não existe direito adquirido a regime jurídico, devendo, no entanto, serem preservados os direitos adquiridos, sendo verdadeiro afirmar que o exercício da função comissionada dá ao servidor o direito à manutenção do valor da incorporação em conformidade com o seu valor.

Sendo estas as questões que merecem pronunciamento explícito por parte de Vossa Excelência é que pedimos sejam os presentes embargos de declaração conhecidos e providos, requerendo sejam adotadas as medidas cabíveis para que se sanem as contradições apontadas, imprimindo efeito modificativo ao julgado, por ser medida da mais lúdima Justiça.

(...)

2. A MM. juíza acolheu os embargos tão-somente para alterar a fundamentação do *decisum*, mas não lhes atribuiu efeitos modificativos. Todavia, consoante praxe de se publicar, para fins de intimação, somente o resumo, da parte dispositiva, a nota de expediente ficou assim:

A Excelentíssima Senhora Juíza exarou a sentença: acolho os presentes embargos.

3. Diante de tal assertiva os autores, ora agravantes, entenderam que a sentença tinha sido modificada e, via de conseqüência, tinham sido vitoriosos na demanda. Dessa forma, quedaram-se inertes, aguardando o decurso de prazo de recurso da União.

4. Entendo que, na realidade, a redação do dispositivo e sua publicação resumida induziram os agravantes em erro. No caso na decisão publicada deveria constar que os embargos tinham sido acolhidos em parte.

5. Portanto não pode prevalecer, no caso concreto, o entendimento da União, *in verbis*:

(....)

Vê-se que a decisão agravada (fls. 34/35) teve como fundamentação a regularidade da publicação, de forma resumida, da prefalada sentença, inclusive, o transcurso de quase dois meses (29/08/01 a 22/10/01) em que ela permaneceu na vara sem qualquer manifestação dos agravantes.

Substancialmente, ainda que na remota hipótese de ser apreciado o presente recurso, tem-se que nenhum direito assiste aos agravantes.

Como cediço, nada obsta a publicação em resumo da sentença, desde que devidamente identificáveis o processo e as partes, com os seus patronos, do que não se queixam os agravantes.

Além disso, segundo assentado na respeitável decisão agravada, a sentença em questão fora publicada em 29/08/01, e os autos remetidos à AGU em 22/10/01 (fls. 30). Porém, os ora agravantes somente em 31/10/01 se deram conta de que acolhida de seus embargos não tivera a dimensão esperada (fls. 31/32).

Portanto nenhuma razão cumpre aos agravantes, pelo que a decisão atacada afigura-se acima de qualquer censura.

(....)

Pelo exposto, dou provimento ao agravo de instrumento, determinando a republicação da sentença dos embargos de declaração, devolvendo-se às partes, o prazo para interposição de recurso.

É como voto.

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: – Sr. Presidente, acompanho Vossa Excelência, porque, realmente, a meu sentir a intimação não retratou o

efetivamente deliberado nos embargos declaratórios, fazendo razoável a alegação de indução em erro.

Terceira Turma

Apelação Criminal

2001.01.00.046953-4/AM

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes
Apelante: Wanderley Penha do Nascimento (réu preso)
Apelante: Luiz Muraiães Pereira (réu preso)
Apelante: João dos Santos Silva (réu preso)
Apelante: Jonas Gonçalves Pontes (réu preso)
Apelante: Modestino Souza de Assis (réu preso)
Advogado: Dr. Gedeon Rocha Lima
Apelante: Oscar de Almeida Castelo Branco (réu preso)
Advogado: Dr. José Gilberto de Souza Luzeiro
Apelado: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Sérgio Monteiro Medeiros
Publicação: DJ 2 de 10/12/04

Ementa

Penal e Processual Penal. Crime de genocídio. Competência do juiz singular. Prova da autoria. Individualização da pena. Agente primário e sem antecedentes. Apelação: efeito extensivo.

I. O crime de genocídio, tipificado na Lei 2.889, de 1º/10/56, não tem como bem jurídico tutelado a vida, considerada em si mesma, em ordem a atrair a competência do Tribunal do Júri (CF – art. 5º, inciso XXXVIII), e sim uma etnia, a vida de grupos humanos raciais, religiosos ou nacionais, configurando-se como um crime contra a humanidade, devendo ser julgado pelo juiz singular. Precedente do STJ (Recurso Especial 222.653/RR – DJ 30/10/00).

II. “O genocídio é uma negação ao direito à existência de grupos humanos inteiros, enquanto que o homicídio é a negação do direito à vida de um indivíduo” (Assembléia Geral da ONU – 1946).

III. Tendo a sentença, concreta e objetivamente, demonstrado, pela análise da prova dos autos, a participação dos agentes no crime – morte e desaparecimento de indígenas e lesões corporais em membros da etnia –, é de confirmar-se a conde-

nação, exceto quanto à pena privativa de liberdade aplicada, que, em se tratando de acusados primários e sem antecedentes, foi posta, sem a devida justificativa, em patamares muito superiores ao mínimo legal de 12 (doze) anos.

IV. Não abonando a prova, por ilação lógica e objetiva, a afirmativa do julgado, de que um dos agentes contribuíra com o crime através do oferecimento de apoio logístico, propiciando aos acusados transporte (em barcos), combustível, armas e munições, é de dar-se pela absolvição (art. 386, VI – CPP). No concurso de agentes, a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos demais (art. 580 – CPP).

V. Provimento da apelação de um dos acusados, para fins de absolvição, e parcial provimento do recurso dos demais, para fins de redução de pena. Extensão do resultado aos acusados que não recorreram.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar provimento à apelação do acusado Oscar de Almeida Castelo Branco, para absolvê-lo das imputações da denúncia; por maioria, dar parcial provimento à apelação dos demais acusados, para reduzir-lhes a pena para 12 (doze) anos de reclusão; e, à unanimidade, estender o resultado do julgamento aos acusados que não apelaram, ou que tenham desistido do recurso interposto.

3ª Turma do TRF-1ª Região – 27/10/04.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Cuida-se de apelação interposta por Wanderley Penha do Nascimento, Luiz Muraiães Pereira, João dos Santos Silva, Jonas Gonçalves Pontes, Modestino Souza de Assis e Oscar de Almeida Castelo Branco (cf. peças de fls. 1.705/1.720), inconformados com a sentença de fls. 1.509/1.594, que os condenou nas penas do crime de genocídio – o primeiro a 25 anos, o último a 24 anos e os demais a 20 anos de reclusão –, definido na Lei 2.889, de 1º de outubro de 1956, perpetrado contra indígenas da etnia Tikuna. Segundo a denúncia, oferecida na 1ª Vara Federal – AM, contra catorze pessoas:

Consta dos autos que por volta das 8:30 horas do dia 28 de março de 1988, vários índios da etnia Tikuna, das comunidades de Porto Espiritual, Porto Lima, Bom Pastor e São Leopoldo, dirigiram-se à casa do índio Flores, localizada numa gleba conhecida como “Boca do Capacete”, a fim de darem

solução ao desaparecimento de um boi, aguardando, para tanto, a chegada do advogado da Funai e dos Capitães das respectivas comunidades que haviam se deslocado até o Município de Tabatinga para contactarem com as autoridades.

2. Quando ali ainda permaneciam, por volta das 13:00 horas, sem que as pessoas aguardadas tivessem chegado, vários civilizados fizeram-se presentes no local, armados, desencadeando um massacre que resultou na morte comprovada de quatro indígenas.

3. Conforme declaração de um dos civilizados que participou da chacina (Francisco Rodrigues de Souza), e assim afirmaram as vítimas baleadas que conseguiram sobreviver, se faziam presentes no local várias mulheres e crianças indígenas.

4. Apesar de não estarem com ânimo de causarem qualquer lesão ou entrarem em confronto bélico com os civilizados, foram os indígenas massacrados numa verdadeira chacina que manifestou a vontade de destruição de parte de grupo nacional étnico.

5. Na chacina, conforme se verifica nos autos persecutórios anexos, concentraram-se no pólo ativo civilizado, residentes no Município de Benjamin Constant, e no pólo passivo indígenas, tendo sido esses vítimas do massacre que teve sua origem no fato deles serem da etnia Tikuna, detentora de usufruto de área tradicionalmente por eles ocupadas e habitada em caráter permanente.

6. Dentre as pessoas que participaram de forma direta e indireta do crime, foram identificados os denunciados acima nominados, os quais demonstram que se associaram previamente para o confronto na arregimentação de pessoas com o fim de aproveitarem a oportunidade da reunião das comunidades da etnia Tikuna, acima referidas, e dizimarem parte de seu povo, usando de uma estratégia de provocação para legalizar a consumação do fato pela legítima defesa, o que não ocorreu em virtude dos indígenas não esboçarem qualquer atitude violenta, tendo sido, mesmo assim, perseguidos e caçados.

Na seqüência, a peça inaugural, oferecida em 16 de dezembro de 1991, passa a descrever a participação de cada um dos 14 acusados, terminando por afirmar que:

Patente a materialidade, ressaltando-se evidente a autoria, pois foram os membros das Comunidades Indígenas Porto Espiritual, Porto Lima, Bom Pastor e São Leopoldo – todas da etnia Tikuna – perseguidos e massacrados por civilizados, resultando da chacina a morte comprovada de quatro indígenas – Natalino Manoel Joaquim, Juca Luciano, Marco Anísio Galdino e Raimundo Mariano –, lesão corporal em dezoito indígenas, inclusive em criança (fls. 53), mais o desaparecimento de vários índios – tendo sido seus corpos, provavelmente, levados pela correnteza do rio – dentre os quais podemos citar Valentin, Batista, de 12 anos de idade, Depan de seis anos de idade, Lourenço e Jordão, despontando, assim, a prática de genocídio. (Cf. denúncia, fls. 5, item 21.)

Sustentam os 5 (cinco) primeiros recorrentes, na peça apelatória de fls. 1.705/1.716, em resumo, preliminarmente, que houve cerceamento de defesa, pois o seu defensor, mesmo regularmente constituído, não teve oportunidade de retirar os volumosos autos da Secretaria, sendo-lhe permitido somente a consulta no recinto do órgão, o que foi humanamente impossível, dada a grande movimentação de pessoas no local; e que o seu defensor nunca foi intimado dos atos processuais, tendo o Juízo, por outro lado, nomeado defensores dativos a acusados que tinham defensores constituídos.

No mérito, afirmam que durante muitos anos os ribeirinhos tidos como civilizados viveram em harmonia com os indígenas da etnia Tikuna, oriunda do Peru e que ao longo do tempo desceu o Rio Amazonas daquele país para as terras brasileiras, sendo mesmo comuns os casamentos entre indígenas e os chamados civilizados; que isso aconteceu até que chegaram à região organizações internacionais de “proteção” aos índios, com os mais diferentes nomes, entre elas a Funai, quando os Tikunas, insuflados por tais instituições, passaram a hostilizar os civilizados, invadindo suas terras, muitas das quais com centenários títulos de domínio, ameaçando expulsá-los, fazendo com que todos andassem assombrados com as ameaças, ensejando seguidos pedidos de providências às autoridades federais e estaduais de Tabatinga/AM, para evitar as invasões e saques de mantimentos e móveis nas suas propriedades; e que os indígenas, nessas oportunidades, sempre usavam a técnica da canoada, pela qual enchiam suas canoas de mulheres, crianças, gatos, cães e animais domésticos e simplesmente encostavam nas propriedades dos “civilizados” e delas os expulsavam, deixando-os ao relento e sem ter para quem apelar.

Prosseguindo, afirmam que nesse clima é que um inconseqüente advogado da Funai insuflou os Tikunas a promover a “reunião do boi”, envolvendo 150 índios, exatamente nas terras do agricultor civilizado Oscar Castelo Branco – um dos recorrentes –, no lugar denominado “Boca do Capacete”, onde residiam e trabalhavam dezenas de agricultores posseiros, que tudo podiam admitir, menos perder suas casas, bens, posses e sua história; que, para essa reunião, no dia 28/03/88, os silvícolas, em cinco canoas movidas a motor, chegaram à casa do índio Flores, nas terras de Oscar Castelo Branco, em momento em que este não estava presente, tendo aguardado – eles os apelantes – por mais de duas horas para saber o que eles queriam; e que, nesse clima, o posseiro Damião Franco, um dos condenados, houve por bem dirigir-se aos indígenas para saber o motivo da sua presença, no que foi surpreendido com uma porretada nas costas, da parte de um deles, entretanto que motivou a intervenção do também posseiro João Comprido, que também foi recebido a porretadas, sendo também ferido na perna por facão.

Em tais circunstâncias – dois posseiros sendo agredidos violentamente pelos índios –, observam que o menor de 15 anos Valney Rodrigues Ferreira, filho

de uma índia Tikuna com o apelante Jonas Gonçalves Pontes, armou-se de uma espingarda e a disparou, tentando afugentar os agressores, gerando-se daí um conflito generalizado, com a intervenção de outros posseiros, do que resultou a morte de quatro indígenas e ferimentos em outras pessoas, dos dois lados; e que o fato ocupou espaço na imprensa mundial, tendo os apelantes, a parte mais fraca no processo, diante do poder da mídia, das instituições nacionais e internacionais de “proteção aos índios”, sido transformados em genocidas e condenados a penas exacerbadas, quando os indígenas é que provocaram o conflito.

Nesse ponto – aplicação da pena –, e finalizando o recurso, sustentam que, prevalecendo a vontade da mídia nacional ou internacional, a sentença lhes impôs pesadas penas, deixando de lado a condição de homens primários e sem antecedentes criminais, com famílias constituídas e residências fixas, pois, num tipo onde o mínimo legal é de 12 anos de reclusão, receberam penas entre 20 e 25 anos de reclusão, sem a devida justificativa, pedindo a absolvição ou, sucessivamente, que seja a pena privativa de liberdade reduzida para o mínimo legal de 12 anos.

O recorrente Oscar de Almeida Castelo Branco, na peça apelatória de fls. 1.718/1.720, alega, preliminarmente, que o Ministério Público Federal, descumprindo a lei, arrolou testemunhas além do permitido, ensejando a nulidade do processo, que também ocorreria, segundo sustenta, pelo fato de terem sido anexados aos autos peças processuais produzidas por entidades estranhas ao processo. Ainda em preliminar, argúi a incompetência do juiz singular para o processo e julgamento, que competiria ao Tribunal do Júri, nos termos da Constituição Federal.

No mérito, afirma, pedindo a absolvição, que não cometeu o crime de genocídio, até mesmo porque estava ausente do local dos acontecimentos, no interior do Município de Benjamin Constant – AM, pois naquele dia esteve na sede do Município onde, depois de fazer compras, deslocou-se para a cidade de Tabatinga, como restou confirmado por duas testemunhas ouvidas e pelo informante Valney Ferreira Pontes.

Processados os recursos, ascendem os autos a este Tribunal, manifestando-se o Ministério Público Federal nesta instância, em parecer firmado pelo Procurador Regional da República Dr. Augusto Aras, pela manutenção da sentença. (Cf. parecer de fls. 1.759/1.768.)

É o relatório. Sigam os autos ao exame do eminente revisor, nos termos regimentais.

Voto Revisor

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Como se vê, trata-se de apelação interposta por Oscar de Almeida Castelo Branco, Wanderley Penha do Nas-

cimento, Luiz Muraiães Pereira, João dos Santos Silva, Jonas Gonçalves Pontes e Modestino Souza de Assis, condenados a 20 (vinte) anos de reclusão e multa pelo crime de genocídio previsto na Lei 2.889/56.

Primeiramente, como apontado pelo Relator, a competência do Tribunal do Júri para julgar o presente caso restou afastada em acórdão emanado no STF, a fls. 306/311, que entendeu que a hipótese traz como objeto jurídico uma etnia, os índios da tribo Tikuna, e não propriamente a vida. Portanto, indiscutível a competência do juízo apelado.

Afasto a alegada nulidade quanto à negativa de vista dos autos fora da Secretaria da 1ª Vara Federal/AM, por não ter sido argüida no momento oportuno, ou seja, na fase do art. 500 do CPP. Além disso, veio desacompanhada de prova do efetivo prejuízo.

No que pertine à inquirição das testemunhas pelo Ministério Público em número superior ao permitido em lei, a sentença analisou detidamente a questão, chamando a atenção para o fato de que as mesmas eram, na verdade, vítimas do delito e sendo assim não há um limite numérico e que, mesmo que fossem testemunhas, isso seria uma mera irregularidade, conforme entendimento jurisprudencial dominante.

Finalmente, quanto à anexação de peças produzidas por estranhos à relação processual – entidades estranhas ao processo, também foi objeto de exame pela magistrada que indeferiu fundamentadamente o seu desentranhamento, ressaltando que as partes de tudo tiveram ciência para poder contraditar. Além do mais, não lograram os apelantes aqui também demonstrar qualquer prejuízo.

Acompanho, portanto, o eminente Relator e rejeito todas as preliminares.

Com relação à materialidade, não há qualquer dúvida, uma vez que do tumulto generalizado que se formou na propriedade dita do acusado Oscar Castelo Branco resultou a morte de 4 (quatro) indígenas. Embora o episódio aponte mais para o crime de homicídio, uma vez que não restou evidenciada a finalidade dos agentes de exterminar a etnia Tikuna, o Supremo Tribunal Federal já decidiu a questão.

A autoria dos apelantes Wanderley Penha do Nascimento, Luiz Muraiães Pereira, João dos Santos Silva, Jonas Gonçalves Pontes e Modestino Souza de Assis também é indiscutível como bem concluiu o eminente Relator. No entanto também entendo que a reprimenda aplicada aos acusados foi exacerbada, tendo em vista que o tipo descrito no art. 1º da Lei 2.889/56 prevê uma pena que varia de 12 a 30 anos de reclusão. A sentença fixou a todos a pena-base de 20 (vinte) anos de reclusão e na análise do art. 59 fez as mesmas considerações para cada um dos acusados.

Sabe-se que o caso teve repercussão nacional e internacional, o que pode ter influenciado a magistrada a impor-lhes pena pesadíssima. Assim, para que a sanção saia do mínimo legal é preciso se analisar as circunstâncias judiciais que autorizem esse aumento.

Da leitura do exame feito pela julgadora do art. 59 do CP, noto que o mesmo não foi observado, nos termos em que preconiza a lei penal. Afirmações como “Aqui, perde qualquer relevância a primariedade do réu, visto que a prática de fatos deste jaez revela uma personalidade violenta e destituída de um mínimo sentimento de solidariedade, com total desprezo à dignidade e à existência de grupos humanos em sociedade” revela a subjetividade das considerações feitas pela julgadora para se distanciar a pena do mínimo legal. Ora, o tipo, por si só, já é grave, tanto que sua pena mínima é de 12 (doze) anos, ou seja, o dobro da prevista para o homicídio simples. Então, fundamentos como: “o infamante propósito de exterminar grupo étnico nacional e a forma cruel como foi executado”, ou a “atitude preconceituosa e desumana” dos denunciados não servem para majorar a reprimenda porque tais são as características de qualquer crime de genocídio e por isso a lei penal já prevê uma pena-base alta.

Além de colocar de lado a questão dos acusados serem primários, também desconsiderou a magistrada o fato deles não serem portadores de maus antecedentes. Certamente, o grau de censurabilidade da conduta dos acusados é acentuado, mas há de se ressaltar o clima de tumulto generalizado onde culminou com a morte dos indígenas Tikunas. Portanto as circunstâncias judiciais são, em sua maioria, favoráveis aos acusados. Não havendo nos autos elementos que justifiquem o aumento de 8 (oito!) anos acrescido ao mínimo legal.

Não se pode perder de vista que a pena deve refletir a medida da reprovabilidade da conduta dos acusados, nem aquém, nem além. A agravante prevista no art. 62, I, do CP e aplicada ao réu Wanderley Penha do Nascimento deve ser afastada, uma vez que na situação conflituosa em que se deram os fatos, não é possível se atribuir a um ou a outro a responsabilidade por promover ou organizar a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes. Entendo, assim, razoável a fixação da pena-base em 12 anos de reclusão a cada um dos apelantes, a qual torno definitiva, à míngua de circunstâncias atenuantes, agravantes, causas de aumento ou de diminuição.

No que pertine ao apelo do réu Oscar de Almeida Castelo Branco, entendo, como o Relator, que a conclusão da sentença de que o réu tenha participado “decisivamente para a realização da empreitada criminosa, ... ao fornecer os meios materiais para o cometimento do crime praticado contra o grupo étnico Ticuna...” não encontram apoio no contexto probatório dos autos. É consabido que a prova para condenar precisar ser clara, cabal, plena. Não sendo assim, a absolvição do acusado é medida que se impõe, com espeque no art. 386, III, do CPP.

Ante o exposto, acompanho o eminente Relator e dou provimento ao apelo do acusado Oscar de Almeida Castelo Branco para, reformando a sentença, absolvê-lo, com fulcro no art. 386, inciso VI, do CPP; e, dou parcial provimento ao apelo dos réus Wanderley Penha do Nascimento, Luiz Muraires Pereira, João dos Santos Silva, Jonas Gonçalves Pontes e Modestino Souza de Assis para reduzir-lhes a pena para 12 (doze) anos de reclusão, mantida a sentença quanto ao mais, estendendo-a com relação aos demais acusados.

É como voto.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — 1. Preliminares – Alega o apelante Oscar de Almeida Castelo Branco que o processo versa sobre crime contra a vida, cuja competência para o processo e julgamento é do Tribunal do Júri (fls. 1.719), o que, num primeiro momento, chegou a ser aceito pelo Juízo da 1ª Vara Federal/AM, no despacho de fls. 985/989 (mantido pelo de fls. 1.054/1.058), com base em precedente desta Turma, na ACr 17.140 – 0/RR, Relator o Juiz Osmar Tognolo, mas que depois foi revisto, à luz de precedente do STJ, conforme consta do despacho de fls. 1.096/1.098, do qual não consta que tenha havido recurso.

De qualquer forma, tratando-se de questão de competência, pode ela ser examinada a todo tempo, por cuidar-se de pressuposto processual, reexame que faço para confirmar o entendimento do Juízo apelado, posto no referido despacho de fls. 1.096/1.098, por considerar que o crime de genocídio, aqui dado como configurado pelo STF, no acórdão de fls. 353/362, que reformou acórdão da 4ª Turma deste Tribunal (fls. 306/311), não tem como objeto jurídico propriamente a vida, considerada em si mesma, em ordem a atrair a competência do Tribunal do Júri (CF – art. 5º, inciso XXXVIII), e sim uma etnia, a vida de grupos humanos raciais, religiosos ou nacionais, configurando-se como um crime contra a humanidade, praticado contra o Direito Internacional.

“O genocídio é uma negação ao direito à existência de grupos humanos inteiros, enquanto que o homicídio é a negação do direito à vida de um indivíduo”, como proclamou a Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1946 (cf. pronunciamento do MPF, a fls. 996/1.019), não procedendo a alegação do recorrente, valendo consignar, por oportuno, que o STJ, no Recurso Especial 222.653/RR, tirado de acórdão desta Turma, que, em caso de genocídio, dera pela competência do Júri, entendeu que a competência para o processo e julgamento é do juiz federal singular.¹

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Cândido Ribeiro e Tourinho Neto.

Diga-se o mesmo das preliminares, a começar pela alegação de negativa de vista dos autos fora do recinto da Secretaria da 1ª Vara Federal/AM, que, além de não ter tipicidade legal como nulidade (art. 564 – CPP), não é alegada com a demonstração concreta e real de prejuízo, não tendo sido, de resto, argüida nas alegações finais, o que também se aplica à alegação de que o defensor dos apelantes não teria sido intimado dos atos processuais, quando ele próprio manifesta apelação!

Sobre a inquirição de testemunhas além do número legal, pelo Ministério Público Federal, a sentença examinou a questão exaustivamente, afirmando que as alegadas testemunhas na verdade eram vítimas do delito, que podem ser ouvidas sem limitação numérica; e que, mesmo que de testemunhas se tratasse, o fato não passaria de mera irregularidade, conforme têm entendido os precedentes. (Cf. sentença, a fls. 1.028/1.030.)

A julgadora examinou detidamente, outrossim, a alegação de que aos autos foram anexadas peças produzidas por estranhos à relação processual – entidades alheias ao processo –, para indeferir pedido de desentranhamento, salientando, inclusive, que de tudo as partes tiveram ciência para eventual contradita (fls. 1.530/1.531), o que tenho como suficiente para rejeitar a preliminar de nulidade, que, de resto, e como já dito, é posta num plano apenas formal, sem demonstração de prejuízo. Rejeito, portanto, todas as preliminares.

2. Mérito – Examinou primeiramente a apelação dos acusados Wanderley Penhado Nascimento, Luiz Muraires Pereira, João dos Santos Silva, Jonas Gonçalves Pontes e Modestino Souza de Assis, veiculadas conjuntamente na peça de fls. 1.705/1.716, na qual, sem muita definição de fundamentos, pedem a absolvição ou, sucessivamente, a redução das penas privativas de liberdade para o mínimo legal.

Em relação ao primeiro, Wanderley Penha do Nascimento, disse o Ministério Público Federal, na denúncia, que:

.... foi apontado por várias pessoas, dentre índios e civilizados, como um dos autores da chacina, o qual arregimentou outros civilizados para participarem do delito em epígrafe.

Numa tentativa de se eximir da conduta delituosa, confessou que disparou sua arma acidentalmente, a qual afirma que continha somente um cartucho.

Contudo foi visto por várias testemunhas atirando nos indígenas, a dizer Manoel Alberto Carneiro, Mauro Manoel Joaquim, Otasio Luciano Araújo, Sildo Luzina Luiz, Elias Gomes Farias, Juarez Luciano Moçambique, Raimundo Cruz Nicanor e Inácio Lucas Coelho, que por ele foi atingido.

Já a sentença afirmou que ele, depondo no inquérito, na companhia do seu advogado, confirmara que estava no local do crime, portando uma espingarda calibre 16; que, ainda na fase policial, a sua participação foi confirmada por três co-acusados, o mesmo acontecendo no interrogatório judicial do acusado Jonas Gonçalves Pontes; e que a sua presença na localidade “Boca do Capacete”, onde ocorreu o fato, também foi confirmada por quatro ofendidos, vítimas de lesões corporais, ali apontadas nominalmente, e por cinco testemunhas, cujos depoimentos são transcritos. (Cf. fls. 1.538/1.544.)

Em relação ao segundo apelante – Luiz Muraires Pereira –, afirma a denúncia o seguinte:

.... Luiz Muraires Pereira ou Luiz Sevalho, décimo primeiro denunciado, negou haver participado do fato, mas foi visto atirando no local do conflito por Felipe Ramos Pinto, além de ter sido identificado pelo civilizado Alzenir Marques de Oliveira como uma das pessoas que se dirigia ao local da chacina.

A sentença, examinando a sua participação, disse que o acusado confirmou a sua presença no local no depoimento do inquérito, momentos antes do acontecido, de onde teria seguido para a residência de uma pessoa conhecida como Janes, salientando, todavia, que o acusado foi visto pela vítima Felipe Ramos Pinto disparando sua arma contra o grupo de indígenas, sendo a sua presença no local confirmada também – disse a julgadora – pela vítima Pedro Manoel e pela testemunha Elias Gomes Farias, esta relatando ter ele atirado contra os índios. (Cf. fls. 1.561/1.563.)

Quanto ao apelante João dos Santos Silva, afirmou o Ministério Público Federal que:

.... João dos Santos Silva, décimo quarto denunciado, apesar de haver confessado na presença de seu advogado que estava armado no local do massacre, afirma que não efetuou nenhum disparo. Entrementes, pelas circunstâncias como foi procedido o massacre, há fortes indícios que participou do delito na qualidade de co-autor.

Apesar da flacidez da acusação, a sentença deixou demonstrado, pela análise da prova, que também teve participação no delito, dizendo a julgadora que, ao depor no inquérito, o acusado afirmara, na companhia do seu advogado, que estava portando sua espingarda no dia do crime, mesmo não tendo atirado contra os índios, mas que seu depoimento fora desmentido pelo co-réu Jonas Gonçalves Pontes, que confirmou sua presença no local, o mesmo ocorrendo com os depoimentos da vítima Alcides Luciano Araújo, que nele reconheceu um dos atiradores, e da testemunha Leonídio Ramos Lopes, que disse tê-lo visto atirando para dentro da casa do índio Flores, onde estavam aproximadamente cem pessoas.

Por fim, destacou a sentença que a espingarda do apelante (calibre 16, série 127324), apreendida e submetida à perícia, revelava que tinha feito disparos com recenticidade. (Cf. sentença – fls. 1.566/1.567.)

Sobre a participação do apelante Jonas Gonçalves Pontes, disse a peça exordial:

.... Jonas Gonçalves Pontes, décimo denunciado, na presença de seu advogado quando da persecução afirmou que o civilizado José Ambrósio lhe dissera que seu filho Valnei matara um índio na chacina.

Negou sua participação no fato delituoso, mas foi visto atirando em um indígena chamado José, conforme declaração de Santo Cruz Mariano Clemente, além de ter sido reconhecido também por Felipe Ramos Pinto, Elias Gomes Farias e pelo civilizado Raimundo Marques Oliveira quando do massacre.

No exame da prova, no particular, disse a sentença que, mesmo tendo o acusado negado, no inquérito e em juízo, o seu envolvimento – pois estaria em sua residência no momento da ocorrência –, ele restou confirmado pelo depoimento da vítima Martina Cristina Cruz, ferida na perna direita e na região glútea por disparo efetuado pelo próprio apelante, e pela testemunha Santo Cruz Mariano, que o viu atirando contra um índio dentro de um igarapé, restando o seu envolvimento, outrossim, atestado pelos declarantes Felipe Ramos Pinto e Elias Gomes Farias e pelas vítimas Alcides Luciano Araújo e Inácio Lucas Coelho. (Cf. segmento da sentença – fls. 1.560/1.561.)

Por fim, sobre o apelante Modestino Souza Assis, disse o Ministério Público Federal que:

.... na presença de seu advogado, confessou que também fez disparos contra os indígenas”, tendo a sentença, para reconhecer-lhe a responsabilidade, dito que ele, ouvido no inquérito, admitiu a sua presença no local e no momento do crime, bem como a autoria de um disparo contra os indígenas, utilizando uma espingarda calibre 16, de marca Baikal, de origem russa; e que, ainda na fase pré-processual, o co-réu Francisco Nascimento Ambrósio confirmou a sua presença no cenário do crime, no dia e hora apontados pela denúncia.

Acentua o julgado, ainda, que, mesmo tendo ele negado os fatos em juízo, retratando-se do que dissera no inquérito, a sua versão foi desmentida pelo co-acusado Jonas Gonçalves Pontes, e pelo depoimento das vítimas Zacarias Ramos, Inácio Lucas, Otásio Luciano Araújo e Elias Gomes Farias, ali transcritos.

Tenho que os fundamentos da apelação – que, como dito, não têm muita firmeza narrativa, pois não se sabe se os apelantes, na realidade, negam a autoria ou se alegam legítima defesa – não abalam a análise que a julgadora fez, minudente e objetiva, da prova oral colhida na longa instrução, valendo anotado que, em

situações como a dos autos – um delito praticado por várias pessoas, contra outras tantas, num ambiente tumultuado e de correria –, a prova oral é naturalmente fragmentária.

A configuração do genocídio já está decidida pelo STF, quando firmou a competência da Justiça Federal (cf. acórdão de fls. 353/362), mas, pelo que se percebe até mesmo na estrutura narrativa da denúncia, a hipótese parece propender mais para o homicídio, pois os indígenas é que, em quantidade, com mulheres e crianças, dirigiram-se para a casa do índio Flores, dentro das terras pertencentes ao acusado Oscar de Almeida Castelo Branco, e onde residiam e trabalhavam numerosos posseiros, e ali permaneceram várias horas – das 7 da manhã às 13 horas –, esperando o representante da Funai para resolver a questão do sumiço de um boi, até que se iniciou o tumulto, quando o “civilizado” Damião Franco dirigiu-se a eles para saber a razão de ali estarem, daí seguindo-se a violência generalizada.

Em tais circunstâncias, com a morte de quatro pessoas, fica difícil dizer que os acusados tivessem a intenção deliberada e orquestrada de eliminar a etnia Tikuna, praticando o genocídio. Mas, como esta questão não está em discussão – pois o STF já a definiu ao fixar a competência da Justiça Federal –, o fato é que os fundamentos dos recorrentes não abalam os da cuidadosa e minudente sentença, no que diz respeito à autoria e à materialidade do crime, seja genocídio, seja homicídio.

Sem embargo disso, tenho que assiste razão aos apelantes no que se refere à pena aplicada, considerando-se que, para uma pena em abstrato que vai de 12 a 30 anos de reclusão, nos termos do art. 1º da Lei 2.889, de 1º/10/56, que se reporta à pena do homicídio qualificado (art. 121, § 2º – CP), a julgadora fixou para todos a pena-base de 20 anos, num evidente exagero que precisa ser corrigido.

Ao analisar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, disse a julgadora, em texto padronizado e que repete em relação a cada um dos acusados, que:

A natureza do delito e a forma fria e firme como o cometeu demonstram que a personalidade do acusado é marcada por conceitos amorais e por desvios dos padrões ético-sociais de conduta, fazendo de tudo para não responder por seus atos delituosos, pois que, mesmo a despeito de todas as evidências, veio a juízo para negar o seu envolvimento e o dos demais acusados no ilícito, procurando, assim, dificultar o esclarecimento dos fatos e trazer a luz sobre a autoria do crime de que estes autos se ocupam em apurar.

As conseqüências do crime são trágicas para a humanidade, assim como para os familiares e amigos das vítimas mortas e desaparecidas no triste episódio, pois que contribuiu para a destruição de boa parte daquele agrupamento humano, o que restou por ferir a vida em comum do referido grupo étnico na comunidade dos povos, o que colocou em risco a existência de etnia que

a humanidade pretende ver resguardada. Para os familiares e amigos, causou a desagregação do grupo e incalculáveis sofrimentos, uma vez que tais acontecimentos puseram em risco a própria existência da família e a tranqüila e ordeira convivência em comum, especialmente pela dor que a morte de um ente querido produz e pela aflição que o desaparecimento ocasiona, em face do desconhecimento dos fatos e circunstâncias que o ensejaram.

A hediondez dos fatos imputados ao réu, norteados pelo infamante propósito de exterminar grupo étnico nacional e a forma cruel como foi executado, quando as vítimas indefesas foram colocadas diante de uma expectativa inapelável da morte, naquela tarde de terror e barbárie, conduzem, inevitavelmente, ao mais profundo juízo de reprovabilidade.

Em nada as vítimas contribuíram para serem exterminadas, visto que a ação do réu foi covarde, fria e despida de qualquer racionalidade, pois procurou exterminar um grupo humano desarmado e desprovido de qualquer intuito beligerante.

O prejuízo para a humanidade e para as sofridas famílias foram incalculáveis, pois a morte de membros do grupo étnico Ticuna, pela simples razão de serem integrantes de tal grupo, demonstra uma atitude preconceituosa e desumana.

Estes fatos que negam a própria racionalidade humana e agridem a consciência jurídica universal justificam a aplicação da norma sancionatória básica em grau que ultrapassa o mínimo legal, chegando mesmo a aproximar-se do máximo. Aqui, perde qualquer relevância a primariedade do réu, visto que a prática de fatos deste jaez revela uma personalidade violenta e destituída de um mínimo sentimento de solidariedade, com total desprezo à dignidade e à existência de grupos humanos em sociedade.

Sopesando todas as circunstâncias, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, fixo a pena-base, pelo cometimento do crime descrito no tipo do art. 1º, *a*, da Lei 2.829/56 c/c o art. 29 do CPB, em 20 (vinte) anos de reclusão.

Como se vê, a douta julgadora, dentro do clima emotivo do caso, que se diz insuflado pela mídia nacional e internacional, derramou toda uma catilinária de adjetivos contra os acusados, a ponto de desprezar, expressamente, as circunstâncias da primariedade e da ausência de antecedentes, para impor-lhes pesadíssimas penas, a começar por uma pena-base oito anos acima do mínimo legal.

Assim posta a questão, tenho que deve a pena-base, para todos, ser reduzida para o mínimo legal de 12 (doze) anos, pois, além de primários e sem antecedentes, os acusados cometeram o crime dentro de um clima de tumulto generalizado, onde não fica bem definido o estado de circunstâncias, ainda mais quando se considera que as terras onde moravam e trabalhavam, pertencentes ao apelante Oscar de Almeida Castelo Branco, eram constantemente ameaçadas de invasão pelos indígenas, num estado latente de violência.

Como não se registra a incidência de circunstâncias legais – atenuantes, agravantes e causas de aumento ou de redução –, como esclarece a sentença, a pena-base de 12 (doze) anos deve ser tida como definitiva para os cinco apelantes, inclusive para Wanderley Penha do Nascimento, a quem a julgadora aplicou mais 5 (cinco) anos, elevando a sua pena para 25 (vinte e cinco) anos, com base no art. 62, I do Código Penal, isto é, quem “promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes”.

Como já destaquei, não vejo nas circunstâncias do crime, em relação a nenhum dos apelantes, positivada a atitude de promover ou organizar a cooperação no crime ou a direção da atividade dos demais agentes, pois tudo ocorreu num clima de tumulto generalizado, depois que os indígenas saíram de suas terras, com mulheres e crianças, e se dirigiram, em barcos a motor, para a casa do índio Flores, dentro das terras de apelante Oscar de Almeida Castelo Branco, onde permaneceram por várias horas até que se iniciou o tumulto, com a agressão do “civilizado” Damião Franco, a porretadas.

3. Apelação de Oscar de Almeida Castelo Branco – Como se relatou, afirma o recorrente que não cometeu o crime de genocídio, até mesmo porque estava ausente do local dos acontecimentos, no interior do Município de Benjamin Constant – AM, pois naquele dia esteve na sede do Município onde, depois de fazer compras, deslocou-se para a cidade de Tabatinga, como restou confirmado por duas testemunhas ouvidas e pelo informante Valney Ferreira Pontes.

No que lhe diz respeito, afirmou o libelo do Ministério Público Federal, na denúncia:

.... Oscar Almeida Castelo Branco, oitavo denunciado, afirmou que se encontrava na sede do Município de Benjamin Constant no momento do conflito.

Tal assertiva, no entanto, não ficou comprovada quando da persecução, evidenciando-se contra a sua pessoa o fato de ter problemas com os indígenas e o fato da grande maioria dos denunciados envolvidos na chacina morarem em terras que diz de seu domínio, tendo ele prestado apoio ao massacre cedendo embarcação que foi vista nas proximidades do local do crime antes e após sua consumação, como também durante a prática do delito perseguindo indígenas que fugiam em canoas, conforme declaração de Alcides Luciano Araújo.

No dispositivo, disse a sentença, para lhe aplicar 24 (vinte e quatro) anos de reclusão, como partícipe (fls. 1.570):

Ao ser interrogado na fase inquisitorial do Processo 95.082-2 (apenso destes autos), a fls. 188/189, devidamente acompanhado de seu advogado, negou a sua participação no episódio aludido na denúncia oferecida nestes autos, sob a alegação de que no dia e horário apontados na peça ministerial, o

mesmo se encontrava na cidade Benjamin Constant, tendo retornado ao lugar conhecido como “Capacete”, por volta das 16h30.

No curso de seu interrogatório, noticiou que ao retornar ao local conhecido por “Capacete” viu o seu barco ‘Maite’ sendo pilotado por posseiros, os quais, na ocasião, conduziam famílias para o lado oposto do rio, local para onde também seguiu.

Ainda na fase policial do referido apenso, os co-réus noticiaram que residiam e trabalhavam em terras pertencentes ao acusado em comentário, ocasião em que os acusados Dulcinei Ramos do Nascimento, Nelson Franco Ferreira e João dos Santos Silva (fls. 100, 105 e 109) revelaram que, ao saírem do local em que os fatos se desenvolveram, dirigiram-se para o barco de Oscar.

Cumprе salientar, por relevante, que diversas espingardas e cartuchos calibre 16 foram apreendidos na referida embarcação, quando ainda desprenhiam o odor de pólvora queimada (fls. 11v. e 12/13, todos do apenso).

Quando de seu interrogatório, perante este Juízo Federal, nos presentes autos, o acusado Oscar de Almeida Castelo negou o seu envolvimento no ilícito denunciado pelo Ministério Público Federal, ocasião em que noticiou a propriedade, à época dos fatos, de um deslizador que não estava funcionando, assim como de outras duas embarcações, sendo uma com capacidade para doze toneladas, chamada Maité, e outra de pequeno porte que o teria levado para a cidade de Tabatinga, no dia 28/03/88.

Por via dos interrogatórios colhidos nos presentes autos (fls.639/647, 653/660 e 903), os também acusados João dos Santos Silva, Luiz Muraiares Pereira, Jonas Gonçalves Pontes, Modestino Souza de Assis, Wanderley Penha do Nascimento e Alzemir Marques de Oliveira confirmaram a versão do acusado ora em análise, no sentido de que o mesmo se encontrava em Tabatinga/AM, na data do ilícito noticiado na denúncia ministerial.

A testemunha de defesa Edmar Bichara (fls. 799) veio aos autos para provar o álibi de que o acusado não se encontrava no local do ilícito, pois que no dia do evento o réu teria permanecido no estabelecimento comercial do depoente, situado na zona urbana de Benjamin Constant/AM, entre 11:30 e 12:00.

A testemunha ouvida a pedido da defesa, Sr. Luis Nascimento Pereira Filho (fls. 800/801), noticiou que o clima de desavença entre o réu e os indígenas teve início após os indígenas saquearem o comércio do acusado e que, no dia 28/03/88, os silvícolas teriam chegado à localidade do “Capacete” por volta das 06:00.

Cumprе salientar que a embarcação “Maité”, de propriedade de Oscar de Almeida Castelo Branco, foi vista pela vítima Alcides Luciano Araújo e pela testemunha Santo Cruz Mariano Clemente (fls. 760/763) transportando os atiradores para o outro lado do rio, local em que situa-se o lugar conhecido como Terezina, após o evento criminoso.

Impende destacar, por relevante, que o acusado Oscar de Almeida Castelo Branco fora visto pelas testemunhas Juarez Luciano e Otássio Luciano Araújo, no local dos fatos, no mesmo dia do ilícito, por volta das 16 horas, transportando os atiradores para o outro lado do rio em sua embarcação conhecida por “Maité” (771/772 e 774/775).

Os autos, de igual modo, dão conta de que o réu Oscar de Almeida Castelo Branco era comerciante de gêneros alimentícios na localidade de “Capacete”, atividade que contribuía para a movimentação da economia daquele lugar, pois, como ordinariamente acontecia na região amazônica, à época dos fatos, os proprietários de tais mercantis auferiam grande lucratividade com o câmbio efetuado entre víveres trazidos de centros urbanos mais desenvolvidos e produtos coletados pelo agricultores, caçadores, pescadores e demais pessoas que viviam naquela localidade, o que, comumente, gerava uma situação de débito/crédito em favor de tais estabelecimentos comerciais.

Da leitura das linhas inseridas nas peças produzidas nestes autos, infere-se que a empreitada criminosa noticiada neste processo foi laborada com o uso de diversas armas e munições, além de embarcações e grande quantidade de combustível, operação que demandou elevado aporte financeiro e material, e que, para a sua efetivação, evidentemente necessitou do patrocínio do co-réu Oscar de Almeida Castelo Branco, o qual, à época dos fatos, consoante ficou evidenciado nos autos, além de grande comerciante era o detentor de extensa faixa de terras na localidade do “Capacete”, tantas que a maioria dos co-réus residiam em parte delas, com a autorização daquele, sem que estes, sequer lhe pagassem qualquer importância para que nelas se assentassem com as respectivas famílias.

Cumprе ressaltar, de outro tanto, que o desaparecimento dos indígenas interessava diretamente ao acusado Oscar de Almeida Castelo Branco, pois que aquele, à época dos fatos, disputava com os Ticunas a propriedade das terras do lugar conhecido como “Capacete”.

De igual sorte, merece apreço que já havia um conflito instaurado entre o acusado Oscar de Almeida Castelo Branco e os indígenas Ticunas, pois além da disputa pela posse das terras, há nos autos notícias de saque de víveres do comércio daquele, pelos indígenas, e o suposto desaparecimento de um bovino de propriedade dos indígenas, após a subtração dos gêneros noticiada.

A participação do réu Oscar de Almeida Castelo Branco teve ocorrência, no caso dos autos, por via do auxílio material que prestou aos outros acusados, uma vez que pôs à disposição daqueles as suas embarcações, combustível, armas e munição necessária para o fim de propiciar o transporte dos co-réus até o local em que as vítimas se encontravam e a posterior evasão destes do local, assim como para a perseguição e produção de tiros nos indígenas que procuravam salvar as próprias vidas arremessando-se nas águas do Rio Solimões ou acionando as suas canoas, após o início dos disparos de arma de fogo produzidos pelos co-réus.

Portanto, consoante o acima exposto, farto é o conjunto probatório a

apontar a participação do acusado Oscar de Almeida Castelo Branco no ilícito apontado na denúncia, pois sem o auxílio material daquele a vil ação dos co-autores restaria seriamente comprometida.

Com efeito, no curso da instrução criminal destes autos, assim como por via dos documentos produzidos no aludido apenso, ficou evidenciado haver este acusado realmente concorrido para o cometimento do ilícito que lhe é imputado, quando forneceu os meios materiais para que o crime de genocídio contra a etnia Ticuna fosse perpetrado.

Conquanto o denunciado tenha, convenientemente, viajado para outra cidade, a fim de afastar a sua participação no ilícito narrado nos presentes autos, os autos demonstraram ligação entre o acusado e os demais acusados e o auxílio prestado para possibilitar o deslocamento, perseguição e evasão acima aludidos.

A ação danosa do acusado, portanto, contribuiu significativamente para a produção de disparos contra o grupo de indígenas que se encontravam nas proximidades da casa do índio “Flores”, esta situada na localidade do “Capacete”, assim como contra os demais integrantes do referido grupamento indígena que buscaram fazer das águas do Rio Solimões e matas adjacentes, o esconderijo hábil a frustrar a ação deste réu e dos seus comparsas, os quais serviram-se, para tanto, de um barco do tipo “deslizador” para perseguir os indígenas que procuravam esquivar-se dos cartuchos expelidos por armas de fogo, assim como da embarcação “Maité”, de propriedade do réu, pra deslocarem-se do cenário do ilícito até a comunidade de Terezina.

Diante do exposto, restei convicta de que o acusado Oscar de Almeida Castelo Branco concorreu para a prática do crime descrito na denúncia.

Como se vê, admite a julgadora que os co-acusados João dos Santos Silva, Wanderley Penha do Nascimento, Luiz Muraires Pereira, Jonas Gonçalves Pontes, Modestino Souza de Assis e Alzenir Marques de Oliveira confirmaram a versão do apelante, de que não estava na localidade “Boca do Capacete” no dia e na hora das ocorrências; e que a testemunha Edmar Bichara, proprietário de estabelecimento comercial na zona urbana de Benjamin Constant/AM, igualmente confirmou que estivera ele em seu estabelecimento entre 11:30 e 12:00 daquele dia 28/03/88.

Mas, surpreendentemente, dá pela sua responsabilidade penal, afirmando que a sua embarcação “Maité” fora vista pela vítima Alcides Luciano Araújo e pela testemunha Santo Cruz Mariano Clemente transportando atiradores de um lado para o outro; e que fora o acusado visto no local, no mesmo dia do ilícito, por volta das 16 horas, o que, na minha avaliação, não constituem indícios suficientes da autoria.

Ao dizer que não estava no local “Boca do Capacete” na hora do crime, não disse o acusado que levara consigo a sua embarcação “Maité”, pelo que pode-

ria ela perfeitamente ser usada pelos demais acusados, posseiros de suas terras, mesmo à sua revelia; e, da mesma forma, o fato de ter sido visto no local depois das 16 horas não quer dizer tenha dado ao crime o apoio logístico de que fala a sentença.

A condenação, com a devida vênia, foi imposta, não com base nos elementos informativos dos autos, e sim porque, sendo o acusado um homem de posses, comerciante forte na região, entendeu a julgadora, num primeiro momento, que os acusados imprescindiam do seu patrocínio (fls. 1.556), em termos de transporte (de barcos), combustível, armas e munições (fls. 1.557); e, num segundo momento, porque, na sua avaliação, o desaparecimento dos indígenas lhe interessava diretamente, pois disputava a propriedade das terras com os Tikunas (fls.1557)!

Na fixação da pena, afirmou a sentença, na mesma linha de raciocínio, que o acusado “participou decisivamente para a realização da empreitada criminosa, pois, ao fornecer os meios materiais para o cometimento do crime praticado contra o grupo étnico Ticuna, possibilitou a destruição de parte do grupo étnico Ticuna, por via da morte comprovada de quatro dos seus membros, um dos quais por via de autoria mediata, já que se serviu do menor Valnei Pontes para a extinção da vida do indígena Natalino Avelino, assim como a lesão corporal em outros silvícolas e o desaparecimento de nove membros do grupo indígena supramencionado” (fls. 1.592)

Mas essas ilações e conclusões, subjetivas e unilaterais, restam completamente soltas, sem nenhum apoio na prova dos autos – viu-se que nem mesmo a presença do acusado no local e na hora do crime restou comprovada –, tendo a julgadora, ainda assim, imposto ao apelante, um ancião de 85 anos (fls. 1.593), a exacerbada pena de 24 anos de reclusão, como partícipe!

Em tais condições – de indigência probatória –, não pode prevalecer a sentença, sob pena de dar-se guarida à injustiça, merecendo provimento a apelação, com a devida vênia do parecer da Procuradoria Regional da República. (Cf. fls. 1.759/1.768.)

4. Conclusão – Em face do exposto, dou provimento à apelação do acusado Oscar de Almeida Castelo Branco, para, reformando a sentença, absolvê-lo das imputações que lhe faz a denúncia (art. 386, VI – CPP); e, por outro lado, dou provimento parcial à apelação dos acusados Wanderley Penha do Nascimento, Luiz Muraires Pereira, João dos Santos Silva, Jonas Gonçalves Pontes e Modestino Souza de Assis, para reduzir-lhes a pena para 12 (doze) anos de reclusão, mantida a sentença no que aqui não alterada.

Como a redução da pena, agora operada, não está atrelada a motivos de caráter exclusivamente pessoal – viu-se que a sentença, numa individualização

padronizada, impôs a todos uma pena-base de 20 anos –, estendo o resultado aos acusados que não apelaram, ou que acaso tenham desistido do recurso interposto (art. 580 – CPP).

É o voto.

Voto Vogal Vencido em Parte

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Começando pelas preliminares, tenho também que a competência é nossa, da Justiça Federal. Vossa Excelência, Senhor Relator, teve dúvida se houve genocídio ou homicídio, porque não houve um preparo prévio para exterminar uma etnia, mas, na verdade, há um choque de civilizações: a civilização não-índia e a civilização índia. Podemos perceber, pelo relatório que Vossa Excelência fez, que os índios eram um obstáculo, um estorvo aos não-índios – hoje não se diz brancos, branco, é o não-índio: o mameluco, o cafuzo, o negro, o amarelo. Vossa Excelência citou a canoada, uma preocupação para os não-índios que querem dominar uma região que, na verdade, ainda possui várias etnias, abrangendo não só a Amazônia brasileira, como os países vizinhos – para o índio não há fronteira geográfica como temos, a Venezuela, por exemplo, é deles também. É, portanto, não tenho essa dúvida que Vossa Excelência teve entre homicídio e genocídio, mas isso está afastado em razão da decisão do Supremo, no caso que Vossa Excelência se referiu, não chega a tanto como aquela chacina que houve em Roraima, porque ali ficou demonstrado inequivocadamente um genocídio, porque até bebês foram mortos pelos não-índios, (colocavam um travesseiro em cima do corpo da criança para não ver e atiravam) e isso ficou demonstrado. Na verdade, se se mata um bebê, a intenção é de se exterminar uma etnia.

O não-índio (o branco, que deve ser compreendido não pela cor da pele, mas pela condição de dominador), de um modo geral, tem uma noção equivocada dos índios, ainda o pensam andando nus pelas selvas florestas, caçando com arco e flecha, com adornos nos lábios e nas orelhas, sem falar o português.

Atualmente, há índios que falam bem o português e só o português, assistem novelas, têm automóvel, carteira de motorista, geladeira etc. Mas isso não significa que não sejam índios. Não são, frise-se, as características biológicas, raciais, indígenas que definem o índio, pois é impossível definir o índio “mediante critérios estritamente raciais e culturais, num País de população formada pelo caldeamento de brancos, índios e negros e culturalmente plasmado pela confluência de diversas etnias”, como afirma Darcy.

Tenha-se que, nos dias atuais, não mais se entende que o índio deva assimilar a cultura do branco, ou como se dizia deva ser *civilizado*, *aculturado*. A acultura-

ção compulsória é, segundo alguns, uma forma de etnocídio – destruição de uma cultura. Cada sociedade tem seu valor, sua cultura. Há mudanças nas culturas, com o passar dos anos. A dos índios também muda e nem por isso se pode dizer que deixaram de ser índios. Quando perdem a consciência de seu passado, de seu vínculo histórico com as sociedades pré-coloniais, pré-colombianas, é que ficam descaracterizados como indígenas.

Como já se disse: “Civilizar índios foi sempre uma forma de colonização”.

Enquanto o índio não perder a consciência de que é índio, temos um índio.

Quanto ao cerceamento de defesa, na verdade, não é de menor relevância. A meu sentir, houve, no entanto, preclusão. Era caso até de *habeas corpus*, não mandado de segurança, porque aquele cerceamento de defesa poderia resultar em prisão.

Passando ao mérito, Vossa Excelência demonstrou muito bem a autoria. Além das confissões da maioria dos acusados há prova testemunhal. Mesmo aquele que disse que não atirou – e Vossa Excelência depois demonstrou, como o Relator também demonstrou, que houve perícia na arma dele e que ele tinha atirado –, só a presença dele armado estava dando apoio ao grupo que estava atirando, matando, portanto, não tenho dúvida quanto à autoria.

Tenho outra observação: o procurador, na 1ª Instância, fala em índios civilizados. Civilizados? Quem são os civilizados? Se temos uma civilização não-índia, temos uma civilização também índia. E quem disse que a nossa civilização é melhor do que a do índio? Vivemos estressados até com os pardais eletrônicos, vivemos escravos da televisão, do celular, e o índio, não. O índio tem uma civilização tranqüila, nas matas. Não podemos dizer que a nossa civilização é melhor. É melhor dentro da nossa percepção, na percepção do índio, a civilização deles é melhor, a nossa é que é retrógrada, bárbara; a nossa é que é conturbada, a nossa é que causa estresse, a nossa é que leva ao suicídio. Veja a Suíça, uma grande civilização, e, no entanto, o número de suicídios é grande. Dentro da nossa percepção, a nossa civilização é melhor do que a civilização do índio, mas, dentro da percepção do índio, a civilização deles é melhor do que a nossa.

Portanto dou por demonstradas a autoria e a materialidade, como fizeram Vossa Excelência e o Juiz revisor.

Quanto à pena-base, foram os acusados denunciados por infração ao art. 1º, letra *a*, da Lei 2.889/56. Art. 1º: “Quem, com intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo”. Diz ainda que será punido com pena prevista no art. 121, § 2º, do Código Penal – 12 a 30 anos –, mas não leva em consideração aquelas qualificadoras que estão no art. 121, só leva em consideração a pena. Se levasse em consideração,

poderíamos cair naquilo que o Juiz Cândido afastou – *bis in idem*. A Juíza Jaísa, para fixar a pena-base, tomou em consideração, na verdade, várias elementares do próprio crime do genocídio, então, ela considerou aquele fato com genocídio e depois aumentou a pena com base em fatos que, na verdade, são do crime de genocídio, *bis in idem*, e Vossa Excelência muito bem afastou. Mas, dentro dos requisitos, das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, uma há que não é elementar no crime de genocídio. O art. 59 diz o seguinte: “personalidade do agente”. E o que verificamos? Esses não-índios, tidos pelo procurador da República em Manaus como civilizados, atiraram em pessoas desarmadas, lá estavam crianças e mulheres. E o que isso revela na verdade? Que índole revela dessas pessoas que assim procedem? Uma falta de sensibilidade, uma crueza na maneira de agir, não respeitando a presença de mulheres e crianças. Vejo que a personalidade dos agentes, a índole deles, revela uma certa maldade. Não podem ser apenados com um mínimo da pena, porque assim fico sem condições de, quando aparecer algum acusado que realmente não revele tudo isso, aplicar a mesma pena. Portanto, não chego à pena-base fixada pela Juíza – para mim também foi um exagero, ela considerou as elementares de genocídio como circunstâncias judiciais –, elevo a pena a mais do que Vossa Excelência, fixando a pena-base em quatorze anos. Quanto àquela agravante que a MMA. juíza deu ao acusado Wanderlei, dizendo que ele controlava, que era o “cabeça” ali, também, pelo que ouvi de Vossa Excelência e do Juiz Cândido, não vi demonstrado. Portanto, afasto essa agravante do art. 61, inciso I, do Código Penal. A pena-base também fica em quatorze anos.

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Eles ficaram todos com vinte.

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Vossa Excelência, dando quatorze, melhora.

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — É verdade, porque ela deu vinte para todos. Vossa Excelência estendeu em doze, então, estendo em quatorze para todos.

O Senhor Doutor Humberto Medeiros (Procurador Regional da República): — Parece que um deles tem o atenuante da confissão.

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Para esse da confissão, que é o Luiz Muriães Pereira, salvo engano, reduzo a pena, fixando em doze anos.

O Senhor Doutor Humberto Medeiros (Procurador Regional da República): — Trata-se de Alzemir Marcos de Oliveira.

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Esse desistiu da apelação.

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Para esse fixo a pena-base em

quatorze anos e reduzo, em face da confissão, como fez a juíza, para doze anos.

Quanto ao Oscar de Almeida Castelo Branco, preciso de algumas informações. O fato de ele não estar presente não me impressiona de maneira alguma. Podia ele estar fabricando um álibi, e é isso que gostaria de saber de Vossa Excelência. Há prova de que ele, na verdade, preparou o ambiente para isso? Se ele realmente ficou de fora, mas insuflou os homens, esses outros acusados para que assim procedessem, dando armas, isso e tal? Sem essa prova, realmente fica difícil.

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Ele demonstrou que estivera em um comércio da cidade de Benjamin Constant desde a até o meio dia, e o comerciante confirmou o fato. Aí a juíza o colocou como partícipe, dizendo que aquilo não poderia ocorrer sem apoio logístico, e ele é quem poderia dar, porque era um comerciante. E aí ela se apegou em dois fatos: uma embarcação possante, a embarcação Maitê, que era dele, foi vista, já às dezesseis horas – isso começou às treze – carregando, segundo alguns, pessoas de um lado a outro do rio; o outro é que ele, depois das dezesseis horas, foi visto na Boca do Capacete. Não estou dizendo que ele seja inocente, mas, quanto a ser partícipe, estou dizendo que as provas são fracas. Por quê? Como ele tinha vários posseiros, inclusive, como diz o procurador, ele nem cobrava, então, nada impediria, porque ele não ia levar a embarcação possante a Benjamin Constant, que eles próprios usassem a embarcação dele. Esse fato, sem uma demonstração, não quer dizer que ele fosse partícipe. E o fato de ele estar lá depois das dezesseis horas seria o depois, um *pos factum*. Então, lógico, alguém seguramente vai dizer: “Bom, isso aproveitou a ele”, porque ele tinha divergências. Mas não é o fato de ele ser rico, de indiretamente ele tirar um proveito, que ele vai ser condenado por isso. Precisava haver mais demonstração desse apoio logístico. Não há nada. Quanto à anterioridade, nada. Como Vossa Excelência percebeu, tudo isso nasceu de um ato inocente. As pessoas foram à Tabatinga chamar as lideranças indígenas, foi um advogado da Funai que fez esse encontro para discutir o roubo de um boi. Essas famílias ficaram das sete da manhã à uma da tarde na casa desse índio – mais de cento e cinquenta pessoas, havia mulheres, cachorros e meninos. Então, generalizou. Antes disso, não há nada nos autos.

Voto Vogal (Continuação)

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — E, assim sendo, quanto ao apelante Oscar de Almeida Castelo Branco, acompanho Vossas Excelências, absolvendo-o. Quanto aos demais, já disse que aplico a pena-base em quatorze anos, reduzindo para doze anos a do Alzemir Marcos de Oliveira. Então, todos

ficam condenados à pena de doze anos. Estendo aos demais condenados que não apelaram.

Notas:

¹ Cf. Recurso Especial 222.653/RR, Relator Ministro Jorge Scartezini, julgado em 12/09/00 – DJ 30/10/00.

Quarta Turma

Habeas Corpus

2004.01.00.035702-4/BA

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Marcus Vinícius Reis Bastos (convocado)

Impetrante: Fabiano Almeida Resende

Impetrado: Juízo Federal de Ilhéus/BA

Paciente: José Antônio Correia de Sousa

Publicação: DJ 2 de 06/12/04

Ementa

Penal e Processual Penal. Habeas corpus. Infração de menor potencial ofensivo. Causas de aumento de pena. Cômputo. Juizados Especiais Federais. Lei 10.259/01. Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça. Estatuto do Idoso. Lei 10.741/03. Inaplicabilidade. Ordem denegada.

I. Recusada expressamente pelo ora paciente a proposta de suspensão condicional do processo apresentada pelo Ministério Público Federal, não há que se falar, após a prolação da sentença, que não foi oportunizada a aplicação de institutos despenalizadores.

II. Impossibilidade de incidência dos preceitos constantes da Lei 9.099/95 c/c a Lei 10.259/01, quando, computados o concurso material, o concurso formal ou a continuidade delitiva, a pena abstratamente considerada ultrapassar o limite legal. Aplicação da Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça.

III. Considerando o disposto no art. 2º do Código de Processo Penal, que consagra o princípio da aplicação imediata da lei processual penal, a Lei 10.741/03, que entrou em vigor, de acordo com o seu art. 118, em 1º de janeiro de 2004, não tem o condão de retroagir para afetar o procedimento do caso ora em análise, eis que a sentença condenatória foi proferida bem antes, inclusive com a interposição de apelação pelo réu, ora paciente, cujas razões devem ser oportunamente apreciadas por este Tribunal.

IV. *Habeas corpus* denegado.

V. Agravo regimental prejudicado.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, denegar o *habeas corpus*, julgando prejudicado o agravo regimental interposto.

4ª Turma do TRF-1ª Região – 16/11/04.

Juiz *Marcus Vinícius Reis Bastos*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Marcus Vinícius Reis Bastos: — Fabiano Almeida Resende, advogado, inscrito na OAB/BA 18.942, impetrou o presente *habeas corpus* em favor de José Antônio Correia de Sousa, identificado na inicial, contra ato o MM. Juízo Federal da Vara Única da Seccional de Ilhéus, Estado da Bahia, em que requereu a concessão liminar da ordem “(...) no sentido de *ordenar a expedição, em favor do paciente, até a decisão final do feito, do competente salvo-conduto, para suspender o Processo 2001.33.001446-0 em trâmite na Vara Única Federal de Ilhéus/BA, que, atualmente, interposta a apelação e contra-arrazoada, o processo encontra-se aguardando despacho da autoridade coatora para subida a esse egrégio Tribunal (...)*” (fls. 11).

Argumentou o impetrante que a Lei 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Federais, em seu art. 2º, deu novo conceito às infrações penais de menor potencial ofensivo, não fazendo alusão às “(...) *causas de aumento de pena para efeito de descaracterizar o conceito (...)*” (fls. 4).

Sustentou ainda que “(...) com o advento da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso) o legislador ampliou, novamente, o conceito de menor potencial ofensivo para aqueles crimes, cuja pena máxima cominada não ultrapasse a 4 (quatro) anos” (fls. 6).

Por fim, o impetrante alegou que “(...) *em observância ao princípio da retroatividade da Lei Penal mais benéfica, pode-se afirmar que a nova sistemática conceitual operada pela Lei 10.741/03 deve ser aplicada inclusive aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência. Desta forma, os feitos em curso que noticiem a ocorrência de crimes, cujas penas máximas cominadas nos tipos legais não sejam superiores a 4 anos, tenham ou não rito especial, são merecedores de imediata aplicação dos institutos despenalizadores contidos na Lei 9.099/95*” (fls. 10).

A fls. 132, o eminente Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes

solicitou informações à douta autoridade judiciária impetrada, o que ocorreu a fls. 137/139, ocasião em que esclareceu:

(...) O MPF ofereceu denúncia em 18/09/01 em face de José Antônio Correia de Sousa em razão de supostamente ter caluniado o oficial de justiça avaliador Agnaldo Rosa de Jesus, no âmbito do Fórum da Justiça do Trabalho em Ilhéus (BA), pugnando pela condenação do réu como incurso nas penas do art. 138 do Código Penal, c/c os arts. 141, II e 71 do mesmo Códex.

Foram juntados autos de inquérito policial, referente à conduta perpetrada, cujo relatório final concluiu pela existência do delito e pela sua autoria.

A denúncia foi recebida em 05/10/01, e o interrogatório do réu foi realizado no dia 14 de março de 2002, *após o denunciado recusar a proposta apresentada pelo MPF para suspensão do processo (fls.56 e 69)*.

Em 20/05/02, foram tomados os depoimentos das testemunhas de acusação e em 23/10/02 foram tomados os depoimentos arrolados pela defesa.

Após o oferecimento de razões finais por ambas as partes, foi prolatada sentença de mérito, ocasião em que este Juízo levou em consideração a confissão do próprio condenado e os depoimentos convergentes das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, donde restaram constatadas todas as elementares do tipo, quais sejam, imputação falsa de fato definido como crime, de modo a ofender a honra objetiva (reputação) da vítima. Foi ressaltado, no bojo do dito *decisum*, que não houve alegação de exceção da verdade nestes autos.

Para fixação e dosimetria da pena foram cuidadosamente observados os parâmetros e critérios estabelecidos nos arts. 58 e 69 do CPB, pelo que a pena definitiva foi fixada em 1 (hum) ano e 8 (oito) meses de detenção e 50 (cinquenta) dias-multa, com valor unitário de 1/5 do salário mínimo vigente à época do fato atualizado, tendo em vista a situação econômica do réu (art. 60, CPB).

Naquele momento, foi substituída a pena privativa de liberdade aplicada, por duas restritivas de direitos, sendo uma em prestação de serviços à comunidade e outra em prestação pecuniária, no valor de 15 (quinze) salários mínimos). Sentença publicada em 15/10/03.

Foi interposta apelação pelo condenado em 17/11/03.

Em novembro/03, foram prestadas por este Juízo informações pertinentes à instrução do *habeas corpus* impetrado perante esse egrégio Tribunal por Nicodemes de Souza Lima em favor do condenado, registrado sob número 2003.01.00.036412-9/BA, que teve como relator o Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes.

Oferta de contra-razões de apelação pelo Ministério Público Federal em 28/07/04.

I – Objeto de habeas corpus e má-fé na impetração

O objeto do presente *habeas corpus* é suspender o trâmite do feito na Vara de Ilhéus e alternativamente no âmbito do próprio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sob o fundamento de que não foram observados os procedimentos das Leis dos Juizados Especiais Federais (Leis 9.099/95 e Lei 10.259/01), no que se refere à *suspensão do processo* (art. 89 da Lei 9.099/95) e reparação dos danos civis.

Cumpre registrar, em primeiro lugar, a má-fé do impetrante, haja vista que – embora a rigor tivesse direito – foi feita proposta de *suspensão do processo*, a qual foi recusada com veemência pelo paciente, conforme termos de audiências que seguem acostados a estas informações.

Não aproveitou o direito que lhe foi dado e agora, em caráter visivelmente protelatório (posto os prazos de prescrição do delito são mínimos), tenta alegar a nulidade processual com o fim de trancar a ação.

De outro lado, não fosse isso, a pretensão não haveria de prosperar, tendo em vista que as causas de aumento (gerais ou especiais) interam o quantitativo da pena para efeito da aplicabilidade do rito dos Juizados Especiais, conforme disposto na Súmula 243 do STJ:

Súmula 243/STJ : “o benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (1) ano.”

O paciente foi denunciado pelo delito do art. 138 do CP, que prescreve pena máxima de 2 anos, combinado com o art. 141, II, do mesmo código, que prevê o aumento de 1/3 daquela pena, ultrapassando, portanto, o limite (2 anos) previsto na Lei 10.259/01.

Por fim, no que tange ao mérito da pretensão, revela-se irrefragavelmente alcançado pelo fenômeno da preclusão, uma vez que a prestação jurisdicional de 1ª Instância foi entregue de forma integral, não cabendo, ademais, a este Juízo inovar no feito, após publicação de sentença, razão pela qual, não pode figurar como autoridade coatora no presente *mandamus* (fls.137/139).

A fls. 143, foi indeferido o pedido de concessão liminar da ordem de *habeas corpus*.

O impetrante interpôs agravo regimental, a fls. 145/149, contra o indeferimento da liminar pleiteada, argumentando que os requisitos ensejadores da medida encontram-se presentes neste feito, requerendo, portanto, a reforma da respeitável decisão.

O Ministério Público Federal, a fls. 152/156, ofereceu parecer em que opinou pelo indeferimento da ordem.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Marcus Vinícius Reis Bastos: — Objetiva o impetrante, no presente *habeas corpus*, suspender o trâmite da respectiva ação penal perante o MM. Juízo Federal da Seccional de Ilhéus, Estado da Bahia, ou, alternativamente, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, sob o fundamento de que não foram observados os procedimentos da Lei dos Juizados Especiais Federais, no que se refere à suspensão do processo, bem como o da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso), a qual ampliou o conceito de crime de menor potencial ofensivo para os crimes cuja pena não ultrapasse a 4 (quatro) anos.

Data venia de eventual entendimento em contrário, não assiste razão ao impetrante.

Frise-se, de início, que, ao que consta das informações prestadas pelo MM. Juízo impetrado, foi proposta a suspensão condicional do processo pelo douto Ministério Público Federal, a qual foi recusada, à época, pelo paciente, consoante os termos de audiências de fls. 140/141.

In casu, inequivocadamente, o impetrante não aceitou a proposta de suspensão do feito no momento processual oportuno, não cabendo, depois de proferida a sentença, ainda que não transitado em julgado, por se tratar de questão preclusa, alegar que “(...) não fora possibilitado ao paciente as etapas que visam à aplicação dos institutos despenalizadores como a composição dos danos civis e a transação penal” (fls. 3).

No tema, confira-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

Processual Penal. Suspensão condicional do processo. Recusa do parquet. Aplicação analógica do art. 28 do CPP. Conversão julgamento. Apelação. Diligência. Incidência. Lei 9.099/95. Impossibilidade.

1. A Terceira Seção desta Corte tem pacificado entendimento no sentido de que, à falta de proposta de suspensão condicional do processo, por parte do Ministério Público, deve o magistrado aplicar, de forma analógica, o art. 28 do CPP, não podendo, de ofício, deferir a medida (EREsp 185.187/SP, DJU de 22/11/99).

2. Afigura-se inviável, em sede de apelação criminal, após proferida sentença condenatória, a conversão do julgamento em diligência para a aplicação da suspensão condicional do processo, prevista na Lei 9.099/95, em face da preclusão da questão, porquanto já ultrapassado o momento processual próprio. Precedentes.

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Olavo e Hilton Queiroz.

3. Recurso conhecido e provido. (STJ, REsp 444.932, 6ª Turma, Rel. Fernando Gonçalves, *DJI* de 07/04/03, p. 355)

Direito Penal. Injúria. Ameaça. Suspensão condicional do processo. Proporcionalidade da resposta penal. Violação. Matéria preclusa.

1. Recusada, expressamente, a proposta ministerial e excepcionada, ato seguido, a suspeição do juiz, não há como admitir a dedução posterior de pretensão fundada na desproporcionalidade da resposta penal substitutiva, por preclusa a questão, eis que não alegada no tempo oportuno, perante o Juízo da causa.

2. Ordem denegada. (STJ, HC 13.181, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJI* de 25/02/02, p. 446)

Por outro lado, note-se que, na hipótese, não há possibilidade de incidência dos preceitos constantes da Lei 9.099/95, c/c a Lei 10.259/01, em face da pena relacionada ao tipo penal isoladamente considerado.

É que a Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça consagrou a orientação de que “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (1) ano”.

De regra, é inviável a aplicação da suspensão condicional do processo em crime continuado, concurso material ou formal, quando, pelos tipos legais apontados, a pena mínima, abstratamente considerada, for maior que 1 (um) ano.

Outrossim, a edição da Lei 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Federais, dispôs em seu art. 2º, parágrafo único que: “Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”.

No caso concreto, entretanto, foi dada ao réu, ora paciente, apesar de, em tese, não fazer jus, a oportunidade de suspensão condicional do processo, que, aliás, como visto, foi por ele recusada. Ocorre que o paciente foi denunciado pela eventual prática do crime previsto no art. 138 do Código Penal, cuja pena máxima é de 2 (dois) anos, acrescida de 1/3 (um terço), de acordo com o disposto no art. 114, inciso II, também do Código Penal.

Assim, efetivamente, restou ultrapassado não só o limite da suspensão do processo, mas também o de 2 (dois) anos, previsto na Lei 10.259/01 (Juizados Especiais Federais), que não desconsiderou as causas de aumento de pena, da mesma forma que a Lei 9.099/95.

Ressalte-se, no ponto, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a Lei 10.259/01, apesar de ter alterado a concepção de infração de

menor potencial ofensivo, não afetou o patamar do *sursis* processual, que continua disciplinado pelos preceitos inscritos no art. 89 da Lei 9.099/95.

É o que se pode conferir dos seguintes julgados:

Criminal. REsp. Embriaguez ao volante. Porte ilegal de arma. Concurso material. Lei 10.259/01. Derrogação do art. 61 da Lei 9.099/95. Aplicação do âmbito estadual. Suspensão condicional do processo. Mínimo exigido ultrapassado. Requisitos para a suspensão condicional do processo que permanecem inalterados. Recurso parcialmente provido.

I – A lei que instituiu os Juizados Especiais cíveis e criminais no âmbito da Justiça Federal é aplicável na Justiça Estadual, pois o art. 2º, parágrafo único, da referida lei acabou por derrogar tacitamente o art. 61 da Lei 9.099/95, em aplicação ao princípio constitucional da isonomia, uma vez que não há sentido em se criar dois sistemas de Juizados Especiais diferentes, um no âmbito federal e outro no estadual.

II – A suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei 9.099/95, é inaplicável aos crimes cometidos em concurso material, formal, ou em continuidade, quando a soma das penas mínimas cominadas a cada crime, a consideração do aumento mínimo de 1/6, ou o cômputo da majorante do crime continuado, conforme o caso, ultrapassar o *quantum* de 1 ano. Incidência da Súmula 243/STJ.

III – O instituto da suspensão condicional do processo não sofreu qualquer alteração com o advento da Lei 10.259/01, sendo permitido apenas para os crimes que tenham pena mínima não superior a 1 ano.

IV – Não se perquire a respeito do menor potencial ofensivo da infração – o que só é exigido para a transação penal – instituto diverso.

V – Recurso conhecido e parcialmente provido, nos termos do voto do Relator. (STJ – REsp 628.325/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ I de 04/10/04, p. 339).

Penal e Processual Penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95). Art. 10, § 4º, da Lei 9.437/97. Menor potencial ofensivo. Arts. 61 e 89 da Lei 9.099/95. Revogação pela Lei 10.259/01. Súmula 243/STJ. Porte ilegal de arma. Incidência da causa de aumento de pena.

I – A Lei 10.259/01, em seu art. 2º, parágrafo único, alterando a concepção de infração de menor potencial ofensivo, alcança o disposto no art. 61 da Lei 9.099/95. Todavia tal alteração não afetou o patamar para o *sursis* processual, que continua sendo disciplinado pelos preceitos inscritos no art. 89 da Lei 9.099/95 (Precedentes).

II – “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano” (Súmula 243/STJ).

III – “O § 4. da Lei 9.437/97 não condiciona que a causa de aumento de pena seja determinada pela prática do delito em razão da função ou de o agente ter se valido do fato de ser servidor público” (REsp 476461/SP, 5ª Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, *in DJU* de 29/09/03, p. 314).

Recurso desprovido (STJ – RHC 15.400/DF, Rel. Min. Félix Fischer, *DJI* de 31/05/04, p. 327).

Habeas corpus. *Processual Penal. Suspensão condicional do processo. Crime previsto no art. 299, parágrafo único, do Código Penal. Pena mínima abstratamente cominada superior a um ano. Irrelevância do advento da Lei 10.259/01. Aplicação da Súmula 243 do STJ.*

1. O instituto da suspensão condicional do processo não sofreu qualquer alteração com o advento da Lei 10.259/01, sendo permitido apenas para os crimes que tenham a pena mínima não superior a um ano, regendo-se conforme o art. 89 da Lei 9.099/95. Precedentes.

2. No caso, a pena mínima abstratamente cominada para o crime seria de um ano, aumentada, porém, em 1/6 (um sexto), em virtude da disposição expressa no art. 299, parágrafo único, do Código Penal, o que obsta a concessão do referido benefício. Aplicação do enunciado da Súmula 243 do STJ.

3. Ordem denegada (STJ – HC 32429/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, *DJI* de 17/05/04, p. 257).

Penal e Processual Penal. Habeas corpus. Furto qualificado. Desclassificação, pelo Tribunal, para furto simples. Suspensão condicional do processo. Art. 89 da Lei 9.099/95. Momento processual inadequado. Preclusão.

Pena *in abstracto* e pena *in concreto*. O limite imposto pelo art. 89 da Lei 9.099/95 não alcança a pena *in concreto* (aplicada) decorrente de *emendatio* ou de acolhimento apenas parcial da pretensão punitiva, seja por ocasião da prolação da sentença ou mesmo em sede de apelação. Precedentes.

Writ denegado. (STJ – REsp 539770, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJI* de 17/11/03, p. 374)

Esse também é o entendimento esposado pelo Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Procurador Regional da República Dr. Paulo Vasconcelos Jacobina, que asseverou, *verbis*:

Não assiste razão ao impetrante. Nenhuma coação ilegal sofre – ou está ameaçado de sofrer – o impetrante. Note-se que o feito está instruído e julgado e que em primeiro grau houve a extrema cautela de oferecer-se a suspensão onde, a rigor, nem ela caberia, dada a capitulação da exordial e o teor do art. 89 da Lei 9.099/95.

Quanto à nulidade decorrente da Lei 10.259/01, tampouco existe. Sobre esse assunto – a inclusão das causas de aumento de pena para fins de mensuração do menor potencial ofensivo do delito, a jurisprudência está sumulada (Súmula 243 do STJ), sendo tranqüila a posição contrária ao pedido do impetrante:

“Habeas corpus. *Processual Penal. Crime de apropriação indébita qualificada (art. 168, § 2º, inciso III, do CP). Sursis processual (art. 89 da Lei 9.099/95). Inaplicabilidade. Consideração da causa especial de aumento de pena. Requisito da pena mínima de um ano não atendido.*

1. A inovação trazida pela Lei 10.259/01, que introduziu nova definição de infrações penais de menor potencial ofensivo, não teve o condão de alterar os requisitos para a oferta ministerial da suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95, que exige para a concessão do benefício, entre outros, que a pena mínima cominada ao delito não exceda a 1 (um) ano. Precedentes do STJ.

2. No cálculo da pena mínima, para a obtenção do aludido benefício, deve-se levar em consideração as causas especiais de aumento, consoante a jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, em perfeita consonância com a do Supremo Tribunal Federal.

3. Ordem denegada.” (STJ – Superior Tribunal de Justiça classe: HC – *Habeas Corpus* – 29126 Processo: 200301172783 UF: MS Órgão Julgador: Quinta Turma, Data da Decisão: 16/03/04, Rel Min. Laurita Vaz, *DJ* Data: 05/04/04 p. 288).

Melhor sorte não lhe assiste na sua interpretação extensiva do Estatuto do Idoso. Ele não promoveu a modificação do conceito de delito de menor potencial ofensivo, apenas fixou um procedimento célere nos crimes que têm como vítima o idoso – que, por definição, não pode aguardar o desenrolar de um longo processo judicial para ver penalizado o seu agressor. Essa é a melhor interpretação, de constitucionalidade firme, como ensina Damásio de Jesus no artigo *Juizados Especiais Criminais, ampliação do rol dos crimes de menor potencial ofensivo e Estatuto do Idoso*:

“Teria o referido dispositivo alterado pela segunda vez o art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais, cumprindo serem considerados crimes de menor potencial ofensivo todos aqueles cuja pena máxima abstrata detentiva não supere quatro anos, previstos no estatuto ou não? Seriam de menor potencial ofensivo delitos como a apropriação indébita de pensão de idoso, apenada com quatro anos de reclusão (art. 102 da Lei 10.741/03)? Estaria a lei nova ampliando o rol dos delitos de menor afetação jurídica?

Acreditamos que não. O art. 94 somente pretendeu imprimir à ação penal por crimes contra o idoso, com sanção abstrata máxima não superior a quatro anos, o procedimento da Lei 9.099/95, conferindo maior rapidez ao processo. Não seria razoável que, impondo um tratamento penal mais rigoroso aos autores de crimes contra o idoso, contraditoriamente viesse permitir a transação penal, instituto de despenalização (art. 76 da Lei dos Juizados Especiais Criminais). A ampliação do limite máximo viria permitir a concessão da roupagem de infrações de menor afetação jurídica a delitos de gravidade, como aborto consentido, furto e receptação simples, rapto, abandono material, contrabando etc.

O art. 61 da Lei 9.099/95 contém a conceituação de crimes de menor potencial ofensivo para efeito da competência dos Juizados Especiais Cri-

minais. O art. 94 do Estatuto do Idoso disciplina a espécie de procedimento aplicável ao processo, não cuidando de infrações de menor potencial ofensivo. Temos, pois, disposições sobre temas diversos, cada uma impondo regras sobre institutos diferentes, sendo incabível a invocação do princípio da proporcionalidade.”

Além disso, o Estatuto do Idoso, ainda que se aplicasse ao presente caso – o que não acontece – teria o condão de anular o processo desde a denúncia, porque regras processuais não podem retroagir para alcançar fases processuais preclusas. De fato, quando a lei entrou em vigor, noventa dias após sua publicação em outubro de 2003, o processo já estava julgado, inclusive com apelação interposta pelo paciente e subscrita pelo impetrante. Não há por que aplicar-se uma lei posterior a um processo já julgado, para anulá-lo, quando a própria apelação no seu caminhar foi interposta antes mesmo da vigência da referida lei.

Claro está, portanto, que o impetrante está buscando um “julgamento antecipado” da sua apelação, que certamente virá com os autos no tempo certo – pois já interposta – sendo certo que nesse prazo – entre a prolação da sentença e o julgamento da apelação – o paciente não está sofrendo nenhuma ameaça de restrição de liberdade. Nem legal, nem ilegal, porque a apelação deverá subir com efeito devolutivo e suspensivo, sendo que suas teses serão devidamente apreciadas pelo Tribunal no momento certo, prestando até lá o feito com exequibilidade suspensa – e não representando nenhuma ameaça à liberdade do paciente (fls. 153/156).

Com efeito, conforme ressaltou o ilustre procurador, não cabe, *in casu*, a aplicação do art. 94 da Lei 10.741/03.

Ora, considerando o disposto no art. 2º do Código de Processo Penal, que consagra o princípio da aplicação imediata da lei processual penal, a Lei 10.741/03, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2004 (cf. art. 118), não tem o condão de retroagir para afetar o procedimento do caso ora em análise, eis que a sentença condenatória foi proferida em 4 de outubro de 2003 (fls. 51), inclusive com apelação interposta pelo réu, ora paciente, em 20 de outubro de 2003 (fls. 54), cujas razões foram apresentadas em 17 de novembro de 2003 (fls. 60/84 e 138) a serem apreciadas oportunamente por este Tribunal.

Portanto não se vislumbra fundamento jurídico suficiente a ensejar a concessão da ordem.

Diante do exposto, denego a ordem de *habeas corpus* postulada na inicial, julgando prejudicado o agravo regimental interposto a fls. 145/149.

É o voto.

Quinta Turma

Agravo de Instrumento

2000.01.00.103440-7/GO

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

Agravante: Comissão Nacional de Energia Nuclear – Cnen

Procuradora: Dra. Maria Angélica do Eirado Silva

Agravado: Ministério Público Federal

Publicação: DJ 2 de 09/12/04

Ementa

Processual Civil. Agravo de instrumento. Ação civil pública. Acidente radioativo com o céσιο-137. Apelação da Cnen recebido no efeito meramente devolutivo. Maior gravame a ser imposto aos beneficiários da sentença proferida na ação civil pública em caso de suspensão dos efeitos da sentença até o julgamento da apelação. Acidente ocorrido há mais de 17 (dezessete) anos. Atendimento e acompanhamento médico às vítimas inadequado. Prevalência do interesse público. Alegação de prescrição. Questão a ser discutida no julgamento da apelação.

I. Os recursos interpostos na ação civil pública têm, como regra geral, efeito meramente devolutivo, como se infere da interpretação *a contrario sensu* do art. 14 da Lei 7.347/85, segundo o qual pode o juiz conceder efeito suspensivo aos recursos, a fim de evitar dano irreparável à parte interessada.

II. O MM. Juiz *a quo* recebeu no efeito meramente devolutivo o recurso de apelação interposto pela Comissão Nacional de Energia Nuclear – Cnen nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em que se discute a responsabilidade civil pelo acidente com o Césio-137, bem como a reparação dos danos causados, sob o fundamento da possibilidade de maior gravame a ser imposto aos beneficiários da sentença proferida na ação civil pública, em caso de acolhimento da pretensão da autarquia federal.

III. Embora o acidente radioativo com Césio-137, na cidade de Goiânia/GO, tenha ocorrido há mais de 17 (dezessete) anos, até o presente momento as vítimas não vêm recebendo de forma adequada e satisfatória o necessário atendimento e acompanhamento médico.

IV. Hipótese em que deve prevalecer o interesse público da parte da população atingida pela radiação do Césio-137, cujos efeitos vêm desencadeando o aparecimento de diversas doenças, inclusive congênitas, não podendo o Poder

Público desincumbir-se de prestar a assistência necessária a essas pessoas.

V. A Fundação Nacional de Saúde, através do Centro Nacional de Epidemiologia, admitindo que o tempo médio de latência do céσιο é de quinze anos, estima haver um crescimento progressivo da taxa de incidência de câncer na população goiana, a partir de 2002, como conseqüência do acidente radiológico.

VI. A Nota Técnica do CNE/FNS, de dezembro de 2003, declara que não há plano de ação integrado da Suleide/SES à Cnem para redução e eventual eliminação da exposição ambiental e as ações voltadas aos aspectos de saúde da população. Também não há registro de plano da Suleide/SES que contemple os aspectos de promoção, prevenção e assistência à saúde.

VII. A eficácia executiva imediata do dispositivo da sentença é relevante para:

a) garantir o atendimento médico-hospitalar, técnico-científico, odontológico e psicológico às vítimas diretas e indiretas, reconhecidamente atingidas, até a 3ª geração;

b) viabilizar o transporte das vítimas em estado mais grave (do grupo I) para a realização de exames, caso necessário;

c) prosseguir o acompanhamento médico da população de Abadia de Goiás – GO, vizinha do depósito provisório de rejeitos radioativos, bem como prestar eventual atendimento médico, em caso de contaminação.

d) efetivar sistema de notificação epidemiológica sobre câncer, conforme proposto a folhas 284/372;

e) auxiliar e contribuir, no que for necessário, com o trabalho de monitoramento epidemiológico permanente da população de Goiânia, atualmente realizado pela Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, ficando, no caso de interrupção desse monitoramento por parte do Estado de Goiás, condenada a efetivá-lo individualmente; e

f) manter, nesta capital, um centro de atendimento para as vítimas do Césio-137, com a assistência permanente de físicos e médicos especializados, caso a prestação desses serviços venha a ser interrompida por parte do Ipasgo e do Estado de Goiás, que sucedeu a extinta Funleide.

VIII. Eventual alegação da prescrição pretensão condenatória do Ministério Público Federal não constitui fundamento suficiente a atribuir efeito suspensivo ao acolhimento do pedido deduzido na peça recursal, uma vez que tal questão será devidamente apreciada por ocasião do julgamento da apelação interposta pela Comissão Nacional de Energia Nuclear – Cnen nos autos da ação civil pública.

IX. Agravo de instrumento da Cnen improvido.

Acórdão

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto da Exma. Sra. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida.

5ª Turma do TRF-1ª Região – 29/11/04.

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida: — Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Comissão Nacional de Energia Nuclear – Cnen contra decisão que, em sede de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, recebeu a apelação interposta pela autarquia no efeito meramente devolutivo.

Sustenta a agravante que resta configurado o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* autorizadores do recebimento da apelação recurso no efeito suspensivo, dada a inviabilidade orçamentária de se efetuar o pagamento da multa de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), imposta pela sentença, ao fundo previsto no art. 13 da Lei 7.347/85, bem como da multa cominatória no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para o caso de descumprimento de quaisquer das obrigações de fazer estabelecidas na sentença.

Argumenta, também, que a prescrição quinquenal suscitada pelo Estado de Goiás, acolhida na sentença, e argüida pela Cnen em seu recurso de apelação, uma vez que embora o acidente com o Césio-137 tenha ocorrido em 1987, a ação foi proposta somente em 1995, demonstra a plausibilidade jurídica do direito invocado, a consubstanciar o recebimento do recurso no duplo efeito.

Requer, ao final, a reforma da decisão agravada.

O pedido de efeito suspensivo restou deferido a fls. 53/54, por entender, a então Relatora, que o rol das hipóteses de recebimento do recurso de apelação no efeito devolutivo, previsto no art. 520 do CPC, é exaustivo, não admitindo interpretação extensiva.

O Ministério Público Federal apresentou contra-razões (fls. 61/72) asseverando que a atribuição de efeito suspensivo ao agravo constituiu óbice intransponível à efetivação dos comandos que emergem da sentença condenatória, impossibilitando o necessário e inadiável amparo às vítimas do acidente radiológico com o Césio-137.

Afirma que em virtude do contato com o material radioativo, diversas pessoas apresentam hoje enfermidades, inclusive congênitas, que necessitam de atendimento e acompanhamento médico, demanda que não é satisfatoriamente atendida pela Superintendência Leide das Neves – Suleide, a qual vem atendendo a aproximadamente seiscentos radioacidentados.

Ao final, pugna pela manutenção da decisão agravada.

Desnecessárias outras providências, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida: — O Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de Goiás ajuizaram ação civil pública contra a União e contra a Comissão Nacional de Energia Nuclear – Cnen em razão de acidente ocorrido na cidade de Goiânia em setembro de 1987 envolvendo uma bomba de Césio -137.

Pediram na mencionada demanda que todas as vítimas do acidente radiológico fossem amparadas.

O pedido foi julgado procedente. Inconformada com a sentença condenatória, a Cnen interpôs apelação que fora recebida somente no efeito devolutivo.

Insurge-se a Comissão Nacional de Energia Nuclear – Cnen contra a decisão que recebeu o recurso de apelação interposto nos autos da ação civil pública no efeito meramente devolutivo, argumentando, para tanto, a impossibilidade orçamentária de efetuar o pagamento da multa ao fundo previsto no art. 13 da Lei 7.347/85, bem como da multa cominatória pelo descumprimento de quaisquer das obrigações de fazer, impostos pela sentença.

Alega que a sentença proferida na ação civil pública condenou a Cnen:

E.1. ao pagamento de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, nos termos do art. 13 da Lei 7.437/85 e Decreto 1.306/94;

E.2. a garantir o atendimento médico-hospitalar, técnico-científico, odontológico às vítimas diretas e indiretas, reconhecidamente atingidas, até a 3ª geração;

E.3. a viabilizar o transporte das vítimas em estado mais grave (do Grupo I), para a realização dos exames necessários (art. 460, parágrafo único, do CPC);

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Fagundes de Deus e João Batista Moreira.

E.4. a prosseguir o acompanhamento médico da população de Abadia de Goiás – GO, vizinha do depósito provisório de rejeitos radioativos, bem como a prestar eventual atendimento médico, em caso de contaminação (art. 460, parágrafo. único, do CPC);

E.5 a efetivar sistema de notificação epidemiológica sobre câncer, conforme proposto, a fls. 284/372;

E.6 a auxiliar e contribuir, no que for necessário, com o trabalho de monitoramento epidemiológico permanente da população de Goiânia, atualmente realizado pela Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, conforme noticiado a fls. 5.799, item VII. No caso de interrupção desse monitoramento por parte do Estado de Goiás, fica a Cnen condenada a efetivá-la individualmente (art. 460, parágrafo. único, do CPC);

E.7 a manter, nesta Capital, um centro de atendimento às vítimas do Césio-137, com a assistência permanente de físicos e médicos especializados, caso a prestação desses serviços venha a ser interrompida por parte do Ipasgo e do Estado de Goiás, que sucedeu a extinta Funleide.

Fixou ainda, segundo afirma, no caso se verificar a mora da autarquia, a contar de 30 (trinta) dias da intimação da sentença, multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada item não obedecido. Estabeleceu que a mora, no caso dos itens E.2, E.3 e E.4 configurar-se-á após o transcurso de 48 (quarenta e oito) horas, a partir da intimação.

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

Deixo de receber a apelação interposta pela Cnen no efeito suspensivo, tendo em vista que, apesar de não se desconsiderar a possibilidade de dano de difícil reparação por aquela (a Cnen), analisando a situação dos autos, o recebimento no efeito suspensivo significaria maior possibilidade de gravame aos beneficiários da decisão recorrida.

Em razão da preponderância dos interesses dos hipossuficientes, as vítimas do acidente, recebo a apelação da Cnen no efeito meramente devolutivo. Ao pólo recorrido para contra-razões. (....)

Vale salientar inicialmente que embora nas ações civis públicas se aplique a sistemática recursal prevista no Código de Processo Civil, devem ser observadas as peculiaridades contidas na Lei 7.347/85.

Nessa esteira, cumpre frisar que diferentemente do preconizado pelo Código de Processo Civil, os recursos nas ações civis públicas, regra geral, possuem efeito meramente devolutivo, como se constata da interpretação *a contrario sensu* do art. 14 da Lei 7.347/85, o qual dispõe:

Art. 14. O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte.

Assim, resta claro que o efeito meramente devolutivo dos recursos é a regra

geral do regime recursal nas ações civis públicas, facultando-se ao juiz, mediante a utilização do poder geral de cautela, à semelhança da previsão contida no CPC, atribuir efeito suspensivo aos recursos, a fim de obstar a ocorrência de lesão irreparável ou de difícil reparação à parte interessada.

Nesse sentido, confira-se a lição do Professor Nelson Nery Júnior, ao comentar a Lei 7.437/85:

(...) 4. *Regra geral: recursos têm efeito meramente devolutivo:*

Embora as ações propostas com base na LACP devam submeter-se ao regime recursal do CPC (v. coment. 1 LACP 14), a regra desta lei quanto aos efeitos dos recursos deve ser extraída a *contrario sensu* da norma sob comentário. Como a norma estabelece poder o juiz conceder efeito suspensivo aos recursos, significa a *contrario sensu* que os recursos no sistema da LACP têm, sempre, o efeito meramente devolutivo como regra geral. O sistema é assemelhado ao da LJE 43. O destinatário principal e imediato da norma é o juiz, cabendo-lhe de ofício, dizer em que efeitos recebe o recurso. Não é preciso haver pedido da parte ou interessado para que o juiz receba o recurso no efeito meramente devolutivo ou conceda efeito suspensivo ao recurso para evitar dano irreparável. O sistema da norma comentada funciona à semelhança do regime do poder cautelar geral do juiz no CPC, no qual tem o magistrado o poder de conceder *ex officio* medida cautelar incidente, mas não cautela antecedente sem provocação da parte. Como a ação já está em curso quando se interpõe recurso, no caso sob exame a cautela seria, portanto, incidente. (...)”¹

No presente caso, o MM. magistrado *a quo* fundou-se na possibilidade de maior gravame a ser imposto aos beneficiários da sentença proferida na ação civil pública na hipótese de recebimento da apelação no efeito suspensivo. Considerou, ainda, a hipossuficiência das vítimas, diretas e indiretas, do acidente.

Não merece reforma a decisão agravada.

Com efeito, o acidente radioativo com o Césio-137 ocorreu há mais de 17 (dezessete) anos, observando-se que até o presente momento as vítimas não vêm recebendo de forma adequada e satisfatória o necessário atendimento e acompanhamento médico, o qual vem sendo realizado pela Superintendência Leide das Neves – Suleide, em Goiânia/GO.

Nesta controvérsia, deve prevalecer o interesse público da parte da população atingida pela radiação do Césio-137, cujos efeitos vêm desencadeando o aparecimento de diversas doenças, inclusive congênicas, como noticiado pelo Ministério Público Federal, não podendo o Poder Público desincumbir-se de prestar a assistência necessária a essas pessoas.

Tem razão o douto Ministério Público Federal. As medidas tendentes a em prestar efetividade ao que restou decidido em favor das vítimas não podem esperar

pelo definitivo julgamento da lide, sob pena de restar inútil o provimento jurisdicional pela morte ou irrecuperabilidade total dos radioacidentados.

O atual estado de fato a ser reparado pela sentença mostra um número cada vez maior de pessoas que por terem tido contato com o Césio - 137 da forma direta ou indireta estão desenvolvendo doenças decorrentes da radiação.

A Fundação Nacional de Saúde admite que o tempo médio de latência do césio é de 15 anos e por isso há um crescimento progressivo da taxa de incidência de câncer na população goiana, a partir do ano de 2002. Esses dados foram fornecidos pela Nota Técnica 15 do Centro Nacional de Epidemiologia, da Fundação Nacional de Saúde.

Resta claro que o dano resultante da não-efetivação de medidas capazes de prestar adequada assistência às vítimas e à população do Estado de Goiás potencialmente é irreparável, porque com relação ao tempo que passa e à morte não há recuperação alguma.

Ademais, se faz necessária a implementação imediata de sistema de monitoramento epidemiológico na população de Goiás e Abadia de Goiás, para identificação precoce de novos casos de câncer e danos típicos de quem se expôs à irradiação.

Faz-se necessário manter a eficácia executiva imediata da sentença para o efeito de:

- a) garantir o atendimento médico-hospitalar, técnico-científico, odontológico e psicológico às vítimas diretas e indiretas, reconhecidamente atingidas, até a 3ª geração;
- b) viabilizar o transporte das vítimas em estado mais grave (do grupo I) para a realização de exames, caso necessário;
- c) prosseguir o acompanhamento médico da população de Abadia de Goiás – GO, vizinha do depósito provisório de rejeitos radioativos, bem como prestar eventual atendimento médico, em caso de contaminação.
- d) efetivar sistema de notificação epidemiológica sobre câncer, conforme proposto a folhas 284/372;
- e) auxiliar e contribuir, no que for necessário, com o trabalho de monitoramento epidemiológico permanente da população de Goiânia, atualmente realizado pela Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, ficando, no caso de interrupção desse monitoramento por parte do Estado de Goiás, condenada a efetivá-lo individualmente; e
- f) manter, nesta capital, um centro de atendimento para as vítimas do Césio-137, com a assistência permanente de físicos e médicos especializados, caso a prestação desses serviços venha a ser interrompida por parte do Ipasgo e do Estado de Goiás, que sucedeu a extinta Funleide.

Vale salientar, ainda, que eventual alegação de prescrição não é fundamento suficiente para configurar o *fumus boni iuris* necessário ao acolhimento da pretensão da agravante, uma vez que tal questão será apreciada por ocasião do julgamento da apelação da Cnen por esta Corte Regional.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo da Cnen.

É como voto.

Nota:

¹ In *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 7^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 1.345.

Sexta Turma

Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento

2000.01.00.009030-4/PA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente
 Embargante: Cargill Agrícola S/A
 Advogados: Dr. Benjamin Gallotti Beserra e outros
 Embargado: Ministério Público Federal
 Procuradores: Dr. Felício Pontes Júnior e outro
 Publicação: DJ 2 de 22/11/04

Ementa

Constitucional e Processual Civil. Princípio da precaução. Antecipação de tutela cautelar do meio ambiente. Agravo de instrumento desprovido. Antecipação de tutela mantida. Inexistência de perda de objeto do agravo já decidido pelo Tribunal revisor antes da sentença de mérito no juízo singular. Embargos desprovidos.

I. A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o *princípio da prevenção* (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada) e a conseqüente *precaução* (quando houver dúvida sobre o potencial

deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação), exigindo-se, assim, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade (CF, art. 225, § 1º, IV).

II. Se a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, no Brasil (Lei 6.938, de 31/08/81) inseriu como objetivos essenciais dessa política pública “*a compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico*” e “*a preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida*” (art. 4º, incisos I e VI), a configurar, no plano fático, o verdadeiro *desenvolvimento sustentável*, deve ser mantida a suspensão do Alvará de Autorização 24/99, que possibilitava a realização de obras no Porto de Santarém (PA), bem assim a expedição de qualquer outro alvará que viabilize outras obras, potencialmente causadoras de degradação do meio ambiente, em face da instalação do referido porto, provável escoador de soja transgênica, na região amazônica, assim exposta ao desmatamento irresponsável e a disfarçada colonização alienígena, até que se realize, por *competente equipe multidisciplinar*, o *Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA/Rima)*, observando-se a regulamentação da Resolução 1-Conama, de 23 de janeiro de 1986, na dimensão do interesse difuso a ser, ali, protegido.

III. A pretensão recursal da embargante, no sentido de que se declare, também, a prejudicialidade deste agravo de instrumento, não merece prosperar, posto que, ao prolatar a sentença de mérito, nos autos principais, em 18 de maio de 2004, o presente agravo já havia sido julgado pela colenda Sexta Turma deste Tribunal, desde 29 de setembro de 2003, confirmando a antecipação de tutela cautelar do meio ambiente, nos termos do juízo monocrático, e, com a superveniente sentença de mérito daquele juízo, caberia a esse órgão colegiado e revisor, tão-somente, declarar prejudicado o recurso de embargos de declaração, opostos pela agravante, mantendo-se a plena eficácia do acórdão que negou provimento ao agravo, para garantia da antecipação da tutelar cautelar, ali, deferida, em prol do meio ambiente.

IV. Embargos de declaração desprovidos.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento aos embargos de declaração.

6ª Turma do TRF-1ª Região – 18/10/04.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Cuida-se de embargos de declaração opostos por Cargill Agrícola S/A contra o venerando acórdão de fls. 798/801, proferido pela colenda Sexta turma deste egrégio Tribunal, declarando prejudicados os embargos declaratórios por ela veiculados, em face da superveniência de sentença proferida nos autos de origem.

Em suas razões recursais, sustenta a recorrente, em resumo, que o acórdão embargado limitou-se a declarar a prejudicialidade daqueles primeiros embargos, quando deveria declarar prejudicado o próprio agravo de instrumento, tendo em vista que, nestes autos, buscava-se a suspensão de decisão antecipatória da tutela concedida nos autos de origem, e, tendo sido negado provimento ao referido agravo, poder-se-ia concluir que os efeitos daquela decisão teriam sido revigorados, como assim interpretou o Ministério Público Federal, que já teria, inclusive, ajuizado competente ação de atentado, buscando, liminarmente, a demolição das instalações portuárias descritas nos autos, cujas obras, ante a antecipação da tutela recursal deferida nestes autos, suspendendo os efeitos da decisão agravada, tivera regular prosseguimento.

Argumenta, ainda, a embargante que, uma vez suspensos os efeitos da decisão objeto do presente recurso de agravo, prosseguiu-se com as obras cuja realização fora sobrestada. Ocorre que, julgado o recurso, negando-lhe provimento, e veiculados competentes embargos declaratórios, sobreveio a prolação de sentença de mérito, nos autos de origem, que se limitou a condená-la, em conjunto com o Estado do Pará, a concluir, em até 180 (cento e oitenta) dias, o devido EIA/Rima relativo a toda a extensão arrendada à CDP no Porto de Santarém/PA, e à recomposição de qualquer dano ambiental eventualmente comprovado e decorrente das operações de sua instalação e funcionamento irregulares, registrando o juízo monocrático, em sede de embargos declaratórios, que o comando sentencial não revigora os efeitos da decisão liminarmente deferida, até mesmo porque esta se encontrava suspensa, por força do *decisum* proferido nos presentes autos.

Alegando, pois, que o acórdão embargado teria sido omissivo no ponto em que não declarou a prejudicialidade do presente agravo de instrumento e obscuro, eis que não esclarece os motivos por que a sentença proferida nos autos de origem seriam suficientes para prejudicar os embargos de declaração, antes interpostos, requer o provimento dos presentes declaratórios, para que se declare a prejudicialidade do presente recurso de agravo de instrumento, nos termos do art. 529 do CPC.

Este é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Como visto, o presente agravo de instrumento visava à reforma da decisão proferida nos autos de origem, em que fora parcialmente deferida a antecipação da tutela cautelar, ali formulado, determinando a suspensão do alvará de Autorização 24/99, que possibilitava a realização de obras no Porto de Santarém/PA, bem assim a expedição de qualquer outro alvará que viabilizasse outras obras potencialmente causadoras de degradação do meio ambiente, na área em que se encontra localizado o referido porto (fls. 42/46).

Suspensa a eficácia do aludido *decisum*, pelo eminente Relator, na época (fls. 328), e regularmente instruídos os autos, a colenda Sexta Turma deste egrégio Tribunal negou provimento ao presente agravo (fls. 591/605), mantendo, em consequência, a decisão agravada, que coibia a realização das obras. Opostos embargos de declaração pela agravante (fls. 607/643), sobreveio o expediente de fls. 758, em que o juízo monocrático noticia a prolação de sentença de mérito, nos autos de origem, julgando parcialmente procedente o pedido ali formulado, para condenar a agravante, em conjunto com o Estado do Pará, a concluir, em até 180 (cento e oitenta) dias, o devido EIA/Rima relativo a toda a extensão arrendada à CDP no Porto de Santarém/PA, e à recomposição de qualquer dano ambiental eventualmente comprovado e decorrente das operações de sua instalação e funcionamento irregulares, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais).

Portanto, o comando sentencial em referência, não obstante estivesse autorizado a ratificar os termos da decisão liminarmente proferida nos autos de origem, inclusive, com a chancela deste egrégio Tribunal, não a ratificou, por equívoco, limitando-se a determinar a elaboração do EIA/Rima e a recomposição de eventuais danos causados ao meio ambiente, quando esta colenda Sexta Turma já houvera negado provimento ao agravo da Cargill Agrícola S/A, em setembro de 2003, mantendo, assim, a decisão agravada, em toda sua eficácia.

A todo modo, a pretensão recursal deduzida pela embargante, nos presentes embargos de declaração, no sentido de que se declare, também, a prejudicialidade do agravo de instrumento, não merece prosperar, na medida em que, por ocasião da prolação da sentença de mérito, nos autos principais, ocorrida em 18 de maio de 2004 (fls. 759/783), o referido agravo já havia sido julgado, como visto, pela colenda Sexta Turma, desde 29/09/03, confirmando a decisão agravada, confor-

*N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz João Carlos Costa Mayer Soares (convocado). Ausente, justificadamente, a Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

me se vê do venerando acórdão de fls. 591/605. Portanto, com a superveniente prolação de sentença, ao Colegiado caberia, tão-somente, declarar prejudicado o recurso ainda não apreciado, no caso, os embargos de declaração opostos pela agravante, os quais não vingariam mesmo, por se afigurarem manifestamente infringentes do julgado.

Ademais, em sendo confirmada pela Corte Revisora a decisão que antecipou os efeitos da tutela, nos autos de origem, não resta a menor dúvida quanto à vigência da sua eficácia até o julgamento final da demanda, ali, instaurada, vale dizer, até o trânsito em julgado da sentença monocrática, até quando permanecerá a exigência de prévio EIA/Rima, que, registre-se, não se restringe às obras da construção portuária questionada nos autos, mas, também, e essencialmente, aos efeitos do impacto ambiental de sua futura instalação, com as finalidades a que se propõe naquela região amazônica, ante a vastidão de seu rico ecossistema.

Por isso mesmo, o Estudo de Impacto Ambiental *há de ser prévio* e não concomitante ou posterior às instalações portuárias, ali, pretendidas.

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

Com esta inteligência, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, no Brasil (Lei 6.938, de 31/08/81) inseriu como objetivos essenciais dessa política pública “*a compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico*” e “*a preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida*” (art. 4º, incisos I e VI).

Dentre os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, exigem-se “*a avaliação de impactos ambientais*” e “*o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras*” (art.9º, III e IV), estabelecendo-se, ainda, que “*a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidoras, bem como os capazes sob qualquer forma, de causar*

degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente e do Ibama, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional” (art.10 e respectivo § 4º, com a redação dada pela Lei 7.804, de 18/07/89).

Por isso, há de se entender que o princípio do poluidor-pagador busca, sobretudo, evitar a ocorrência de danos ambientais e, só no último caso, a sua reparação.

Nesta ótica, deve ser mantida a suspensão do Alvará de Autorização 24/99, que possibilitava a realização de obras no Porto de Santarém/PA, bem assim a expedição de qualquer outro alvará que viabilize outras obras, potencialmente causadoras de degradação do meio ambiente, em face da instalação do referido porto, provável escoador de soja transgênica, na região amazônica, assim exposta ao desmatamento irresponsável e à disfarçada colonização alienígena, até que se realize, por competente *equipe multidisciplinar*, o *Estudo Prévio de Impacto Ambiental*, observando-se a regulamentação da Resolução 1/Conama, de 23 de janeiro de 1986, na dimensão do interesse difuso a ser, ali, protegido.

Com estas considerações, nego provimento aos embargos de declaração.

Este é meu voto.

Sétima Turma

Agravo Interno no Agravo de Instrumento

2003.01.00.019299-7/DF

Relator:	O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral
Agravante:	Conselho Federal de Enfermagem – Cofen
Procuradores:	Dr. Alexandre Reinol da Silva e outros
Agravado:	Conselho Federal de Farmácia
Procuradores:	Dra. Ivanilde Fabrette e outros
Agravante Interno:	Conselho Federal de Enfermagem – Cofen
Agravada Interna:	Decisão de fls. 220
Publicação:	DJ 2 de 10/12/04

Ementa

Conselho de classe. Resolução do Cofen que autoriza enfermeiros a preparar medicamentos antineoplásicos (quimioterápicos): suspensa por antecipação de tutela. Portaria do Ministério da Saúde limitando o preparo aos farmacêuticos. Seguimento negado: decisão singular confirmada. Agravo interno não provido.

I. A concessão da antecipação da tutela exige, nos termos do art. 273 do CPC, prova inequívoca que convença o julgador acerca da verossimilhança de suas alegações, à qual se deve agregar, cumulativamente, o trinômio dos incisos I e II do aludido artigo – perigo de dano, abuso de defesa ou propósito protelatório. A pedra de toque, logo se vê, é a prova inequívoca (evidência do direito), tudo porque o instituto pretende, não se duvide, oferecer à parte a antecipação do resultado que, muito provavelmente, a ulterior sentença veiculará.

II. A análise etimológica do vocábulo “preparo” e sua utilização no jargão médico revelam, ainda que em exame perfunctório, que sua conceituação vai além de “mera diluição” ou “simples mistura” de medicamentos, por isso que a Portaria 3.535/98 do Ministério da Saúde prevê que “*todo preparo de medicamentos anti-neoplásicos deve ser realizado pelo farmacêutico*” (atividade privativa).

III. A eventual carência de profissionais farmacêuticos nos hospitais públicos não possui, por si só, o condão de autorizar o preparo de medicamentos quimioterápicos por outros profissionais da área de saúde, seja por ausência de conhecimento técnico-científico específico desses profissionais, seja por encontrar óbice na legislação de regência.

IV. *Per fas, per nefas*, a prudência recomenda a adoção, neste momento, da orientação do Ministério da Saúde (Portaria 3.535/98).

V. Agravo interno não provido.

VI. Peças liberadas pelo Relator em 26/11/04 para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a 7ª Turma negar provimento ao agravo interno, por maioria.

7ª Turma do TRF-1ª Região – 09/11/04.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Por agravo protocolizado aos 24/06/03, o agravante pediu, com efeito suspensivo, a reforma da antecipação de tutela datada de 10/04/02 (fls. 42), que a MMA.. Juíza Federal Substituta Anamaria Reis Resende, em exercício na 21ª Vara/DF, concedeu nos autos da AO 2002.34.00.004810-6, ajuizada pelo Conselho Federal de Farmácia – CFF aos 28/02/02 contra o Conselho Federal de Enfermagem – Cofen, suspendendo os efeitos da Resolução Cofen 257/01 que autorizava aos enfermeiros o “preparo” de drogas quimioterápicos e antineoplásicas.

S.Exa. assim fundamentou sua decisão: “a profissão de enfermeiro não inclui a atividade de preparo de drogas ou afins, atribuição dos profissionais de farmácia”, e conclui que : “(...) a urgência da medida decorre do risco à saúde pública, uma vez que os tratamentos quimioterápicos, como é de conhecimento de todos, são altamente nocivos e têm diversos efeitos colaterais, que obviamente serão agravados se a manipulação das drogas for efetuada por profissional sem a devida formação acadêmica”.

O agravante (Cofen) alegou que sua Resolução 257/01 não conferiu ao profissional enfermeiro atividade privativa do farmacêutico, por isso que *preparar* os medicamentos (simples ato de misturar ou diluir certa quantidade de substâncias e/ou medicamentos), não se confunde com *manipulá-los* .

O agravado (CFF), de seu turno, alegou que a matéria está regulamentada pela Portaria 3.535/98 do Ministério da Saúde, *verbis*: “todo preparo de medicamentos antineoplásicos deve ser realizado pelo farmacêutico”. Disse, mais, que “os riscos à saúde são evidentes, posto que da formação desse profissional (enfermeiro) estão ausentes os conhecimentos capazes de avaliar a interferência dos medicamentos e as interações medicamento/medicamento ou alimento/medicamento, bem como a capacidade técnico-científica de formular e produzir medicamento em qualquer escala, colocando em risco a própria vida dos pacientes que sofrem de câncer e tenham que perceber as drogas quimioterápicas e antineoplásicas então preparadas por profissional sem qualificação técnica ou amparo legal”.

Por decisão datada de 27/06/03 (fls. 100/102), a relatora originária Des. Federal Maria Isabel Gallotti suspendeu a antecipação de tutela, ao fundamento de que, ao seu entender, tanto o farmacêutico quanto o enfermeiro estão “tecnicamente aptos a realizar a manipulação de antineoplásicos, desde que disponham de condições materiais (instalações e equipamentos)”. Disse, ainda, que não vislumbrava “motivo para proibir enfermeiros de prepararem tais medicamentos”, pois, “não há prova de que seu trabalho, até hoje, tenha causado danos à saúde dos pacientes”. E concluiu : “é enfático (...) que a enfermagem especializada na área de oncologia tem plenas condições de praticar tais procedimentos. (...) há séria possibilidade de não haver farmacêuticos suficientes no mercado de trabalho para atender a demanda que surgirá, e isto poderá causar verdadeiro caos no sistema de saúde (...)”.

O agravado (CFF) requereu Suspensão de Segurança (SS 2003.01.00.0024539-0), indeferida.

A Procuradoria Regional da República manifestou-se (fls. 181/183) pelo provimento do agravo por “ausência de verossimilhança da alegação”.

Autos a mim redistribuídos aos 30/08/04.

Por decisão datada de 09/09/04 (fls. 220 – DJII 17/09/04), neguei seguimento ao agravo, por improcedente, nestes termos:

(...)

Examinando a Lei 7.498, de 25/06/86, que regulamenta a profissão, conclui-se que, entre as atribuições do enfermeiro, não está incluída a atividade de “preparar medicamentos”, conferida pela Resolução Cofen 257/01:

Art. 11 – O enfermeiro exerce todas as atividades de enfermagem cabendo-lhe:

I – privativamente:

a) direção do órgão de enfermagem integrante da estrutura básica da instituição de saúde, pública e privada, e chefia de serviço e de unidade de enfermagem;

b) organização e direção dos serviços de enfermagem e de suas atividades técnicas e auxiliares nas empresas prestadoras desses serviços;

c) planejamento, organização, coordenação, execução e avaliação dos serviços de assistência de enfermagem;

d) (vetado);

e) (vetado);

f) (vetado);

g) (vetado);

h) consultoria, auditoria e emissão de parecer sobre matéria de enfermagem;

i) consulta de enfermagem;

j) prescrição da assistência de enfermagem;

l) cuidados diretos de enfermagem a pacientes graves com risco de vida.”

O Cofen, por mera Resolução, atribuiu competência não prevista na lei que regulamenta a profissão e que, pelo menos em princípio, parece invadir a área de atuação dos farmacêuticos, *haja vista a Portaria/MS 3.535/98, que é clara ao afirmar em seu subitem 3.3.2.1 que “todo preparo de medicamentos antineoplásicos deve ser realizado pelo farmacêutico”*. (grifei)

É certo que a diferença entre os conceitos “preparar” e “manipular” medicamentos não é de fácil visualização e requer detida reflexão dos seus limites, o que, por si só, já seria motivo suficiente para a suspensão da resolução, pois: a) o tema é por demais delicado, pois envolve saúde pública; e b) o preparo de medicamentos antineoplásicos já estava regulado pela Portaria/MS 3.535/98.

Pelo exposto, manifestamente improcedente o agravo, nego-lhe seguimento (art. 557 do CPC). *Casso* o efeito suspensivo.

(....)

Por petição protocolizada aos 29/09/04, o agravante (Cofen) toma agravo interno (fls. 226/241), alegando que: a) “*misturar ou diluir medicamentos não é (são), nem nunca será (serão), atividade(s) privativa(s) dos profissionais farmacêuticos*”; b) há medicamentos que são “preparados” até mesmo pelo próprio paciente, em sua casa; e c) a prevalecer a decisão, ocorrerá a paralisação dos serviços hospitalares de atendimento a doentes de câncer, causando um caos na área de saúde, em especial, em hospitais públicos, por isso que não há farmacêuticos suficientes para realizar os preparos de drogas antineoplásicas e quimioterápicas necessárias.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Segundo o Dr. Almir L. da Fonseca, em sua obra Interações Medicamentosas, Ed. PUC, p. 439, medicamentos antineoplásicos “são assim chamadas as drogas utilizadas no tratamento do câncer. Devido a sua ação particular, alguns deles são chamados de citotóxicos, citostáticos, antibásticos, oncolíticos e antimetabólicos. Os agentes antineoplásicos podem ser divididos nas seguintes classes: agente alquilantes, antimetabólitos, antibióticos antineoplásicos, produtos de origem vegetal, hormônios e agentes diversos.”

A função desses medicamentos é o tratamento da doença de modo sistêmico, interferindo “*nas funções e reprodução celular, com a finalidade de causar a destruição das células malignas. Os antineoplásicos não possuem toxicidade seletiva para as células malignas, desta forma, atingem também células sadias dos tecidos de rápida proliferação. Por esse motivo, são obrigatórios os períodos de interrupção da quimioterapia para a recuperação do doente, visto que, para o tratamento, são necessárias doses repetidas de antineoplásicos durante longos períodos*”, afirma a Professora da USP Dr. Sílvia Regina Secoli (*in artigo Assistência de enfermagem no câncer*).

No concreto, o argumento do agravante de que “ministrar o agente antineoplástico é cabível a qualquer profissional de Enfermagem, primeiramente porque há prescrição médica, em segundo lugar (....) que estes profissionais possuem pronto acesso a manuais de tratamento que contêm instruções sobre protocolos e

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Iran Velasco Nascimento e Carlos Alberto Simões de Tomaz (convocados). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva.

dosagens”, parece distorcer os termos técnicos em exame na lide.

Explico. Não está em discussão a capacidade de o enfermeiro ministrar ou administrar medicamentos antineoplásicos em pacientes com câncer (atribuição própria de sua profissão), mas sua capacitação técnico-científica e autorização legal para preparar (em sentido de manipular) tais medicamentos.

A correta definição desses termos é de suma importância para a perfeita compreensão da lide.

O papel do enfermeiro oncológico encontra, por óbvio, limitação técnica e legal para a *manipulação* e/ou *preparo* dos medicamentos antineoplásicos, seja pelo grau de complexidade técnico-científica exigida; seja pelo alto risco no manuseio das substâncias envolvidas; seja porque o “preparo” de medicamentos antineoplásicos não se restringe à mera diluição ou simples mistura de outros medicamentos; seja porque tal pretensão não possui amparo legal; ou, ainda, porque ela se opõe à norma de regência: “todo *preparo* de medicamentos antineoplásicos deve ser realizado pelo farmacêutico” (grifei – Portaria/MS 3.535/98, subitem 3.3.2.1), em que pese ao documento juntado aos autos (Expediente do Cocinca – Conselho Consultivo do Instituto do Câncer) que afirma a aptidão dos enfermeiros para tal “manipulação”.

Lado outro, eventual escassez de farmacêuticos, principalmente em hospitais públicos, não possui o condão de autorizar que outros profissionais os substituam em suas *funções privativas*, sob pena de se chancelar “futurível” substituição até mesmo do médico por outro profissional, não legalmente habilitado a exercer a função.

Não há comparar, ainda que por mera exemplificação, o “preparo” de medicamentos antineoplásicos e quimioterápicos com antibióticos de uso caseiro ministrados pelo próprio paciente, mesmo porque a “arte” no preparo da medicação vai muito além da leitura atenta de instruções laboratoriais (“vide bula”) ou prescrições médicas.

Admitir o contrário é não reconhecer, por absurdo, a importância e a cientificidade da faculdade de farmácia.

Nesse diapasão, presentes os requisitos concessivos da antecipação de tutela (art. 273 do CPC) para suspender os efeitos da Resolução Cofen 257/01 que autorizava enfermeiros a “preparar” medicamentos quimioterápicos e antineoplásicos, em evidente extrapolação dos limites da “competência” do Cofen.

Importante gizar que a concessão de antecipação de tutela não implica, necessariamente, sentença de conteúdo positivo. A decisão final será tomada no tempo oportuno e após examinadas, de forma pormenorizada, todas as questões desta complexa lide.

Per fas, per nefas, a prudência recomenda a adoção, neste momento, da orientação do Ministério da Saúde (Portaria 3.535/98), mesmo porque, os fundamentos expostos pela Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, ao conceder o efeito suspensivo (deficiência quantitativa de farmacêuticos nos hospitais públicos e ausência de danos à saúde dos pacientes atendidos pelos enfermeiros), carecem de melhor dilação probatória.

A concessão da antecipação da tutela exige, nos termos do art. 273 do CPC, prova inequívoca que convença o julgador acerca da verossimilhança de suas alegações, à qual se deve agregar, cumulativamente, o trinômio dos incisos I e II do aludido artigo - perigo de dano, abuso de defesa ou propósito protelatório. A pedra de toque, logo se vê, é a prova inequívoca (evidência do direito), tudo porque o instituto pretende, não se duvide, oferecer à parte a antecipação do resultado que, muito provavelmente, a ulterior sentença veiculará.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Juiz Iran Velasco Nascimento: — Senhor Presidente, por coincidência, recentemente, nos dias 13 e 28 de outubro, tive oportunidade de examinar um agravo de instrumento interposto pelo Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado de Goiás – Sincofago. Neste processo, o sindicato dos estabelecimentos farmacêuticos em todo o Estado, não só a capital, alegava que o Conselho de Farmácia exige que o farmacêutico fique no estabelecimento durante todo o tempo em que ele funcionar. Eles trouxeram o levantamento estatístico de quantas farmácias são substituídas pelo sindicato agravante e quantos são os farmacêuticos inscritos nos quadros do Conselho Regional de Farmácia do Estado, demonstrando, efetivamente, que os profissionais de farmácia inscritos no CRF/GO são em número insuficiente para atender as farmácias já em funcionamento.

É inquestionável que os estabelecimentos farmacêuticos prestam serviços relevantíssimos à saúde pública, assim, o fato de não haver farmacêuticos em número suficiente a atender a demanda das empresas do ramo, estaria a levá-los a reduzir o tempo de abertura ao público ou até o fechamento de suas portas, porque os farmacêuticos não podem permanecer dentro das farmácias durante todo o período do seu funcionamento. O problema em Goiás está posto nesses termos.

Percebi que, além do Conselho Regional de Farmácia de Goiás, também existem Conselhos Regionais de Farmácia em Minas Gerais, no Distrito Federal e em todos os Estados limítrofes com o Estado de Goiás. Por isso, que só o argumento de inexistência de número suficiente de farmacêuticos inscritos no CRF/

GO, para atender a demanda naquele momento, não seria suficiente para impedir o cumprimento da lei. O problema, assim, ao meu sentir, naquele caso, só poderia ser solucionado mediante modificação legislativa. O Judiciário não é Poder Legislativo, não podendo legislar para dispor sobre matéria reservada ao legislador. A nós cabe interpretar as leis que temos e aplicá-las aos casos concretos. Isso mostra que a dificuldade em encontrar número de farmacêuticos suficientes para atender à demanda nas farmácias já é um problema grave, e certamente que não é só no Estado de Goiás.

Despachei um outro processo, oriundo de Mato Grosso, em que é advogado das partes o mesmo que está atuando neste processo que estamos julgando hoje, naquele caso ele trouxe hipótese diferente. Em Mato Grosso sobram profissionais de Enfermagem e há vários postos de saúde, distantes mais de 700 quilômetros um do outro, onde há apenas um enfermeiro como responsável técnico. Nesse caso, concedi a decisão a favor do Conselho de Enfermagem porque não há justificativa para manter-se apenas um enfermeiro quando se tem mais de 1.600 profissionais inscritos no Conselho de Enfermagem de Mato Grosso, e a instituição responsável por esses postos de saúde insistia em manter apenas um enfermeiro para atender a postos de saúde distantes mais de 700 quilômetros um do outro, em um Estado que sabemos que é mal servido de estrada e em que os meios de acesso são difíceis. Como fui Juiz Federal no Pará e tive oportunidade de responder por Tocantins, que é próximo a Mato Grosso, conheço bem essa realidade.

Nesse caso concreto, que estamos a examinar, recebi um memorial das partes e nele verifiquei que há nos autos uma decisão da Desembargadora Gallotti, que também provém do Ministério Público e, portanto, é coisa no respeito às prescrições legais, mas ela teve um entendimento em um ponto que me deixou bastante impressionado. Lerei como está no memorial e peço ao eminente Relator que, se estiver errada a citação, corrija-me:

Da análise dos autos, observo que toda a controvérsia entre o Conselho de Enfermagem e o Conselho de Farmácia começou em virtude de uma portaria do Ministério da Saúde (Portaria 3.535/98), que determinou em seu subitem 3.3.2.1 que “todo preparo de medicamentos antineoplásicos deveria ser realizado por farmacêutico”, nos termos da Resolução CFF 288/98.

O Cofen, tendo em vista que os enfermeiros também preparavam esses medicamentos, solicitou ao Ministério da Saúde, por meio de sua Coordenação Geral de Sistemas de Alta Complexidade em Oncologia (cf. fls. 79), a inclusão dos enfermeiros na Portaria GM 3.535/98, e isto foi aceito, tendo a coordenadora-geral explicado que tanto o enfermeiro quanto o farmacêutico estão tecnicamente aptos a realizar a manipulação de antineoplásicos, desde que disponham de condições materiais (instalações e equipamentos) necessárias para tal (cf. fls. 79).

Diante das considerações feitas pelos integrantes do Ministério da Saúde e dos documentos juntados aos autos, não vislumbro, ao menos em juízo preliminar, compatível com esta fase do processo, motivo para proibir os enfermeiros de prepararem tais medicamentos. Não há provas de que o seu trabalho, até hoje, tenha causado danos à saúde dos pacientes. Observo que o parecer do Dr. Aurélio Julião de Castro Monteiro, vice-presidente da Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica, é enfático ao dizer que a Enfermagem especializada na área de oncologia tem plenas condições de praticar tais procedimentos (cf. fls. 83).

Note-se, também, que a distinção feita pelo Cofen, entre *preparar* e *manipular* medicamentos, parece ser relevante.

Ressalte-se, por fim, que a resolução suspensa pela decisão agravada estava em vigor desde 2001, sem que tenha notícias de prejuízo à saúde pública.

A decisão agravada, ao meu juízo, causa intervenção de risco, pois a prevalecer a suspensão nela determinada, há séria possibilidade de não haver farmacêuticos suficientes no mercado de trabalho para atender a demanda que surgirá, e isto poderá causar verdadeiro caos no sistema de saúde, prejudicando os hospitais e os próprios pacientes, que não podem ficar aguardando a contratação de profissionais farmacêuticos para serem atendidos.

Em face do exposto, defiro o pedido de liminar.

Essa foi a conclusão da Desembargadora Isabel Gallotti, com sua visão e baseando-se nas razões dos recorrentes e dos documentos dos autos.

Diante da decisão que prolatei nos autos do Ag 2004.01.00.046099-1/GO, verifico que os Conselhos de Farmácia, ao exigirem 40 horas semanais dos farmacêuticos, em qualquer relação de emprego que eles tenham – sejam em farmácias ou drogarias – deixaram ao profissional de farmácia de nível superior um espaço muito pequeno para que ele ganhe o necessário e razoável à sua subsistência.

Enquanto o médico pode ter vários empregos, prestando serviços em todos eles em um só dia, atendendo a vários hospitais e, com isso, conseguindo amealhar um salário mais razoável e compatível, que o incentiva ao exercício da profissão, o farmacêutico vê-se tolhido dessa possibilidade, porque seus salários são sempre reduzidos em razão da carga mínima de horário de trabalho nos estabelecimentos farmacêuticos. Ele, arranjando vinculação empregatícia em um hospital público ou privado, ou em uma farmácia, está sujeito a ganhar um vencimento que não vai lhe dar a condição de vida desejada, considerando-se que cursou graduação de alto nível e que exigiu-lhe muito de sua capacidade intelectual e dedicação.

É certo, assim, que não há farmacêuticos suficientes para atender os estabelecimentos do ramo, e isto ocorre, justamente em razão dessa política que não dá incentivo aos jovens para o curso de Bacharelado em Farmácia. Enquanto os

Conselhos de Farmácia querem a reserva de mercado, para que os farmacêuticos formados e neles registrados encontrem empregos, ao mesmo tempo lhes exige uma carga de horário de trabalho que inviabiliza e desincentiva o exercício dessa profissão. E o paciente, como fica nos hospitais? Principalmente quando a questão envolve doenças como o câncer, que geralmente é tratado em hospitais públicos, que exige concurso para todos os seus servidores.

Se não há farmacêuticos inscritos nos Conselhos de Farmácia em número suficiente para atender nem estabelecimentos de farmácia ou drogaria, é claro que também não os haverá para prestarem serviços em hospitais em tarefas que podem ser exercidas perfeitamente por enfermeiros. Esta é a razão pela qual esta Corte tem entendido que não há necessidade da contratação de farmacêuticos para os dispensários de hospitais. Eis o precedente:

O art. 15 da Lei 5.991/73 prescreve que somente as farmácias e drogasrias devem contar com a presença do farmacêutico, devidamente inscrito nos quadros do Conselho profissional, sendo certo que o Decreto 793/93, ao regulamentar dispositivos da lei em comento, extrapolou os limites de sua função regulamentadora, ao estender aos dispensários de medicamentos dos hospitais a exigência esculpida naquele diploma legal. (AC 1999.38.00.019648-6/MG, Relatora Desembargadora Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma do TRF/1ª Região, Unânime, *DJU* de 04/06/04.)

Diante disso, e considerando também que a lei é mera fonte formal do Direito, o juiz – antes de mais nada – deve-se prender ao Direito, e não à letra fria da lei. Entendo que a decisão da Desembargadora Maria Isabel Gallotti – com todo respeito ao eminente Relator, parece ser mais razoável neste momento. É uma decisão apenas preliminar, para manter uma situação de fato criada pela própria Administração Pública, por intermédio do Ministério da Saúde, que examinou o assunto, baixou a portaria questionada, e a vida ia correndo normalmente, até que os Conselhos de Farmácia resolveram discutir o assunto em juízo. No processo principal deste agravo, então, é que ao final, vamos ter a possibilidade de apreciar se há mesmo falta de profissionais de farmácia em todo o País – porque aqui, pelo que estou vendo, essa ação é de nível nacional, não está limitada apenas a um Estado. Então, somente ao final desse processo é que vamos saber exatamente como está essa questão de fato.

Acho que o razoável, por enquanto, é manter esse profissional de Enfermagem trabalhando nos hospitais como está autorizado pelo Ministério da Saúde, prestando esse serviço relevante aos pacientes de câncer e fazendo as manipulações de medicamentos – claro que com obediência à prescrição médica, porque eles nada fazem sem a autorização do médico de cada paciente.

O médico é quem vai dar a prescrição, a dosagem certa, o horário e a forma de aplicar esses medicamentos (que são produzidos pela indústria farmacêuti-

ca), o enfermeiro simplesmente vai manipulá-los, ministrando diretamente aos pacientes ou até injetando a mistura em eventual tubo de soro que esteja sendo aplicado no doente, enriquecendo o soro com a mistura, para que o paciente possa ter o tratamento adequado, porque o próprio médico não vai fazer essa tarefa do enfermeiro. O certo é que o Ministério da Saúde, como disse a Desembargadora Gallotti, entendeu que o farmacêutico está habilitado tecnicamente para esta faina.

Por isso, peço vênia, Senhor Relator, ao brilhante voto que Vossa Excelência proferiu, mas vou acompanhar a decisão da Desembargadora Maria Isabel Gallotti com base no disposto no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que diz:

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Acredito que aqui prepondera o interesse dos pacientes que precisam ser tratados. A doença é grave, o número de pacientes é muito grande em todo o País, e a simples dúvida quanto a haver ou não farmacêuticos suficientes para suprir esse mercado não pode impedir que os hospitais continuem prestando seus serviços com eficiência por meio de enfermeiros formados e tecnicamente preparados para esse fim, com a autorização e sob a supervisão dos médicos.

Concluindo, dou provimento ao agravo interno e também ao agravo de instrumento, restabelecendo, na sua integralidade, os termos da decisão da Desembargadora Maria Isabel Gallotti constante dos autos, a fls. 100/102, para manter a situação conforme está até o final do processo.

É como voto.

Aditamento de Voto

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — A decisão da Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues fundou-se em um expediente, de fls. 79, endereçado pela coordenadora geral ao Conselho Federal de Farmácia, noticiando que a questão fora levada ao Conselho Consultivo do Instituto Nacional do Câncer – Cocinca, no dia 10 de julho de 2000, em que teria sido aprovado, por unanimidade dos seus membros, que tanto o enfermeiro quanto o farmacêutico estariam tecnicamente aptos a realizar a manipulação de antineoplásicos, desde que disponham das condições materiais.

Sua Excelência, a Relatora originária, ao que parece, teria concluído pela alteração da Portaria MS 3.535/98, segundo o voto divergente, não há, nos autos, informação de tal fato. Ao contrário, tudo conduz à conclusão de que a Portaria 3.535/98, do Ministério da Saúde não foi alterada e permanece com a disposição: “Todo preparo de medicamentos antineoplásicos deve ser realizado pelo farma-

cêutico.” Se é bem verdade, como assinaei no início, que a matéria se mostra – e aqui temos o caso concreto e a prova evidente – bastante controvertida, há verossimilhança para a antecipação de tutela, que, assim, deve ser mantida, em ordem a fazer prevalecer a supremacia do ato do Ministério da Saúde, órgão responsável maior pela saúde pública em todo o território nacional. Embora o ato do Conselho de Enfermagem seja, em tese, ato administrativo, seu viés é voltado ao interesse de uma categoria profissional.

Oitava Turma

Apelação em Mandado de Segurança

2003.33.00.009362-0/BA

Relator: A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

Apelante: José Maurício de Araújo Neto

Advogado: Dr. Vandilson Costa

Apelada: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. Pedro Câmara Raposo Lopes

Publicação: DJ 2 de 17/12/04

Ementa

Tributário. Administrativo. Mercadoria contrabandeada. Pena de perdimento do veículo transportador. Responsabilidade tributária objetiva.

I. Presume-se responsável tributário o transportador de mercadoria em trânsito no território nacional, mormente quando não indica o legítimo proprietário da carga, a teor dos arts. 32 e 39, § 2º, ambos do Decreto-Lei 37/66.

II. O fato de não ter sido deflagrada a persecução penal por crime de contrabando ou descaminho não isenta o responsável pela irregularidade fiscal, haja vista a independência entre as instâncias penal e administrativa e suas sanções próprias.

III. Não havendo qualquer irregularidade no procedimento administrativo instaurado para apuração da ilegalidade fiscal, e tendo sido intimado o responsável para oferecer defesa no âmbito administrativo, no qual não se manifestou, não há se falar na impossibilidade da decretação da pena de perdimento, eis que prevista na legislação vigente para o ilícito em comento, a teor do art. 104, V, do Decreto-Lei 37/66.

IV. Apelação do impetrante a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação do impetrante, nos termos do voto da Desembargadora Federal Relatora.

8ª Turma do TRF-1ª Região – 1º/12/04.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Trata-se de apelação cível interposta da sentença que, nos autos do mandado de segurança impetrado por José Maurício de Araújo Neto contra ato do inspetor da Alfândega do Porto de Salvador, denegou a segurança para manter recolhido ao depósito de mercadorias apreendidas da Receita Federal, o veículo de propriedade do impetrante, flagrado por fiscais da Receita Federal, carregando mercadoria contrabandeadada.

Em suas razões de apelação, o impetrante sustenta que a reiterada jurisprudência das Cortes Superiores de Justiça tem entendido que a desproporção entre o valor das mercadorias apreendidas e o valor do veículo inviabilizaria a retenção do veículo transportador.

Pugna pela inaplicabilidade da responsabilidade tributária objetiva, ante a ausência de relação jurídico-tributária entre o impetrante e o Estado.

Invoca a ausência do contraditório no âmbito administrativo, razão pela qual entende que, por meio daquele, não se poderia decretar a pena de perdimento de bens.

Por fim, requer seja pré-questionada a vigência do art. 134, V, do Decreto-Lei 37/66.

Com as contra-razões da União, a fls. 97/101, e o parecer do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Consta dos autos que, na data de 23 de fevereiro de 2003, o impetrante, condutor do veículo Caminhão Mercedes Benz modelo L – 1513, ano 1983, de placas LGV – 0508, de

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Des. Federais Leomar Barros Amorim de Sousa e Carlos Fernando Mathias.

sua propriedade, rumo à cidade de Picos/BA, foi abordado por fiscais da Receita Federal no Posto Fiscal da cidade de Urandi/BA, que constataram, além da carga declarada, a saber: 35.000 (trinta e cinco mil) unidades de sacos vazios usados, a presença de 134.000 (cento e trinta e quatro mil) maços de cigarro da marca US Mild American Blend, lacrados e apresentando selo de exportação, sendo, portanto, de venda proibida em território nacional.

Ao ser constatada a irregularidade, o impetrante se evadiu do local, abandonando o veículo e a carga.

Foi então lavrado o termo de apreensão de mercadorias e documentos, tendo sido o veículo lacrado na Delegacia de Polícia da cidade de Urandi/BA, e posteriormente, mercadoria e veículo encaminhados à Delegacia Circunscrição de Polícia da cidade de Guanambi/BA.

Pretende o impetrante, por meio deste mandado de segurança, seja-lhe concedida a liberação do veículo em comento e a proibição da decretação da pena administrativa de perdimento de bens.

Não vislumbro, na espécie, a presença do direito líquido e certo a amparar a pretensão do impetrante.

Não há dúvida de que a retenção do veículo pelo agente estatal inviabiliza as atividades desenvolvidas pelo impetrante, haja vista ser o veículo seu meio de subsistência. Todavia a presença do *periculum in mora*, por si só não possui o lastro de autorizar a liberação do veículo na situação em que fora retido.

Depreende-se da leitura dos documentos acostados aos autos, que o impetrante não foi vítima de nenhuma ilegalidade ou arbitrariedade por parte dos agentes estatais, que agiram dentro dos princípios que regem a Administração Pública, conforme atesta o cronograma dos fatos:

Em 23/02/03 se deu a abordagem dos agentes da fiscalização que perceberam a irregularidade, ocasião em que o impetrante abandonou o local;

Em 24/02/03 foi lavrado o termo de apreensão de mercadorias e documentos pela Secretaria da Fazenda (fls. 18);

Em 27/02/03 foi lavrada a certidão de registro de ocorrência e depósito pela Polícia Civil do Estado da Bahia (fls. 6/8). No mesmo dia, foi lavrado o termo de retenção fiscal da mercadoria e do veículo pela Secretaria da Receita Federal (fls. 20/21).

No item “4” do termo de retenção de mercadorias, há a determinação para que o impetrante seja intimado a apresentar a documentação de entrada legal das mercadorias no País, ou de seu trânsito regular no Território Nacional.

A intimação foi cumprida conforme cópias dos avisos de recebimento data-

dos e assinados em 06/03/03 e 07/03/03 (fls. 23).

Nos documentos acostados aos autos sob as fls. 24/25, pode-se inferir que o Procurador do impetrante, Dr. Vandilson Costa, solicitou na data de 07/04/03, cópias do processo administrativo instaurado a partir da lavratura do auto de infração, não apresentando, contudo, resposta no âmbito administrativo.

A fls. 110, por despacho, determinei, em diligência, a expedição de ofício ao Delegado da Receita Federal em Vitória da Conquista/BA, solicitando àquele agente público, informações quanto ao procedimento administrativo, o que foi prontamente atendido, informando nos termos que seguem:

Em resposta ao Of. 104/04 – CTUR8, de 1º/04/04, que trata da solicitação de informação para instrução da Apelação em Mandado de Segurança 2003.33.00.009362-0 (em anexo), informo que foi encerrado o Processo Administrativo Fiscal 12689.000344/2003-67, que versa sobre a apuração de dano ao Erário e aplicação de pena de perdimento. A mercadoria objeto deste processo – um caminhão Mercedes Benz L 1513, chassi 34500B12624609, apreendido em transporte de carga contrabandeada – foi destinada na forma de incorporação à Gerência Regional de Administração do Ministério da Fazenda do Estado da Bahia, mediante processo de destinação 12689.000197/2004-14.

No tocante ao Processo Administrativo Fiscal 12689.000322/2003-05, informo já ter sido o mesmo encaminhado para arquivamento, tendo sido a mercadoria referente ao processo em questão – cigarros contrabandeados – totalmente destruídas através do Termo de Destruição 0517600/0003/2003.

A legislação vigente, no que tange à regulamentação alfandegária, dispõe sobre os casos de entrada de produtos de procedência estrangeira no território nacional, nos seguintes termos:

Decreto-Lei 37, de 18 de novembro de 1966.

Dispõe sobre o imposto de importação, reorganiza os serviços aduaneiros e dá outras providências.

(....)

Art . 32. É responsável pelo imposto:

I – o transportador, quando transportar mercadoria procedente do exterior ou sob controle aduaneiro, inclusive em percurso interno;

II – o depositário, assim considerada qualquer pessoa incumbida da custódia de mercadoria sob controle aduaneiro.

(....)

Art. 37. O transportador deve prestar à Secretaria da Receita Federal, na forma e no prazo por ela estabelecidos, as informações sobre as cargas transportadas, bem como sobre a chegada de veículo procedente do exterior ou a ele destinado.

(....)

Art.39 – *A mercadoria procedente do exterior e transportada por qualquer via será registrada em manifesto ou outras declarações de efeito equivalente, para apresentação à autoridade aduaneira, como dispuser o regulamento.*

§ 1º – O manifesto será submetido a conferência final para apuração de responsabilidade por eventuais diferenças quanto à falta ou acréscimo de mercadoria.

§ 2º – *O veículo responde pelos débitos fiscais, inclusive os decorrentes de multas aplicadas aos transportadores da carga ou a seus condutores.*

§ 3º – *O veículo poderá ser liberado, antes da conferência final do manifesto, mediante termo de responsabilidade firmado pelo representante do transportador, no País, quanto aos tributos, multas e demais obrigações que venham a ser apuradas.*

(sem grifo no original)

Da leitura do mencionado dispositivo, não restam dúvidas quanto à responsabilidade tributária do transportador pela mercadoria transportada, ainda mais quando o legislador confirmou a aludida opção pela edição do Decreto 4.543/02, que assim dispôs:

Art. 591. A responsabilidade pelo extravio ou pela avaria de mercadoria será de quem lhe deu causa, cabendo ao responsável, assim reconhecido pela autoridade aduaneira, indenizar a Fazenda Nacional do valor do imposto de importação que, em consequência, deixar de ser recolhido, ressalvado o disposto no art. 586 (Decreto-Lei 37, de 1966, art. 60, parágrafo único).

Art. 592. Para efeitos fiscais, é responsável o transportador, quando houver (Decreto-Lei 37, de 1966, art. 41):

(....)

IV – *divergência, para menos, de peso ou dimensão do volume em relação ao declarado no manifesto, no conhecimento de carga ou em documento de efeito equivalente, ou ainda, se for o caso, aos documentos que instruíram o despacho para trânsito aduaneiro;* (sem grifo no original)

Assim, não há se falar em negar vigência ao princípio da responsabilidade tributária objetiva, eis que confirmada pela legislação vigente.

Não obstante, verifica-se que o processo administrativo que apura a irregularidade tributária das mercadorias apreendidas prevê a restituição prematura do veículo retido, mediante o termo de responsabilidade do transportador quanto aos tributos devidos. Desse modo, poder-se-ia afigurar até mesmo a ausência do interesse na impetração do presente *mandamus*, visto que o impetrante sequer respondeu ao processo administrativo, apesar de regularmente intimado a fazê-lo.

Ademais, em momento algum o impetrante negou a propriedade da carga, a

não ser no recurso de apelação, para se eximir da responsabilidade tributária objetiva, sem, contudo, indicar o legítimo proprietário da carga.

Contudo, como o pedido final da concessão da ordem é pela impossibilidade da decretação da pena de perdimento do veículo do impetrante, prossigo na leitura do Decreto-Lei 37/66:

Art.104 - Aplica-se a pena de perda do veículo nos seguintes casos:

(...)

V – quando o veículo conduzir mercadoria sujeita a pena de perda, se pertencente ao responsável por infração punível com aquela sanção;

O mencionado dispositivo legal remete ao conceito de mercadoria sujeita a pena de perdimento, descrita no artigo seguinte:

Art.105 - Aplica-se a pena de perda da mercadoria:

(...)

IV – existente a bordo do veículo, sem registro um manifesto, em documento de efeito equivalente ou em outras declarações;

(...)

IX – estrangeira, encontrada ao abandono, desacompanhada de prova de pagamento dos tributos aduaneiros, salvo as do art.58;

(...)

XII – estrangeira, chegada ao País com falsa declaração de conteúdo;

(...)

XVIII – estrangeira, acondicionada sob fundo falso, ou de qualquer modo oculta;

Posteriormente, o legislador implementou, por meio do Decreto-Lei 1.455/76, o rol das mercadorias sujeitas a pena de perdimento, quando definiu as infrações que constituem dano ao erário, sob a seguinte redação, *verbis*:

Art 23. *Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:*

I – importadas, ao desamparo de guia de importação ou documento de efeito equivalente, quando a sua emissão estiver vedada ou suspensa na forma da legislação específica em vigor;

(...)

IV – enquadradas nas hipóteses previstas nas alíneas a e b do parágrafo único do art. 104 e nos incisos I a XIX do art.105, do Decreto-Lei 37, de 18 de novembro de 1966.

V – estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de

responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.

§ 1º O dano ao Erário decorrente das infrações previstas no *caput* deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias.

(...)

§ 4º O disposto no § 3º não impede a apreensão da mercadoria nos casos previstos no inciso I ou quando for proibida sua importação, consumo ou circulação no território nacional.

Parágrafo único. O dano ao Erário decorrente das infrações previstas no *caput* deste artigo, será punido com a pena de perdimento das mercadorias. (sem grifo no original)

A mercadoria, no vertente caso, se enquadra nas hipóteses descritas pela lei como mercadorias sujeitas a pena de perdimento, assim como o veículo se sujeita às hipóteses previstas com a mesma pena.

Tenho que a pena de perdimento de veículo é prevista e apta a produzir seus efeitos, desde que observado o devido processo legal administrativo, para o qual o impetrante não se apresentou para responder.

Esclareço, ainda, que a assente jurisprudência tem entendido ser inaplicável a pena de perdimento de veículo transportador de mercadoria sujeita a mesma pena, tão-somente na hipótese do proprietário do veículo apreendido não ser seu próprio condutor, situação em que não se poderia imputar diretamente ao proprietário do veículo, responsabilidade sobre os atos do motorista. Todavia, no caso em tela, o proprietário do veículo era o condutor flagrado com a carga proibida, sendo de sua responsabilidade o manejo da mesma carga, razão pela qual torna inaplicável o desiderato jurisprudencial.

Argumenta o impetrante, em seu recurso de apelação, que sequer há processo criminal instaurado contra si, fato que reputa reconhecido pela autoridade coatora ao prestar suas informações ao MM. Juízo *a quo*.

De fato, a autoridade coatora se refere ao impetrante como autor de irregularidades, e não poderia ser diferente em razão de que somente após a instauração do inquérito policial se poderia falar em indiciado, o que, todavia, não afasta a responsabilidade pela autoria da suposta ilegalidade, seja em âmbito criminal, seja em âmbito administrativo, visto que, em momento algum, negou sua responsabilidade pela condução da carga proibida, sendo este fato de conhecimento público e notório.

Nesse sentido já decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça, em situação análoga, em voto da lavra do Eminentíssimo Ministro José Delgado, assim ementado:

Tributário, Fiscal e Administrativo. Apreensão de aeronave. Mercadorias sem documentação legal. Pena de perdimento. Instâncias administrativo-fiscal e penal. Independência e autonomia entre si. Delito confirmado e

não descaracterizado no campo administrativo. Extinção da ação penal pela prescrição. Inexistência de repercussão da sentença penal na esfera cível.

1. Recurso Especial interposto contra venerando acórdão que julgou procedente ação ordinária na qual se postula, em síntese, a revogação da pena administrativo-fiscal de perdimento de aeronave e a sua imediata devolução.

2. As normas que regulam a aplicação da pena de perdimento são cristalinas, devendo a interpretação ser feita de forma literal. As instâncias administrativo-fiscal e penal são independentes e autônomas entre si.

3. Em procedimento administrativo regular foi consagrada a responsabilidade do recorrido na prática do delito. Os fundamentos apresentados, na fase administrativa, pela autoridade competente, não foram descaracterizados pelo recorrido.

4. O recorrido não foi reconhecido, no campo penal, como não tendo participado do ato ilícito configurado no art. 334, *caput*, § 3º, do Código Penal, conforme denúncia contra si apresentada. A ação penal foi extinta por força de reconhecimento de prescrição. Presente essa circunstância, não há que se falar em repercussão da sentença penal na esfera cível.

5. Documentação que compõe o processo onde se conclui que a aeronave transportava a bordo mercadorias de procedência estrangeira desacompanhadas de documentação que comprove seu ingresso legal no País.

6. Não fazendo o autor prova de que não participou do ilícito fiscal, não pode, assim, eximir-se da responsabilidade objetiva imposta a proprietários de veículos flagrados com mercadorias sem a regular prova de sua importação.

7. Restando configurada a responsabilidade objetiva do recorrido além do evidente ilícito fiscal e dano ao Erário, correta a aplicação da pena de perdimento, pela autoridade fiscal, consoante o disposto na legislação específica (art. 544, § 4º, do Regulamento Aduaneiro, aprovado pelo Decreto 91.030, de 05/03/85 – RA/85 –, e arts. 23, parágrafo único, e 24, do DL 1.455/76).

8. Recurso provido. (REsp 507666/PR. Min. José Delgado 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. *DJ* 13/10/03) (sem grifo no original)

O cuidado com a carga a ser transportada deveria ser preocupação natural do apelante, por se tratar de atividade de onde tira seu sustento, e pela reiterada prática, vez que os transportadores têm prazos para cumprir as entregas, muitas vezes prazos exíguos em função da natureza da mercadoria, e conferem seu conteúdo, inclusive para adaptar sua programação cronológica.

Ademais, a ninguém é dado invocar a própria torpeza.

Quanto ao argumento de ser notavelmente inferior o valor da carga transportada em relação ao valor do veículo apreendido, entendo não merecer melhor sorte.

De certo que a reiterada jurisprudência tem entendido pela impossibilidade de retenção de veículos apreendidos no transporte de cargas irregulares, quando se afigura desproporcional o valor da carga e o valor do veículo.

Todavia verifico que, no vertente caso, tal situação não ocorre.

O valor da mercadoria declarada, qual seja, os 35.000 (trinta e cinco mil) sacos vazios usados, conforme o documento fiscal de fls. 19, perfaz o valor de R\$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos reais). Somados ao valor estimado da carga irregular apreendida, avaliada em R\$65.700,00 (sessenta e cinco mil e setecentos reais), conforme o documento de fls. 21, resultam na monta de R\$ 68.500,00 (sessenta e cinco mil e quinhentos reais).

Já o valor do veículo apreendido, Caminhão Mercedes Benz L-1513 a Diesel, ano 1983, segundo a avaliação da Tabela da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – Fipe, possui valor médio comercial de R\$ 33.000,00 (trinta e três mil reais), ou seja, menos que a metade do valor apurado para a carga apreendida.

Ressalto, por oportuno, que a retenção do veículo do impetrante não configura modalidade de cobrança coercitiva de tributos, como aduz em sua tese, o que é vedado pela legislação pátria, mas configura sanção administrativa prevista em lei para o transporte irregular de mercadorias estrangeiras sem documento que habilite seu trânsito, circulação ou comércio em território nacional.

Ante o exposto, nego provimento à apelação do impetrante, denegando em definitivo a ordem.

É como voto.

Terceira Turma Suplementar

Apelação em Mandado de Segurança

94.01.11546-0/DF

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Wilson Alves de Souza
Relator p/ acórdão: O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro
Apelantes: Orion Santiago e Araújo e outro
Advogados: Dr. Erasto Villa-Verde de Carvalho e outros
Apelado: União Federal (Exército)
Procurador: Dr. Obelky Cardoso dos Santos
Publicação: DJ 2 de 02/12/04

Ementa

Processual Civil. Mandado de segurança. Perda do objeto. Extinção do processo.

I. Extingue-se o processo, sem julgamento de mérito, se o objeto do mandado de segurança exauriu-se no cumprimento da medida liminar, razão pela qual o julgo prejudicado e declaro extinto o processo sem exame de mérito.

II. Processo extinto, ficando prejudicadas a apelação e a remessa oficial.

Acórdão

Decide a Terceira Turma Suplementar do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria, vencido o Sr. Juiz Relator, julgar prejudicado o pedido por perda do objeto.

3ª Turma Suplementar do TRF-1ª Região – 28/10/04.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, Relator p/ acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Wilson Alves de Souza: — Adoto o relatório da sentença, nos seguintes termos:

Orion Santiago de Araújo, qualificado na inicial, impetra mandado de segurança contra ato do diretor do Colégio Militar de Brasília alegando, em resumo, o seguinte:

“O menor impetrante cursou a 8ª série do 1º grau na 8ª Companhia de Alunos do Colégio Militar de Brasília, no ano de 1992, matriculado sob o número 6.412, turma 812 (doc anexo).

Ao providenciar a renovação da matrícula para o corrente ano de 1993, teve o pedido indeferido, sob a alegação de não ter sido aprovado em cinco disciplinas do curso, no ano passado, segundo o regulamento do colégio, que veda a renovação da matrícula de aluno repetente, isto é, que só admite acréscimo de mais um ano escolar em cada grau.

O motivo indicado pela autoridade coatora, para negar ao impetrante o direito à renovação da matrícula, no colégio em referência, não tem amparo na legislação federal vigente, e viola direito subjetivo individual dele, assegurado pelo mandado de segurança, como remédio heróico próprio para conter a ilegalidade.

Diante disso, sustenta que o ato impugnado infringe os arts. 205, 206, I, e 208 e ss. da Constituição Federal, que asseguram à Família o direito à educação; o ensino em igualdade de condições para acesso e permanência na escola e impõe ao Estado o dever de promover a efetivação desses princípios, por isso que:

‘A Lei 5.692, de 11 de agosto de 1971, que fixa as Diretrizes e Bases para o ensino do 1º e 2º Graus, recepcionada pela Constituição vigente, em nenhum dos seus artigos, confere à administração de escola pública ou particular direito ou poder de indeferir pedido de renovação de matrícula, na hipótese de aluno repetente.

Ressalte-se que, no caso específico do ensino de 1º e 2º graus, o legislador constituinte não deu nem mesmo ao legislador ordinário poder para oferecer esse tipo de embaraço de acesso ou permanência na escola, como se pode deduzir do citado art. 206, I, da Carta de 1988.”

Daí o ajuizamento do presente *writ of mandamus*, com pedido de liminar, objetivando compelir o impetrado a autorizar a renovação da matrícula do impetrante na 8ª série do 1º grau do Colégio Militar.

Instruiu a inicial com os documentos de fls. 5/11.

Por despacho de fls. 13, o MM. Juiz João Baptista Coelho Aguiar, em exercício nesta 9ª Vara Federal, concedeu a liminar.

O impetrado prestou informações (fls. 19/92), sustentando a legalidade do ato questionado, com base na legislação aplicável à espécie.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da segurança.

Acrescento que o Juízo *a quo* denegou a segurança sob o fundamento de que o ensino oferecido pelos colégios militares regula-se por lei específica que prevê a tolerância de 1 (um) ano de repetência em cada grau de ensino, sendo legal o ato combatido.

Em apelação Orion Santiago e Araújo alega que a Lei de Diretrizes Básicas do Ensino não contempla a recusa de rematrícula por repetência, eis que tal procedimento fere o preceito do inciso I do art. 206 da Constituição da República de 1988, bem como a isonomia entre os sistemas de ensino prevista no art. 9º da Lei 6.265/75 e na Lei 4.021/61, as quais regulam o ensino no Exército (fls. 110/114).

Contra-razões da União argüindo ser de natureza especial o ensino militar, ressaltando que há previsão expressa de desligamento nos casos de segunda repetência no mesmo nível de ensino (fls. 117/120).

Parecer do Ministério Público pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Voto Vencido*

O Exmo. Sr. Juiz Wilson Alves de Souza: — A Lei 4.024/61, que fixava as Diretrizes e Bases da Educação Nacional, estabelecia em seu art. 6º que o ensino militar seria regulado por lei especial.

Nesse sentido, foi editada a Lei 6.265/75, que em seu artigo dispunha, *in verbis*:

Art. 9º – O ensino fundamental será ministrado em consonância com a legislação que regula o ensino no País, obedecidos os seus graus, mantida a correspondência curricular e assegurados os direitos que lhe são correspondentes.

Havendo o recorrente sido reprovado, pela segunda vez, na 8ª série do curso de 1º grau, foi-lhe aplicada a norma prevista em regulamento próprio instituído pela Portaria Ministerial 1.267/88 e modificado pela Portaria Ministerial 623/91, que prescrevia em seus arts. 35 e 74 o seguinte:

Art.35 – A exclusão e o desligamento do aluno do CM são feitos através de ato do comandante e diretor de ensino.

Parágrafo único – é excluído e desligado do CM o aluno que:

(...)

d) não concluir as 4 (quatro) séries do 1º grau e as 3 (três) séries do 2º grau dentro de prazo de 1 (um) ano escolar para cada série, admitindo-se o acréscimo de mais de 1 (um) ano escolar em cada grau.

Art. 74 – São direitos do aluno:

1) gozar de 1 (um) ano de tolerância em cada grau de ensino, como repetente, no caso de não poder concluir os cursos dentro dos prazos fixados neste regulamento

Sendo certo que a lei especial que regulou o ensino nos colégios militares estatuiu que tal ensino seria realizado em consonância com a legislação que regula o ensino no País e assegurando-se os direitos que lhe são correspondentes, inclusive o de renovação de matrícula, não poderia o regulamento, ato hierarquicamente inferior, contrariá-la ou ir além do que nela se permite, notadamente quando se trata, como na hipótese, de supressão de direitos.

Se assim é, o ato vergastado é nulo, porquanto fundado em norma regulamentar contrária à determinação estipulada em lei.

Ademais, como restou esclarecido, o desligamento do impetrante ocorreu sumariamente sem a instauração de procedimento administrativo que pudesse possibilitar a defesa do estudante, e a falta de observância de processo administrativo, por si só, é motivo de nulidade do ato administrativo, eis que desatendidos os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Por outro lado, a impetrada, tendo em vista intimação para esclarecer a res-

*N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Vallisney de Souza Oliveira.

peito da situação escolar do impetrante, informou, por meio do Ofício 3 – Carj, de 14 de julho de 2004, fls. 146, que foi expedida guia de transferência em nome do impetrante, a fim de concluir seus estudos em outra instituição de ensino, dando sua própria interpretação a respeito da eficácia da liminar. Assim, parece que houve perda superveniente de objeto do mandado de segurança, mas a possível ineficácia deste acórdão não dispensa o exame do mérito, ainda que para o fim de se decidir a respeito das sanções decorrentes da sucumbência.

De todo modo, dou provimento à apelação e condeno o impetrado a reembolsar ao impetrante as custas por este adiantadas.

É o voto.

Voto Vogal Vencedor

O Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro: — Com a devida vênia do eminente Relator, entendo que o mandado de segurança perdeu completamente o seu objeto, razão pela qual o julgo prejudicado e declaro extinto o processo sem exame de mérito.

Remessa *Ex Officio* em Mandado de Segurança 90.01.17158-3/MG

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Vallisney de Souza Oliveira
Autores: Luiz Cláudio Santos Baptista e cônjuge
Advogado: Dr. Roque de Mattos Souza
Ré: União Federal
Remetente: Juízo Federal de Juiz de Fora/MG
Publicação: DJ 2 de 09/12/04

Ementa

Administrativo. Recusa de fornecimento de passaporte. Ilegalidade.

I. A existência de inquérito policial ou ação penal por si só não obsta a expedição de passaporte, pois a restrição ao direito de locomoção reclama decisão judicial fundamentada. (art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil).

II. Revogado o mandado de prisão e excluídos os nomes dos impetrantes da lista de impedidos de sair do país, ilegal qualquer ato de indeferimento pela Polícia Federal da expedição de passaporte.

III. A existência de indiciamento da impetrante em outro inquérito policial,

todavia, sem ordem judicial que a impeça de ausentar-se do País, evidencia ilegalidade no indeferimento da emissão do referido documento de identificação internacional.

IV. Remessa oficial não provida.

Acórdão

Decide a Terceira Turma Suplementar do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Exmo. Sr. Juiz Relator.

3ª Turma Suplementar do TRF-1ª Região – 21/10/04.

Juiz *Vallisney de Souza Oliveira*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Vallisney de Souza Oliveira: — Trata-se remessa oficial em mandado de segurança impetrado por Luiz Cláudio Santos Baptista e Maria Cristina Gusman Peres Baptista, sua esposa (fls. 8), contra ato do delegado de Polícia Federal, titular da Delegacia de Polícia Federal em Juiz de Fora/MG (DPF. 2/JFA/MG), no qual o Juízo Federal da Vara única de Juiz de Fora/MG proferiu sentença de procedência (fls. 56/57), concedendo a segurança para determinar a expedição dos passaportes dos impetrantes. Oferecido o devido momento processual, o impetrado não apresentou recurso de apelação.

O Ministério Público Federal, a fls. 61/62, manifestou-se, em parecer da lavra da douta Procuradora Regional da República, Dra. Maria Célia Mendonça, pelo não-provimento da remessa oficial.

Por força do duplo grau de jurisdição obrigatório, ascenderam os autos a este Tribunal.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Vallisney de Souza Oliveira: — Tendo comparecido os impetrantes perante a Delegacia da Polícia Federal de Juiz de Fora – MG com o objetivo de retirar novo passaporte, em virtude do extravio do anterior, foi constatada a existência de mandado de prisão contra o casal, como depositário infiel, expedido pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Governador Vala-

*N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Antônio Cláudio Macedo da Silva.

dares. Quitado o débito e revogada a ordem de prisão, determinou-se a exclusão dos envolvidos da lista de impedidos de deixar o País.

Por esse motivo, portanto, não mais existiria óbice na emissão dos passaportes.

Vale ressaltar, ademais, a manifestação apresentada pelo Ministério Público a fls. 61/62, da lavra da douta Procuradora Regional da República, Dra. Maria Célia Mendonça, na qual salientou que *restou comprovado que os impetrantes foram excluídos da lista de impedidos de deixar o País, tendo em vista a revogação de mandado de prisão*.

Ocorre que a impetrada, Maria Cristina Gusman Peres Baptista, ao preencher o formulário de pedido de passaporte naquela oportunidade, teria praticado ato ilícito, fazendo constar ali seu nome de solteira, com intuito de ocultar sua identidade e livrar-se do mandado de prisão anterior referido. Por isso instaurou-se o Inquérito Policial 16/90, indicando-a por prática de falsidade ideológica (CP, art. 299) e, conseqüentemente, negada a expedição de passaporte.

Destarte, o cerne, ora questionado, consiste em apurar se tem amparo na legalidade qualquer indeferimento do pedido de passaporte em razão do indiciamento da Sra. Maria Cristina Gusman Peres Baptista em inquérito policial, sem que exista proibição judicial de sua ausência do território nacional.

O texto constitucional determina dentre os direitos e garantias fundamentais que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória* (art. 5º, inciso LVII). Desta forma, somente se justificaria a não-emissão do passaporte da autora caso restasse demonstrado nos autos existir com a ausência da impetrante ameaça ao devido processo legal.

Neste sentido já decidiu este egrégio Tribunal Federal da 1ª Região:

Administrativo. Recusa de fornecimento de passaporte. Ilegalidade.

A mera instauração de inquérito policial não impede a obtenção de passaportes, já que inexistente processo judicial instaurado pelo impetrante. (REO 0128945-6, 2ª Turma, Relator Juiz Jirair Meguerian, DJU de 1º/08/96, p. 53.419).

Ainda:

Administrativo. Recusa de fornecimento de passaporte. Ilegalidade.

1. Não é legal o indeferimento da expedição de passaporte, (...) quando não existe óbice judicial à ausência do indiciado em inquérito policial do território nacional.

2. Improvimento da remessa oficial. (REOMS 2001.70.02.003889-1/PR, 3ª Turma do TRF da 4ª Região, Relator Juiz Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz).

Ausentes os pressupostos para recusa na emissão do passaporte, entendo que qualquer atitude da autoridade coatora, nesse sentido, pende a ferir outro princípio constitucional da livre locomoção, haja vista o desejo e direito, não só da autora, mas também de seu esposo, em sair do País, para retornar a sua residência e a sua vida profissional, nos Estados Unidos da América.

Portanto, como ficou constatado nos autos, inexistente óbice judicial à liberdade de ir e vir dos impetrantes, não há porque indeferir o pedido de expedição de passaporte. Escorreita pois, a sentença.

Diante do exposto, nego provimento à remessa oficial.

Breviário

Confira outros assuntos de relevante interesse julgados pelo TRF-1ª Região, cujos inteiros teores poderão ser consultados na *internet*.

Contribuição previdenciária. Art. 22, IV, da Lei 8.212/91. Duplo grau de jurisdição.

Da interpretação do art. 12, parágrafo único, da Lei 1.533/51, conclui-se que é incabível o duplo grau de jurisdição quando o mandado de segurança for julgado extinto sem julgamento do mérito, não devendo o Tribunal conhecer da remessa oficial.

As cooperativas de trabalho não detêm a legitimidade ativa para propor ação que vise suspender a exigibilidade da contribuição previdenciária prevista no art. 22, IV, da Lei 8.212/91, incluída pela Lei 9.876/99, tendo em vista que o sujeito passivo da obrigação tributária é a empresa contratante dos serviços prestados pelos cooperados (associados) através das mencionadas cooperativas.

AMS 2000.38.00.014756-0/MG

Rel.: Juiz Iran Velasco Nascimento (convocado) – 7ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 10/12/04

Erro no preenchimento de guia de depósito bancário. Valor depositado em cheque e não em dinheiro. Posterior devolução do cheque pela instituição financeira. Inexistência de nexo causal. Indenização por danos materiais e morais. Descabimento.

A autenticação mecânica na guia de depósito bancário não vincula o preenchi-

mento do campo “em dinheiro” ou “em cheque”, na via do cliente, uma vez que tal anotação é de responsabilidade do depositante, cabendo a ele conferir, após a autenticação pelo “caixa”, se o depósito foi efetivado corretamente.

AC 2001.38.00.019061-6/MG

Rel.: Des. Federal Fagundes de Deus – 5ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 16/12/04

Responsabilidade objetiva do Estado. Conflito interno denominado “Guerrilha do Araguaia”. Desaparecimento ou morte de guerrilheiros. Provas e indícios veementes do fato. Reconhecimento da responsabilidade estatal.

Possibilidade jurídica do pedido dos familiares das vítimas, reconhecida por decisão do TRF-1ª Região. Documentos de valioso conteúdo. Caso de presumível prática do delito de desaparecimento forçado ou involuntário de pessoas que participaram da Guerrilha do Araguaia.

Em caso de desaparecimento forçado, não é lícito atribuir o ônus da prova exclusivamente aos familiares da vítima, por constituir, no mínimo, insensatez, na medida em que uma das principais motivações da prática desse ilícito é precisamente a intenção de dissimular as provas, notadamente no período em que verificada a ocorrência da Guerrilha do Araguaia.

O direito a um sepultamento condigno constitui corolário do respeito aos mortos e está consagrado, no plano internacional, nos dispositivos das Convenções de Genebra, que integram o ordenamento jurídico do Direito Humanitário.

AC 2003.01.00.041033-5/DF

Rel.: Des. Federal Souza Prudente – 6ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 14/12/04

Termo inicial do prazo para interposição do agravo de instrumento. Recebimento da intimação pessoal. Intempestividade.

O ciente do procurador, disposto no mandado de intimação, constitui o termo *a quo* de contagem do prazo para interposição de recurso, pois é este o momento em que é concretizada e satisfeita a finalidade a que se destina a intimação, qual seja, o conhecimento da parte acerca da decisão proferida nos autos.

AgRegAg 2004.01.00.042110-5/BA

Rel.: Juíza Neuza Maria Alves da Silva (convocada) – 8ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 03/12/04

Normas

Normas para envio de artigos 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 do seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.
- As opiniões emitidas pelos autores são de sua exclusiva responsabilidade, 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 seus 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 na versão do 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 final e não no rodapé do texto.

- Os trabalhos, redigidos em português, devem expressar produção inédita ou recente, com observância, também, 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, ligar nos telefones: 314-5377, 314-5451 ou pelo *e-mail* revista@trf1.gov.br

Repositórios Oficiais*

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

*De acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/97

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 Adcoas: Revista de Jurisprudência Adcoas, Revista Adcoas Trabalhista, Revista Adcoas Previdenciária

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

Composição TRF-1ª Região

Plenário

Presidente:

Desembargador Federal *Aloísio Palmeira Lima*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Corregedora-Geral:

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *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 *Antônio Souza Prudente*
Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*
Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*
Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*
Desembargadora Federal *Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues*
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*
Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*
Desembargadora Federal *Neuza Maria Alves da Silva*

Corte Especial

Presidente:

Desembargador Federal *Aloísio Palmeira Lima*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Corregedora-Geral:

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Amilcar Machado*

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel da Silva*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*

1ª Seção

Desembargador Federal Mário César Ribeiro – Presidente

Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

Desembargador Federal Amilcar Machado

Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira

Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves

Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva

2ª Seção

Desembargador Federal Mário César Ribeiro – Presidente

Desembargador Federal Tourinho Neto

Desembargador Federal Olindo Menezes

Desembargador Federal Cândido Ribeiro

Desembargador Federal Hilton Queiroz

Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes

Desembargador Federal Carlos Olavo

3ª Seção

Desembargador Federal Mário César Ribeiro – Presidente

Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira

Desembargador Federal Antônio Souza Prudente

Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida

Desembargador Federal Sebastião Fagundes de Deus

Desembargadora Federal Maria Isabel Diniz Galloti Rodrigues

4ª Seção

Desembargador Federal Mário César Ribeiro – 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 Barros Amorim de Sousa

1ª Turma

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

2ª Turma

Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – Presidente
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva

3ª Turma

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

4ª Turma

Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes – Presidente
Desembargador Federal Hilton Queiroz
Desembargador Federal Carlos Olavo

5ª Turma

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

6ª Turma

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

7ª Turma

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

8ª Turma

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

1ª Turma Suplementar

Desembargador Federal Carlos Moreira Alves – Presidente
Juiz Saulo José Casali Bahia
Juiz João Carlos Mayer Soares
Juiz Manoel José Ferreira Nunes

2ª Turma Suplementar

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Presidente
Juíza Gilda Sigmaringa Seixas
Juiz Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes
Juiz Carlos Alberto Simões de Tomaz

3ª Turma Suplementar

Desembargador Federal Cândido Ribeiro – Presidente
Juiz Antônio Cláudio Macedo da Silva
Juiz Vallisney de Souza Oliveira
Juiz Wilson Alves de Souza

Conselho de Administração

Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima – Presidente
Desembargador Federal Mário César Ribeiro – Vice-Presidente
Desembargadora Federal Assusete Magalhães – Corregedora-Geral
Desembargador Federal Tourinho Neto
Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Desembargador Federal Olindo Menezes

Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira

Comissão de Jurisprudência

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Presidente
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva – Efetivo
Desembargador Federal Amilcar Machado – Efetivo
Desembargador Federal João Batista Moreira – 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 Hilton Queiroz – Presidente
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes

Comissão de Promoção

Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima – Presidente
Desembargador Federal Amilcar Machado
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargador Federal Cândido Ribeiro
Desembargador Federal Hilton Queiroz
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Comissão de Concurso

Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – Presidente
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias – Efetivo
Desembargador Federal Olindo Menezes – Efetivo
Desembargador Federal Mário César Ribeiro – Suplente

Desembargador Federal Carlos Olavo – Suplente

Revista do Tribunal

Desembargador Federal Olindo Menezes – Diretor

Escola da Magistratura Federal da 1ª Região – ESMAF

Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias – Diretor

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Vice-Diretor

Seccionais

Seção Judiciária do Estado do Acre

Seção Judiciária do Estado do Amapá

Seção Judiciária do Estado do Amazonas

Seção Judiciária do Estado da Bahia

Seção Judiciária do Distrito Federal

Seção Judiciária do Estado de Goiás

Seção Judiciária do Estado do Maranhão

Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso

Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais

Seção Judiciária do Estado do Pará

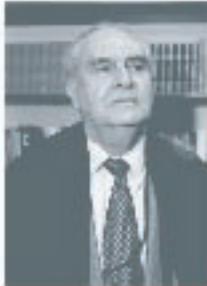
Seção Judiciária do Estado do Piauí

Seção Judiciária do Estado de Rondônia

Seção Judiciária do Estado de Roraima

Seção Judiciária do Estado de Tocantins

Galeria de Diretores



Desembargador Federal
Adhemar Maciel
Outubro/89 – Dezembro/91



Desembargador Federal
Catão Alves
Novembro/92 – Outubro/93



Desembargador Federal
Leite Soares
Novembro/93 – Junho/94



Desembargador Federal
Tourinho Neto
Julho/94 – Abril/97



Desembargador Federal
Osmar Tognolo
de Maio/97 – Maio/99



Desembargador Federal
Aloísio Palmeira Lima
Maio/99 – Maio/2001



Desembargador Federal
Jirair Aram Meguerian
Junho/2001 – Maio/2003



Desembargador Federal
Olindo Menezes
A partir de Junho/2003

Ficha Técnica

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - PRIMEIRA REGIÃO

Desembargador Federal Olindo Menezes — Diretor
Secretaria Judiciária — Secju
Coordenadoria de Jurisprudência e Documentação — Cojud
Divisão de Divulgação Institucional — Didiv

Coordenação

Grazielle Frota Monte Coelho

Supervisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

Edição/Revisão

Ana Clara de Barros Balsalobre
Maria Benáurea Santos

Entrevista

Martha Hormann
Editoração Eletrônica
Ana Gláucia de Queiroz
Edson Carlos da Silva – estagiário
Fábia Cristina de Barros
Luciana Fernandes Menezes

Capa e Projeto Gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Distribuição

Luís Henrique Lavarini - prestador de serviços
Zilda Maria Regina Dutra

Trabalho de Degravação/Entrevista

Coordenadoria de Taquigrafia

Reprodução

Divisão de Serviços Gráficos/Secad

Confecção de fotolitos

Color Press Bureau (cpress@uol.com.br)CC

© Tribunal Regional Federal 1ª Região

Divisão de Divulgação Institucional – Didiv/Cojud

Praça dos Tribunais Superiores, Bloco “A” – Ed. Sede – Sala 13 – Térreo

70095-900 - Brasília/DF

Telefones: (61) 314-5377 e 314-5451 — Fax (61) 226-6538

E-mail: revista@trf1.gov.br

As opiniões emanadas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade de seus respectivos autores, não refletindo, necessariamente, o posicionamento desta Revista.

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

Esta revista é repositório oficial de jurisprudência, conforme 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