

ISSN 0103-703-X
www.trf1.jus.br

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Número 3 Ano 24 Março/2012

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal *I'talo Mendes* – Diretor

Coordenação

Ana Clara de Barros Balsalobre – Diretora/COJUD

Supervisão

Paulo Souza da Silva – Supervisor/SEREV

Edição

Ana Clara de Barros Balsalobre
Gabriela Vaz Junqueira Artiaga
Paulo Souza da Silva
Thainná Silva Gameiro – estagiária

Revisão

Ana Clara de Barros Balsalobre
Gabriela Vaz Junqueira Artiaga
Paulo Souza da Silva
Thainná Silva Gameiro – estagiária

Entrevista

Gabriela Vaz Junqueira Artiaga

Editoração eletrônica

Carmozina Vitorina Martins da Costa
Leonardo Arantes de Melo – prestador de serviço
Luciana Fernandes Menezes

Capa e projeto gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Distribuição

Joilma de Oliveira Souza – prestadora de serviço
Sandra Aparecida Mousinho – prestadora de serviço
Zilda Maria Regina Dutra

Impressão

Divisão de Serviços Gráficos – DIGRA/CENAG

Confecção de chapas CTP

Total Gráfica e Editora Ltda

Colaboração

Divisão de Jurisprudência (pesquisa)

Seção de Apoio ao Gabinete da Revista – Serev/Cojud/TRF 1

Setor de Autarquias Sul, quadra 4, bloco N, Edifício Funasa, 9º andar
70070-040 – Brasília/DF

Telefones: (61) 3314-1752 e 3314-1734 – Fax: (61) 3323-2874

E-mail: cojud-revista@trf1.jus.br

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

As seções que reproduzem acórdãos e decisões judiciais publicados em meio de comunicação oficial conservam sua redação original, nas quais a Revista restringe-se a realizar os trabalhos de diagramação, conferência com os originais e padronização. Nas demais seções, a Revista realiza revisão textual e padronização, em conformidade com o novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa (Decreto 6.583, de 29 de setembro de 2008) e com projeto editorial próprio.

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

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

Publicada mensalmente a partir de novembro de 2000.

ISSN 0103-703-X

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

Plenário

Presidente:

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*

Corregedor Regional:

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargadora Federal *Assuete Magalhães*

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *I'talo Mendes*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *João Batista Moreira*

Desembargador Federal *Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene Almeida*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Amorim*

Desembargadora Federal *Neuza Alves*

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*

Desembargadora Federal *Ângela Catão*

Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

Desembargador Federal *Kassio Marques*

Desembargador Federal *Néviton Guedes*

Corte Especial

Presidente:

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *José Amílcar Machado*

Corregedor Regional:

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargadora Federal *Assuete Magalhães*

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *Ítalo Mendes*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargadora Federal *Selene Almeida*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Amorim*

Desembargadora Federal *Neuza Alves*

Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

1ª Seção

Desembargadora Federal *Neuza Alves* – presidente
Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*
Desembargadora Federal *Ângela Catão*
Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*
Desembargador Federal *Kassio Marques*
Desembargador Federal *Néviton Guedes*

2ª Seção

Desembargador Federal *Hilton Queiroz* – presidente
Desembargador Federal *I'talo Mendes*
Desembargador Federal *Tourinho Neto*
Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*
Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*
Desembargador Federal *Carlos Olavo*

3ª Seção

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro* – presidente
Desembargadora Federal *Selene Almeida*
Desembargador Federal *João Batista Moreira*
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*
Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*
Desembargador Federal *Souza Prudente*

4ª Seção

Desembargador Federal *Tolentino Amaral* – presidente
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*
Desembargador Federal *Leomar Amorim*
Desembargador Federal *Catão Alves*
Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*

1ª Turma

Desembargadora Federal *Ângela Catão* – presidente
Desembargador Federal *Kassio Marques*
Desembargador Federal *Néviton Guedes*

2ª Turma

Desembargadora Federal *Neuza Alves* – presidente
Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*
Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

3ª Turma

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães* – presidente
Desembargador Federal *Tourinho Neto*
Desembargador Federal *Carlos Olavo*

4ª Turma

Desembargador Federal *Hilton Queiroz* – presidente
Desembargador Federal *I'talo Mendes*
Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

5ª Turma

Desembargadora Federal *Selene Almeida* – presidente
Desembargador Federal *João Batista Moreira*
Desembargador Federal *Souza Prudente*

6ª Turma

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – presidente
Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*
Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

7ª Turma

Desembargador Federal *Tolentino Amaral* – presidente
Desembargador Federal *Catão Alves*
Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*

8ª Turma

Desembargador Federal *Leomar Amorim* – presidente
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Conselho de Administração

Desembargador Federal *Olindo Menezes* – presidente
Desembargador Federal *José Amilcar Machado* – vice-presidente
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro* – corregedor regional
Desembargador Federal *Tourinho Neto*
Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*
Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*
Desembargador Federal *Carlos Olavo*
Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Comissão de Jurisprudência — art. 78, II e §1º, RITRF1

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro* — presidente

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti* — suplente

Comissão de Promoção — art. 78, §2º, RITRF1

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro* — presidente

Desembargadora Federal *Ângela Catão*

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*

Desembargadora Federal *Assuete Magalhães*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargadora Federal *Selene Almeida*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Comissão de Concurso — arts. 81 e 82, parágrafo único, RITRF1

Desembargador Federal *José Amílcar Machado* — presidente

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Juiz Federal *Saulo Casali Bahia*

Professora *Ana Frazão* — (UnB)

Dr. *Raul Livino Ventim de Azevedo* — (OAB)

Comissão de Regimento — art. 83, RITRF1

Desembargador Federal *Tourinho Neto* — presidente

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*

Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

Desembargadora Federal *Ângela Catão* — suplente

Comissão de Acervo Jurídico — art. 84, RITRF1

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* — presidente

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Revista do Tribunal

Desembargador Federal *I'talo Mendes* — diretor

Escola da Magistratura Federal da Primeira Região — ESMAF

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* — diretor

Desembargador Federal *I'talo Mendes* — vice-diretor

Seccionais

Seção Judiciária do Estado do Acre

Seção Judiciária do Estado do Amapá

Seção Judiciária do Estado do Amazonas

Seção Judiciária do Estado da Bahia

Seção Judiciária do Distrito Federal

Seção Judiciária do Estado de Goiás

Seção Judiciária do Estado do Maranhão

Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso

Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais

Seção Judiciária do Estado do Pará

Seção Judiciária do Estado do Piauí

Seção Judiciária do Estado de Rondônia

Seção Judiciária do Estado de Roraima

Seção Judiciária do Estado do Tocantins





Desembargador Federal
Adhemar Maciel
abril/1989 – novembro/1992



Desembargador Federal
Catão Alves
novembro/1992 – outubro/1993



Desembargador Federal
Leite Soares
novembro/1993 – junho/1994



Desembargador Federal
Tourinho Neto
junho/1994 – abril/1997



Desembargador Federal
Osmar Tognolo
maio/1997 – maio/1999



Desembargador Federal
Aloísio Palmeira Lima
maio/1999 – julho/2001



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



Desembargador Federal
Olindo Menezes
maio/2003 – maio/2005



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



Desembargador Federal
Tolentino Amaral
junho/2006 – julho/2007



Desembargador Federal
Hilton Queiroz
agosto/2007 – agosto/2009



Desembargador Federal
Carlos Moreira Alves
setembro/2009 – setembro/2010



Desembargador Federal
I'talo Mendes
a partir de dezembro/2010

Editorial	17
Juramento	19
Epígrafe	21
Ponto de Vista	23
A atuação da Corregedoria Nacional de Justiça, 23 Eliana Calmon	
Artigos Doutrinários	29
Pode o juízo revidendo absolver condenado pelo tribunal do júri?, 29 Tourinho Filho	
O juízo cognitivo de moldura do discurso racional universalista do positivismo jurídico kelseniano como precursor dos discursos da área aberta, 35 Carlos Alberto Simões de Tomaz	
Atuação do STF na efetivação do direito à saúde no Brasil – Perspectivas da judicialização entre escassez e políticas públicas, 53 Alexandre Felix Gross	
Inovações Legislativas	71
Decreto 7.683, de 29 de fevereiro de 2012.	
Decreto 7.698, de 9 de março de 2012.	
Decreto 7.699, de 15 de março de 2012.	
Medida Provisória 561, de 8 de março de 2012.	
Acórdãos — Inteiros Teores	73
Corte Especial – Unidades de manejo florestal. Atribuições da Administração Pública. Ingerência do Poder Judiciário. Grave lesão à ordem e à economia públicas, 73 Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0009520-67.2010.4.01.0000/PA Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes	
1ª Seção – Ato de juízo estadual. Usurpação da competência federal. Tribunal Regional Federal. Competência para processamento e julgamento do <i>mandamus</i> . Ação de alimentos. Pensão alimentícia. Conversão em pensão por morte. Alvará judicial. Via processual inadequada. Ausência do contraditório e da ampla defesa, 77 Mandado de segurança 2004.01.00.035997-0/PI Numeração única: 0023274-86.2004.4.01.0000 Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves	
2ª Seção – Conflito negativo de competência. Vara agrária x vara de competência geral. Natureza agrária. Desapropriação indireta. Inexistência, 81 Conflito de Competência 0064521-03.2011.4.01.0000/PA Relator: Desembargador Federal Carlos Olavo	

3ª Seção – Turbação de terra indígena por madeireiros, grileiros e garimpeiros. Ação civil pública para retirada dos invasores. Necessidade de assistência médico-sanitária em razão da presença de situação de saúde calamitosa, 83

Numeração única: 0045443-77.1998.4.01.0000

Embargos Infringentes 1998.01.00.053400-2/RO

Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)

4ª Seção – Imposto de Renda. Não incidência sobre o abono de permanência em serviço. Matéria de índole constitucional, 92

Numeração única: 0024060-42.2009.4.01.3400

Embargos Infringentes 2009.34.00.024216-0/DF

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca

1ª Turma – Servidor público. Comissão Nacional de Energia Nuclear. Redução de jornada sem reflexos na remuneração e pagamento de horas extras. Lei 1.234/1950. Gratificação de Desempenho de Atividade de Ciência e Tecnologia. Extinção. Criação de gratificação vinculada ao desempenho, 98

Numeração única: 0044263-28.2005.4.01.3800

Apelação/Reexame Necessário 2005.38.00.044868-8/MG

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

2ª Turma – Servidor público. Extinção do DNER. Redistribuição dos servidores da ativa para o DNIT. Criação de plano especial de cargos na nova autarquia. Extensão de vantagens para os servidores aposentados do DNER. Ilegitimidade passiva do DNIT. Imputação da obrigação à União, 103

Numeração única: 0004290-54.2009.4.01.3500

Apelação Cível 2009.35.00.004344-0/GO

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves

3ª Turma – Habeas corpus. Recurso em sentido estrito. Busca e apreensão. Computadores do Ministério da Justiça. Ausência de autorização judicial, 113

Recurso em Sentido Estrito 0029664-47.2010.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Carlos Olavo

4ª Turma – Crime de embriaguez ao volante. Corrupção ativa. Materialidade e autoria delitivas comprovadas. Conjunto probatório harmônico. Dosimetria da pena. Modificação. Penas restritivas de direitos. Hipossuficiência, 115

Numeração única: 0007048-83.2008.4.01.4100

Apelação Criminal 2008.41.00.007051-9/RO

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

5ª Turma – Ação de indenização. Acidente aéreo. Morte de estagiários. Danos morais. Responsabilidade solidária. Litisconsórcio facultativo. Responsabilidade civil. Nexo de causalidade. Dano. Dever de indenizar. Quanto indenizatório. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Redução, 124

Numeração única: 0005158-69.2003.4.01.3200

Apelação/Reexame Necessário 2003.32.00.005157-3/AM

Relator: Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (convocado)

6ª Turma – Ibama. Apreensão de equipamentos. Reforma de rodovia. Atividade realizada sem o devido licenciamento ambiental. Infração ambiental configurada. Responsabilidade objetiva, 139

Numeração única: 0004409-40.2009.4.01.4300

Apelação Cível 2009.43.00.004409-3/TO

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

7ª Turma – Exceção de pré-executividade em execução fiscal. Taxa de ocupação. Terreno de marinha. Alienação do domínio pelo ocupante sem pagamento do laudêmio, prévia ciência e aquiescência da União e alteração do cadastro/SPU. Responsabilidade do alienante, 141

Numeração única: 0000060-81.2009.4.01.3301

Apelação Cível 2009.33.01.000060-9/BA

Relatora: Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva (convocada)

8ª Turma – Contribuição previdenciária. Juiz classista. Alteração do regime de previdência pela Lei 9.528/1997. Restituição dos valores recolhidos com base na Lei 6.903/1981. Interesse de agir. Contagem recíproca. Distinção entre regimes. Aposentação. Retorno ao RPPS. Utilização do tempo para concessão de benefício de risco, 143

Numeração única: 0006844-22.2001.4.01.3700

Apelação Cível 2001.37.00.006889-4/MA

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)

1ª Turma Suplementar – Embargos à execução. Ação obstaculizando execução de comando judicial proferido há mais de vinte e cinco anos. Questões exaustivamente examinadas pela contadoria judicial. Credibilidade do órgão técnico auxiliar do juízo. Cálculos acolhidos, 146

Numeração única: 0025378-85.2003.4.01.0000

Apelação Cível 2003.01.00.008883-3/DF

Relator: Juiz Federal Mark Yshida Brandão (convocado)

2ª Turma Suplementar – Auxílio-transporte. Locomoção intermunicipal. Interpretação. Razoabilidade, 150

Numeração única: 0000157-75.2005.4.01.3801

Apelação Cível 2005.38.01.000144-2/MG

Relatora: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada)

3ª Turma Suplementar – Pensão por morte. Esposa e ex-cônjuge. Rateio do valor do benefício em proporções iguais, 152

Numeração única: 0010380-58.2006.4.01.9199

Apelação Cível 2006.01.99.011267-8/MG

Relatora: Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu (convocada)

4ª Turma Suplementar – Concessão do serviço público de energia elétrica. Intervenção. Transferência do controle acionário da Companhia Energética do Maranhão – Cemar. Idoneidade financeira da empresa SVM Participações e Empreendimentos Ltda. Impossibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário, 153

Numeração única: 0002497-80.2004.4.01.0000

Agravo de Instrumento 2004.01.00.000848-7/MA

Relator: Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos (convocado)

5ª Turma Suplementar – Concurso público. Auditor fiscal do Tesouro Nacional. Suspensão por ordem judicial. Demora na conclusão do certame. Responsabilidade civil não caracterizada. Inexistência de ato ilícito, 155

Numeração única: 0009943-27.2001.4.01.3400

Apelação Cível 2001.34.00.009953-7/DF

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado)

6ª Turma Suplementar – Embargos de terceiro. Penhora de bens. Sucessão de empresa. Prova. Ônus do exequente. Necessidade de demonstração de continuidade da atividade empresarial. Mudança de endereço averbada na junta comercial. Descaracterização de dissolução irregular, 158

Numeração única: 0040599-88.2005.4.01.9199

Apelação Cível 2005.01.99.072179-8/GO

Relator: Juiz Federal Sílvia Coimbra Mourthé (convocado)

7ª Turma Suplementar – Livre exercício profissional. Conselho Federal de Medicina. Cassação do registro profissional. Punição disciplinar a médico suspeito de tortura. Impossibilidade. Ausência de suporte probatório. Prescrição. Não ocorrência, **160**

Numeração única: 0020576-10.2004.4.01.0000

Apelação/Reexame Necessário 2004.01.00.030153-6/DF

Relator: Juiz Federal Gláucio Maciel (convocado)

Decisões Monocráticas

163

Pedido de liminar. Atribuição de efeito suspensivo. Recurso extraordinário. Acórdão que determinou a exigência de realização de procedimento licitatório para a celebração de contrato de concessão após a edição da Lei 8.630/1993, **163**

Medida Cautelar inominada 0004297-65.2012.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado

Extinção da punibilidade. Ocorrência da prescrição. Determinação do arquivamento dos autos no juízo de origem, julgando prejudicado o recurso especial, **164**

Numeração única: 0002890-16.2002.4.01.3802

Apelação Criminal 2002.38.02.002862-1/MG

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Declaração de extinção da punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal, pela pena *in concreto*, de forma retroativa. Apelação prejudicada, **165**

Numeração única: 0003373-70.2007.4.01.3802

Apelação Criminal 2007.38.02.003373-8/MG

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães

Pedido de antecipação da tutela recursal, atribuindo efeito suspensivo, para assegurar a município o direito à formalização de convênios com órgãos federais, bem assim, ao repasse financeiro daí decorrente, independentemente da inclusão do seu nome em cadastros de inadimplentes, até o pronunciamento definitivo da turma julgadora, **166**

Agravo de Instrumento 0007999-19.2012.4.01.0000/GO

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Decisão que negou seguimento à apelação contra sentença que assegurou à autora a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez desde a cessação do último benefício de auxílio-doença, com o pagamento das prestações correlatas, **168**

Numeração única: 0000364-98.2006.4.01.3814

Apelação Cível 2006.38.14.000363-0/MG

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves

JEFs em Revista

171

Condenação da CEF ao pagamento de indenização por dano moral. Pagamento do DPVAT por meio da internet. Ausência de repasse do valor ao Detran. Transtorno para a autora. Detenção em *blitz*, **171**

Numeração única: 0007722-29.2009.4.01.3000

Recurso inominado 2009.30.00.900904-3/AC

Relatora: Juíza Federal Substituta Luciana Raquel Tolentino de Moura

Pedido de anulação de crédito tributário. Contribuição previdenciária. Realização de obra de construção civil. Área construída do imóvel superior ao limite de isenção, **172**

Numeração única: 0008558-36.2008.4.01.3000

Recurso inominado 2008.30.00.903584-7/AC

Relatora: Juíza Federal Substituta Luciana Raquel Tolentino de Moura

INSS. Agravo de instrumento. Restabelecimento do benefício de auxílio-doença. *Periculum in mora* inverso, 173

Numeração única: 0000536-09.2012.4.01.9350/GO

Relator: Juiz Federal Marcelo Meireles Lobão

Pensão por morte. Ex-mulher separada judicialmente. Dependência econômica não demonstrada. Recurso desprovido, 174

Numeração única: 0031650-16.2008.4.01.3300

Recurso inominado 2008.33.00.711730-0/BA

Relator: Juiz Federal Valter Leonel Coelho Seixas

Auxílio-reclusão. Verbas de natureza extraordinária. Baixa renda não comprovada. Art. 333, I, CPC. Benefício indevido, 175

Numeração única: 0021609-60.2008.4.01.3600

Recurso inominado 2008.36.00.902161-5/MT

Relator: Juiz Federal Jeferson Schneider

Assistência social. Benefício de prestação continuada. Pessoa portadora de deficiência. Menor de idade. Possibilidade. Restrição na participação social. Hipossuficiência econômica, 176

Numeração única: 0024282-89.2009.4.01.3600

Recurso inominado 2009.36.00.902710-2/MT

Relator: Juiz Federal Jeferson Schneider

Breviário

177

Conflito negativo de competência. Anulação de auto de infração que redundou em multa e perdimento de mercadoria. Fixação da competência pela matéria de fundo. Ato administrativo.

Servidor público federal civil. Cargo de provimento efetivo. Exercício de funções comissionadas. Interrupção voluntária do vínculo com o serviço público federal. Retorno ao Poder Judiciário em cargo de provimento efetivo. Quintos. Décimos. Incorporação.

Conflito de competência. Juizado especial federal e juízo federal. Remoção. Anulação de ato administrativo. Vedação expressa do art. 3º, § 1º, inciso III, da Lei 10.259/2001.

Conflito de competência. Telecomunicações. Lei 4.117/1962. Rádio clandestina. Lei 9.472/1997. Juizado especial federal e vara federal comum.

Responsabilidade civil. Concurso público. Exame psicotécnico. Ilegalidade reconhecida judicialmente. Indenização pela tardia nomeação calculada com base nos vencimentos do cargo. Impossibilidade. Embargos infringentes.

Conta-corrente. Valores em trânsito. Retenção. Suspeita de proveniência ilícita. Prerrogativa de medida cautelar administrativa. Ação judicial para respaldá-la. Ato lícito. Participação do correntista na ilicitude do dinheiro. Responsabilidade civil por dano material e moral. Fixação da indenização em valor exorbitante. Rejulgamento da causa.

Conflito de competência. Mandados de segurança: atos coatores autônomos.

Conflito negativo de competência. Ajuizamento de ação cautelar inominada pelo contribuinte preparatória de futuros embargos à execução fiscal. Inexistência de processo executivo. Competência do juízo suscitante.

Restabelecimento de benefício de pensão por morte. Ampla defesa. Devido processo legal. Inobservância.

Processo administrativo disciplinar. Servidor público. Uso do cargo em benefício próprio. Pena de demissão. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Patrocínio simultâneo ou tergiversação. Não configuração. Atipicidade da conduta. Absolvição sumária mantida.

Abandono de função e falsidade ideológica. Processo administrativo disciplinar. Provimento judicial. Afastamento de óbice para exoneração. Prejuízo para a Administração Pública. Não ocorrência.

Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. Ausência de fundamento legal para o desconto de valor pertinente ao *passivo ambiental*.

Transporte gratuito a idosos e pessoas deficientes carentes. Reintegração à lide de empresas aéreas. Ilegitimidade passiva *ad causam* de município. Não exclusão do transporte aéreo. Dignidade das pessoas hipossuficientes.

Contrato de mútuo para construção de empreendimento imobiliário. Ação ordinária ajuizada pela construtora por alegado descumprimento contratual. Pedido de indenização por perdas e danos, lucros cessantes e danos emergentes, além de dano moral.

Apreensão de espécimes da fauna silvestre. Criação sem autorização da autoridade competente. Infração administrativa. Multa. Decreto 3.179/1999, art. 11, *caput*. Hipótese de dispensa (§ 2º do art. 11).

Execução fiscal. Conselho profissional. Falta de recolhimento das custas processuais.

Execução de título judicial. Mandado de segurança coletivo. Prescrição. Ato de autoridade. Limitação.

Servidor público. Estágio probatório. Aplicação imediata da EC 19/1998. Inexistência de direito adquirido ao regime anterior.

Processo administrativo disciplinar. Acumulação de cargos públicos. Incompatibilidade de horário. Jornada excessiva. Aplicação da penalidade de suspensão em razão de violação de dever funcional. Inexistência de dupla punição (*bis in idem*).

Servidora pública. Pensão por morte. Companheiro. União estável reconhecida administrativamente. Designação e comprovação de dependência. Desnecessidade.

Aposentadoria por invalidez. Nulidade da sentença. Imprescindibilidade da instrução processual. Manutenção do benefício previdenciário. Remessa dos autos ao juízo de primeiro grau.

Competência. Autarquia federal. União. Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Litisconsórcio passivo. Foro competente. Exclusão da União. Foro da capital do Estado. Possibilidade de eleição do foro pelo autor.

Nulidade da sentença por julgamento *citra petita*. Não ocorrência. Existência de relação jurídica. Cooperativa médica. Submissão à Lei 9.656/1998. Ressarcimento ao SUS pelas operadoras de plano de saúde privado.

Embargos de terceiro. Transferência de propriedade. Procuração. Instrumento inadequado. Fraude à execução. Prova acerca da má-fe do adquirente. Súmula 375 do STJ. Inaplicabilidade às execuções fiscais.

Repositórios Oficiais de Jurisprudência

191

Normas de Envio de Artigos Doutrinários à Revista

193

Na Seção *Ponto de Vista* da Revista deste mês, abordamos um assunto que tem gerado muita polêmica, sobretudo na mídia: a atuação da Corregedoria Nacional de Justiça. Em entrevista concedida à nossa publicação, a Ministra Eliana Calmon expõe um panorama da sua atuação à frente daquele órgão.

Enriquecem também a Revista, na Seção *Artigos Doutrinários*, textos que dissertam a respeito do tribunal do júri, por Tourinho Filho; a atuação do Judiciário frente aos problemas na saúde pública no Brasil, por Alexandre Felix Gross; e, finalmente, o primeiro artigo do Juiz Federal Carlos Alberto Simões de Tomaz resultante da pesquisa pós-doutoral levada a efeito na Universidade de Coimbra.

Além disso, como costumeiramente ocorre, publicaremos acórdãos dos órgãos colegiados, decisões monocráticas dos membros desta Corte, bem como decisões das Turmas Recursais dos JEFs da Primeira Região.

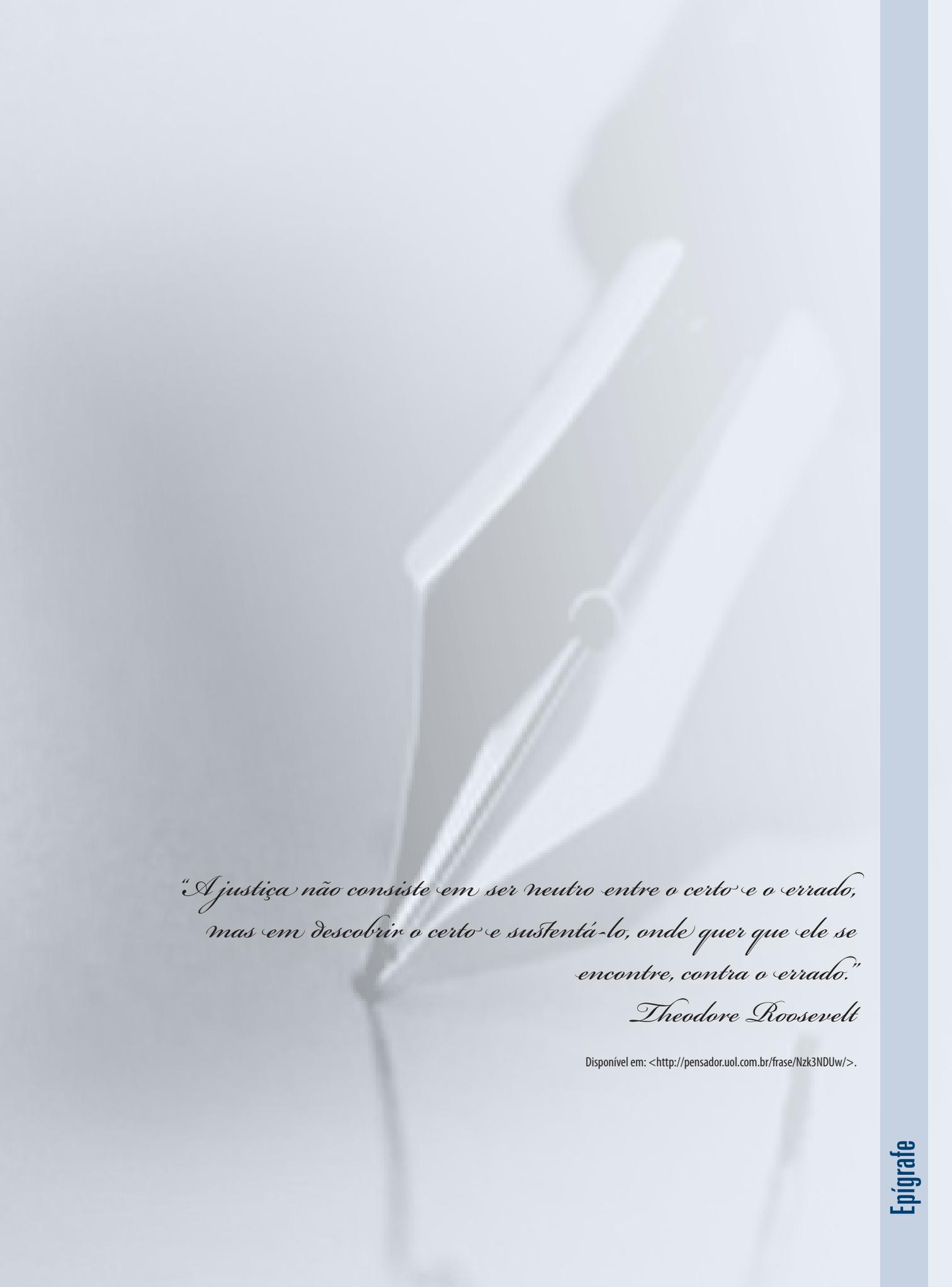
Que esta leitura possa acrescentar informações relevantes e importantes ao seu conhecimento jurídico.

muneribus perfuncturum atque laborem meum in jure patroc
justitiam exsequendo et bonos mores praecipiendo, humanitati
nunquam defecturum. Ego promitto me principiis honestatis
inhaerentem gradus mei muneribus perfuncturum atque laborem
jure patrocinando, justitiam exsequendo et bonos mores praeci
humanitatis causa nunquam defecturum. Ego promitto me pri
honestatis semper inhaerentem gradus mei muneribus perfu
atque laborem meum in jure patrocinando, justitiam exseque
bonos mores praecipiendo, humanitatis causa nunquam defe
Ego promitto me principiis honestatis semper inhaerentem
mei muneribus perfuncturum atque laborem meum in jure patroc
justitiam exsequendo et bonos mores praecipiendo, humanitati
nunquam defecturum. Ego promitto me principiis honestatis
inhaerentem gradus mei muneribus perfuncturum atque laborem
jure patrocinando, justitiam exsequendo et bonos mores praeci
humanitatis causa nunquam defecturum. Ego promitto me pri
honestatis semper inhaerentem gradus mei muneribus perfu
atque laborem meum in jure patrocinando, justitiam exseque
bonos mores praecipiendo, humanitatis causa nunquam defe

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

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

honestatis semper inhaerentem gradus mei muneribus perfu
atque laborem meum in jure patrocinando, justitiam exseque
bonos mores praecipiendo, humanitatis causa nunquam defe
Ego promitto me principiis honestatis semper inhaerentem
mei muneribus perfuncturum atque laborem meum in jure patroc
justitiam exsequendo et bonos mores praecipiendo, humanitati
nunquam defecturum. Ego promitto me principiis honestatis
inhaerentem gradus mei muneribus perfuncturum atque laborem
jure patrocinando, justitiam exsequendo et bonos mores praeci
humanitatis causa nunquam defecturum. Ego promitto me pri
honestatis semper inhaerentem gradus mei muneribus perfu
atque laborem meum in jure patrocinando, justitiam exseque
bonos mores praecipiendo, humanitatis causa nunquam defe
Ego promitto me principiis honestatis semper inhaerentem
mei muneribus perfuncturum atque laborem meum in Ego promi
princípios honestatis semper inhaerentem gradus mei mu
perfuncturum atque laborem meum in jure patrocinando, ju
exsequendo et bonos mores praecipiendo, humanitatis causa hon
semper inhaerentem gradus mei muneribus perfuncturum atque



*“A justiça não consiste em ser neutro entre o certo e o errado,
mas em descobrir o certo e sustentá-lo, onde quer que ele se
encontre, contra o errado.”*

Theodore Roosevelt

Disponível em: <<http://pensador.uol.com.br/frase/Nzk3NDUw/>>.

A atuação da Corregedoria Nacional de Justiça

Eliana Calmon*



“Lamentavelmente as metas de produtividade traçadas pelo CNJ não estão sendo cumpridas pelos tribunais, muitos dos quais estão com o serviço de cartório no primeiro grau inteiramente sucateado, sem que os juízes tenham condições mínimas de trabalho. Esta é a mais dolorosa realidade da Justiça brasileira, não adianta cobrar se é impossível exigir mais trabalho.”

Revista: Qual o balanço que a senhora faz acerca de sua gestão na Corregedoria Nacional de Justiça? Poderia mencionar os resultados que obteve no combate ao nepotismo? E quanto às metas de produtividade? Elas superaram as suas expectativas?

Eliana Calmon: Após dezoito meses à frente da Corregedoria Nacional posso dizer que consolidei como prática o auxílio aos tribunais, orientando-os e com eles estabelecendo rotinas para melhorar o funcionamento da Justiça. Posso mencionar, por exemplo:

a) os mutirões realizados nos TRFs da 3ª e 1ª Regiões, assoberbados de processos, sem conseguirem cumprir a Meta 2, considerada prioritária para o CNJ, sendo julgados milhares de processos. Em São Paulo, por exemplo, foram julgados 100 mil e em Brasília, até agora, mais de 40.000 processos; mutirão na vice-presidência do TRF da 5ª Região onde havia acúmulo de processos para admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários; mutirões nas Varas de Execução Penal, muitas das quais em completa desorganização e inviabilidade, como ocorreu no Pará, Pernambuco e Espírito Santo;

b) criação ou organização do setor de precatório, cuja gestão se apresentava em absoluto descontrole,

existindo hoje um setor próprio e com os precatórios em ordem cronológica colocados nos sites dos Tribunais, como ocorreu em Tocantins, Alagoas, Piauí, Mato Grosso, Pernambuco e Ceará;

c) conciliações com vista a acabar com os processos do SFH já julgados, mas em fase de liquidação, em demandas intermináveis. O programa já arrecadou em um ano R\$ 354.978.296,00 (trezentos e cinquenta e quatro milhões, novecentos e setenta e oito mil, duzentos e noventa e seis reais) e extinguiu mais de 20.002 (vinte e mil e dois) processos;

d) o programa intitulado *Pai Presente*, o qual visa identificar os pais de crianças ou adultos em que a certidão de nascimento só registra o nome da mãe, conseguindo-se com as campanhas específicas, junto a cada Tribunal, um universo de mais de 9.396 (nove mil, trezentos e noventa e seis) registros. Caminha-se agora para estabelecer o programa como definitivo e automático, sem a necessidade de campanha;

e) o programa *Espaço Livre Aeroporto* foi um sucesso, com a providência das remoções dos aviões que, em sucata, há anos permaneciam nos aeroportos, sem solução da Justiça. Já podemos dizer que removemos todos os aviões de Congonhas, alguns do Galeão e outros de Guarulhos e até o mês de maio não teremos mais aviões apreendidos por ordem da Justiça nos aeroportos brasileiros. Ainda nesse programa estamos conseguindo que veículos blindados, quando apreendidos em tráfico, sejam de imediato liberados

* Ministra do STJ e Corregedora Nacional de Justiça.

pelos juízes para utilização da Justiça, o mesmo ocorrendo com os aviões. Já entregamos veículo blindado para o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, em virtude de magistrado ameaçado. Temos hoje seis aviões a serem distribuídos, fora os que já entregamos para o TJ do Amazonas, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul. Por inspiração do programa *Espaço Livre*, publicamos em mídia eletrônica um Manual de Bens Apreendidos, estando em via de impressão 16 mil exemplares como cortesia da Infraero, porque o CNJ não se dispôs a publicar por falta de verba;

f) Com o programa *Justiça Plena* estamos monitorando o andamento de quase cem processos de grande repercussão social e já conseguimos ver julgados alguns deles que se eternizavam, muitos dos quais estava o Brasil respondendo perante o Tribunal Internacional. Assim, vimos julgados o processo de homicídio da Deputada Cecy Cunha e seus familiares, ocorrido há treze anos; o julgamento de um dos doze processos ligados a um grupo de extermínio no Ceará, dentre eles o *Caso dos Meninos do Supermercado Pague Menos*; o julgamento do caso de um menor assassinado por milícia. Fora os programas específicos de auxílio, temos avançado, na parte disciplinar, com as inspeções e correções, registrando-se 4 (quatro) inspeções iniciadas nos Tribunais de Justiça dos Estados de Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Pará e Rio de Janeiro; além da revisão de inspeções em andamento em 14 (quatorze) tribunais, quais sejam, Tribunal de Justiça dos Estados de Tocantins, Bahia, Rio Grande do Norte, Ceará, Amazonas, Alagoas, Pará, Paraíba, Piauí, Maranhão, Pernambuco, Espírito Santo, Paraná e Amapá. Paralisamos as inspeções patrimoniais por ordem do STF e por dois meses suspendemos todos os procedimentos disciplinares por força de liminar da Corte Maior, mas retomamos a partir deste mês, com a revogação da liminar e voltamos ao trabalho inspecionando o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Ainda na parte disciplinar, concluímos 34 (trinta e quatro) sindicâncias e levamos para julgamento 6.488 (seis mil, quatrocentos e oitenta e oito) processos, dos quais ainda estão tramitando 2.758 (dois mil, setecentos e cinquenta e oito).

Com referência ao nepotismo, posso dizer que está praticamente banido, mas não erradicado. Quando assumi em 2010, encontrei duas esposas de desembargadores trabalhando no tribunal de um determinado Estado. Estabeleci trinta dias para saírem e elas recorreram ao STF, buscando uma liminar, sob a tese do direito adquirido. O processo foi distribuído à Ministra Carmem Lúcia, que deu um banho de cidadania na sua decisão, arrasando a tese. As esposas

foram tiradas e colocadas em cargos em comissão no Tribunal de Contas do mesmo Estado. Pediram-me providência e eu disse: “nada posso fazer, contra a falta de cidadania só a cultura resolve e esta só chega com o tempo”. Disse também, “se me disserem haver nepotismo cruzado eu adoto as providências”. Não havia. A motivação foi amizade e contra este tipo de patrimonialismo a Corregedoria Nacional nada pode fazer.

Muita coisa foi feita nestes poucos meses e, fazendo um balanço parcial, creio que até agora temos um bom resultado.

Lamentavelmente as metas de produtividade traçadas pelo CNJ não estão sendo cumpridas pelos tribunais, muitos estão com o serviço de cartório no primeiro grau inteiramente sucateado, sem que os juízes tenham condições mínimas de trabalho. Esta é a mais dolorosa realidade da Justiça brasileira, não adianta cobrar se é impossível exigir mais trabalho. Tenho encontrado em alguns Estados armários repletos de sentenças prolatadas, inclusive da Meta 2, sem que o juiz tenha servidor para registrar e publicar os julgados.

No ano passado, precisamente no mês de dezembro, estabeleci algumas metas para as corregedorias e, assim, pretendo dar a elas, na medida do possível, uma estrutura adequada, com autonomia administrativa e financeira para não ficar o corregedor nas mãos da presidência.

Sou muito arrojada e tenho sempre a sensação de que podemos fazer mais e melhor, assim sendo, nunca consegui superar as minhas expectativas, pois elas são bem mais ambiciosas do que o possível para uma realidade difícil como é a de gestão do Poder Judiciário brasileiro.

Revista: A autonomia financeira dos tribunais estaduais foi efetivada?

Eliana Calmon: Não, lamentavelmente, não. Alguns tribunais vivem na penúria e praticamente na dependência do Poder Executivo, o que é um erro terrível, pois tal situação favorece o conchavo espúrio, a subserviência malévola e, em última *ratio*, a corrupção.

Revista: Como saber se as normas estabelecidas pelo CNJ estão sendo cumpridas?

Eliana Calmon: Dentro do CNJ existe um programa de cobrança de metas e os tribunais devem alimentar o sistema colocando os seus números para avaliação e

classificação da produtividade; o sistema chama-se *Justiça em Números*.

Revista: Qual a sua análise acerca dos gastos públicos no que se refere ao Poder Judiciário? Primeiro, quanto à alegada falta de recursos para a concessão do aumento dos salários dos servidores públicos (fato que, inclusive, gerou um desconforto entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo) e, segundo, quanto à transparência dos gastos sob o ponto de vista administrativo?

Eliana Calmon: Em relação aos gastos o Poder Judiciário Estadual não é nada transparente e reina uma nuvem de fumaça em torno do que se gasta em cada Corte, quanto ganha cada desembargador, etc. Na administração Gilmar Mendes e Gilson Dipp tentou-se estabelecer no CNJ uma espécie de Sistema de Administração Financeira – SIAF, à semelhança do que já existe no Judiciário Federal, o que seria o primeiro passo para que se fizesse um controle efetivo. Lamentavelmente, não foi possível. Cada tribunal gasta como quer, dizendo-se em nome da sua autonomia e não obedece e nem quer obedecer aos limites constitucionais a que se submete, na área federal, até o STF. Dentro desse quadro é difícil opinar. Temos de nos organizar primeiro para depois discutir o tamanho da nossa receita e o valor dos nossos gastos.

Revista: Qual o significado da expressão *judicialização da política*, utilizada em várias outras oportunidades? E *politização da Justiça*?

Eliana Calmon: A partir da Constituição de 1988 o Poder Judiciário está autorizado a fazer cumprir a Carta Maior, independentemente de lei que esteja a regular o direito ou garantia ali inserido. Diga-se que este não é um privilégio do Brasil, mas a tônica de todos os países civilizados do mundo, porque o compromisso da nação está na sua Constituição. Assim sendo, se o magistrado, chamado a dizer o direito, não dispõe de uma lei que regulamente o dispositivo constitucional, cabe-lhe fazer cumprir a Lei Maior e, para isto, muitas vezes tem de agir politicamente. No passado a atuação do juiz era tímida e ele se limitava a cumprir o que estivesse na lei, ela era o seu compromisso. Hoje o compromisso do juiz é com a Constituição e com as políticas públicas nela inseridas. Tomemos como exemplo os remédios que devem ser fornecidos aos doentes que têm a assistência do SUS, mas não conseguem obtê-lo porque o Estado não providenciou a compra; a questão da hospitalização de emergência e a falta de hospital público

que se disponha a atender ao doente; a matrícula de crianças nas creches, já que a educação foi prometida a todos. Enfim, são situações que o magistrado deve solucionar a partir do regramento constitucional. Tal agir é judicial ou político? Respondo ser as duas coisas, pois não podemos desapartar a judicialização da política, entendendo-se esta como arte de governar.

Revista: Em entrevista recente, ao analisar o problema da falta de segurança dos magistrados, que constantemente recebem ameaças de morte, a senhora mencionou a necessidade de criação de um serviço de inteligência dentro dos tribunais. As Polícias Civil e Militar estão preparadas para cuidar da integridade física dos juízes?

Eliana Calmon: A questão de segurança no Brasil está caótica para todos, inclusive para as autoridades. Com referência à segurança dos profissionais que estão trabalhando em área de risco, hoje incluímos os magistrados, na medida em que a decisão judicial, após a CF de 1988, tem um peso social bem maior. Assim sendo, está o CNJ a realizar um trabalho sobre segurança da magistratura. Ainda não está pronto, mas já chegou o grupo a algumas conclusões: a) a polícia judiciária deve continuar a existir para dar segurança honorífica e patrimonial, mantendo a ordem e coibindo abusos durante o funcionamento dos prédios da Justiça, sendo absolutamente insuficiente e ineficaz para dar proteção aos magistrados que estão, efetivamente, em situação de risco; b) a colocação de escolta para magistrado em perigo é importante, mas não é suficiente quando há risco efetivo. Estes riscos são geralmente identificados pelo serviço de inteligência a cargo das Polícias Militar e/ou Federal, devendo-se incrementar cada vez mais a expansão delas neste campo para um apoio conjunto aos magistrados, independentemente de ser federal ou estadual; c) a Polícia Militar deverá continuar a fazer a segurança dos tribunais, mas de uma forma mais efetiva, ou seja, deve haver um setor de segurança que seja eminentemente técnico e não o tradicional setor onde são alocados militares da confiança pessoal do presidente do tribunal. Afinal, a segurança é do tribunal e não do presidente e, por isso, deve haver na Polícia Militar um batalhão especializado em segurança de autoridades, para trabalho conjunto e treinamento periódico com a Polícia Federal. O problema é muito sério se imaginarmos que, muitas vezes, é o juiz do Estado que julga o policial federal em suas demandas cíveis ou penais, quando se trata de crime comum. Muitas vezes, anos depois de um julgamento, o juiz encontra o policial para fazer a sua escolta. Aliás, tivemos caso de encontrar uma juíza cujo integrante de sua escolta

era um policial por ela processado e até com audiência marcada. Isto não pode acontecer e cabe a cada tribunal organizar a sua segurança. Não faz muito tempo os militares que estavam em tribunais eram desviados para fazer mandados domésticos, dirigir para madame, servir a visitantes não oficiais, sem a seriedade necessária. Enfim, há dentro do CNJ um grupo de trabalho que avança na realização de uma proposta arrojada.

Revista: Certa vez a senhora disse que a escolha de ministros de tribunais superiores é a mais democrática possível, porque passa pela análise dos três Poderes. A senhora pode explicar tal assertiva?

Eliana Calmon: A referência está absolutamente certa e eu disse o que penso até hoje, porque a escolha de um ministro para compor um tribunal superior, afora o STF, envolve a participação dos três Poderes da República e é neste sentido que a escolha é democrática. Os membros do tribunal escolhem os candidatos em lista tríplice, esta lista vai para escolha do presidente da República e o nome escolhido vai para aprovação do Senado Federal, ou seja, os três Poderes se envolvem com a escolha. É lindo e democrático no papel; na realidade, o que muda? A nossa cultura de compadrio e de favor. É de tal forma que, para atender a um pedido de um amigo, colocamos nomes nas listas que, se fosse uma seleção para a nossa empresa, jamais correríamos o risco. O que é privado é zelado, o que é público é para os amigos. Isto é a cultura de quatro séculos. A sorte é que já estamos melhorando um pouco. O primeiro sinal de mudança é uma ministra de tribunal superior, que se submeteu a tal processo, que fala livremente sobre ele e critica-o publicamente.

Revista: Algumas das representações apresentadas contra magistrados nas corregedorias dos tribunais e no CNJ têm o objetivo único e exclusivo de inviabilizar o trabalho dos juízes? Seriam elas apresentadas pelos *sabotadores* que a senhora já mencionou em outras oportunidades?

Eliana Calmon: Sim, sem dúvida, muitas vezes um bom juiz passa a ser perseguido pela pilantragem que usa a Justiça e encontra nele um óbice à obtenção de benesses. Nós corregedores devemos estar atentos para esta realidade. Como o magistrado forma o seu nome e a sua história profissional com atos e comportamento que se desenvolve ao longo do tempo de carreira, é fácil verificar as perseguições, sendo possível separar o joio do trigo. Na Corregedoria Nacional, por exemplo,

tomamos muito cuidado quando chega uma representação ou uma reclamação e não podemos nos impressionar com números. Houve caso de recebermos nada menos que quarenta e seis representações contra uma magistrada exemplar. Por quê? Porque ela era exemplar e não saía dos limites da lei, desgostando um segmento do mal.

Revista: O Fórum de Assuntos Fundiários do CNJ foi devidamente implantado? Gerou bons resultados?

Eliana Calmon: Excelentes resultados. E me parece, no momento, ser o que podemos fazer para minorar uma situação preocupante. Não adianta projetos mirabolantes, alguns bastante viáveis, se contassem com o beneplácito das elites que, infelizmente, têm ouvidos moucos e olhos cegos para o grave problema da grilagem. Não podemos cruzar os braços. Vamos fazendo um trabalho de formiga, devagar e aos poucos. É um trabalho lento, mas o único possível. Alguns resultados já se fazem presentes, embora pequenos. É, em primeiro lugar, um trabalho de conscientização.

Revista: A senhora poderia narrar alguns dos fatos positivos que encontrou pelo País afora nesses quase dois anos de gestão?

Eliana Calmon: Para mim foi gratificante chegar em plena selva amazônica e encontrar um jovem juiz fazendo o seu trabalho, amado pela comunidade e identificado como uma verdadeira autoridade, em uma cidade onde só se chega de barco ou de hidroavião. Era um jovem com menos de trinta anos e que conseguiu com os presos da comarca levantar um prédio onde instalou o foro, com dignidade. Emocionei-me quando recebi a visita de um advogado que há seis meses chegou à Corregedoria para reclamar de um juiz corrupto que estava prestes a decretar a falência de uma pequena empresa em recuperação judicial, se não fosse aceita a sua extorsão. Adotei providências juntamente com a Corregedoria estadual; o juiz foi afastado e, no seu lugar, colocado um magistrado sério e competente que devolveu ao jurisdicionado a paz para tocar os seus negócios. Não poderia deixar de registrar que há um ano um presidente de um determinado tribunal procurou a Corregedoria para dizer que não iria continuar à frente dele, que estava com a folha de pagamento inchada e sem recursos para tocar o trabalho, principalmente na primeira instância. O tribunal estava classificado em último lugar em produtividade. Neste mês de fevereiro

o mesmo presidente comparece e mostra os resultados. Pela gestão, feita com garra e destemor, auxiliado pela Corregedoria Nacional, tudo foi sendo colocado nos lugares devidos e o resultado se refletiu imediatamente na produtividade do tribunal que no período de um ano avançou e está cumprindo as metas estabelecidas pelo CNJ. Por fim, não poderia deixar de registrar que, por falta de verba, estava a Corregedoria a ponto de desfazer um grupo de trabalho, eis que cortados os recursos para pagamento de diárias. Avisei que iríamos parar e os juízes, em coro, disseram que não parariam e dariam continuidade ao trabalho, porque era ele mais importante do que as diárias. Comprometeram-se a pagar do próprio bolso as despesas de hotel e alimentação.

Revista: O CNJ, como um órgão de controle, está consolidado? Pode haver ainda algum retrocesso nesse sentido?

Eliana Calmon: O CNJ é um órgão bastante novo e naturalmente procura se firmar dentro de um Poder que tem sérias restrições ao controle. Necessita, portanto, de muito cuidado e atenção por parte dos que nele acreditam. O órgão assumiu um grau de credibilidade tal que sua sociedade se apossou dele nos últimos meses e partiu para defendê-lo. Hoje, no Brasil, creio que nenhum brasileiro ignora a existência do CNJ. O povo está tomando conta, a imprensa está vigilante e o Congresso Nacional muito atento. Acho que não haverá retrocesso.

Pode o juízo revidendo absolver condenado pelo tribunal do júri?

Tourinho Filho*

À primeira vista pode parecer estranho, em face da soberania dos veredictos, possa a segunda instância rever decisão proferida pelo Tribunal popular. É certo que a instituição do júri, com as suas decisões soberanas, está prevista no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, vale dizer, no capítulo dos direitos e garantias individuais. Não é menos certo que a Lei Maior tutela e ampara, de maneira toda especial, o direito de liberdade, tanto que lhe dedica todo um capítulo. Tanto é verdade que quando se trata de prova ilícita obtida pela defesa para provar a inocência do réu, não há discrepância. O princípio da proporcionalidade é respeitado.

Observe-se que a Constituição da República, no art. 5º, LVI, proclama serem “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Trata-se de dogma constitucional, como é a soberania dos veredictos. Indaga-se: e se a prova ilícita for obtida para provar a inocência do réu? Nucci, cuidando da matéria, com absoluta propriedade, após citar a lição do saudoso Celso Bastos, no sentido de que “nenhum direito reconhecido pela Constituição pode revestir-se de um caráter absoluto”, entendimento consagrado no STF, observa, com muita propriedade:

[...] se o texto constitucional rejeita o erro judiciário, é natural que não seja possível sustentar a proibição da prova ilícita contra os interesses do réu inocente. Dessa forma, se uma prova for obtida por mecanismo ilícito, destinando-se a absolver o acusado, é de ser admitida, tendo em vista que o erro judiciário precisa ser, a todo custo, evitado (g.n.). (Código de Processo Penal Comentado, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 371).

O mesmo, e com muito mais razão, se deve dizer, entre o manter a soberania dos veredictos intangível e procurar corrigir um erro em benefício da liberdade. Se a Constituição repugna o erro judiciário e se o juízo revidendo reconhecendo-o, absolve o réu, a devolução dos autos à primeira instância a fim de submetê-lo a novo julgamento é um sentido sem sentido, na bela expressão do cancioneiro popular.

Obviamente o direito de liberdade se sobrepõe a todo e qualquer outro, mesmo porque as liberdades públicas, notadamente as que protegem o homem do arbítrio do Estado, constituem uma das razões do processo de organização democrática e constitucional do Estado. Se a revisão criminal visa, portanto, à desconstituição de uma sentença condenatória com trânsito em julgado, vale dizer, se é um remédio jurídico processual que objetiva resguardar o direito de liberdade, há de sobrepor-se ao princípio da soberania, é óbvio. Entre o direito de liberdade e a garantia constitucional da soberania dos veredictos, a prevalência é daquele, ante a repugnância que causa à sociedade a condenação de um inocente. E essa repulsa pelo erro judiciário é universal e como dizem Brière de L'Isle e Paul Cogniart *La science et la conscience des juges ne leur garantissent pas l'inaffabilité* (*Procédure Pénale*, t. 2, p. 251).

Desse modo, as decisões condenatórias do Júri, uma vez preclusas as vias impugnativas, podem ser objeto de revisão criminal. Nesse sentido: *RT*, 479/321, 357/523, 449/476, 475/352, 448/330, 548/331; *RTJ*, 115/1114; *HC* 67.737, *DJU*, 16-2-1990, p. 930; e Hermínio Marques Porto (*Júri*, *cit.*, 2. ed., p. 41-2).

E se no juízo revidendo se concluir que a decisão condenatória foi manifestamente contra a prova dos autos? A jurisprudência era pacífica no sentido de o juízo revidendo absolver. Mais tarde no STJ, *HC* 190.419/DF, *DJU*, 18/11/2002, p. 251 e, *AgRg* no REsp 1.021.468, *DJe* de 10/08/2011, rel. Min. Jorge Mussi, invocou-se aquele único precedente: anula-se o julgamento, ensejando outro. Deslizam até mesmo os que escrevem com pena de ouro, dizia o velho Vieira. Com a devida vênia e respeito pelo e. Ministro Jorge Mussi, não nos parece, visto que somente em grau de apelação foi previsto novo julgamento. Após o trânsito em julgado, não. Não e renão. Repetimos: todas as constituições do mundo civilizado repugnam o erro judiciário, mormente quando se tratar da condenação de um inocente. Se no juízo revidendo for reconhecido que a decisão do júri foi manifestamente contra a prova dos autos, não tem sentido o retorno dos autos à primeira instância para novo julgamento. Sua absolvição se impõe. Se o júri está no capítulo dos direitos e garantias individuais, e a revisão criminal é instituto que visa precipuamente a desconstituir a sentença condenatória transitada em

*Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito do Centro Universitário (Uniar) de Araraquera/SP.

ulgado – sempre, inexoravelmente sempre, com a finalidade de proporcionar benefício ao réu, não havendo possibilidade de revisão *pro societate* – não teria sentido anular uma decisão do júri já transitada em julgado, para submetê-lo a novo julgamento. Haveria, inclusive, a possibilidade de uma *reformatio in pejus* ante a possibilidade de o réu, no novo julgamento ser condenado, às vezes até a uma pena mais grave.

Admita-se tenha sido o réu pronunciado por homicídio qualificado. Os jurados reconheceram o homicídio, mas afastaram a qualificadora. Não houve recurso. Transitada em julgado a decisão, o réu ingressou no juízo revidendo demonstrando que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos, não havendo nenhuma prova que o inculpasse. Procedente a revisão, e levado o réu a novo julgamento, os novos jurados, soberanos que são, e julgando de acordo com a sua consciência – atente-se para o juramento que prestam antes do julgamento (art. 472 do CPP), não estariam impossibilitados de acolher a tese ministerial exposta na pronúncia e condená-lo por homicídio qualificado, mesmo porque não mais poderia o juiz alterar a pronúncia de homicídio qualificado para simples. Se os jurados julgam de acordo com a sua consciência nada os impediria de acatar a tese da qualificadora. *Quid inde?* Se a regra do art. 626 do CPP ao permitir à instância revisora o poder de absolver não pode ser aplicada à decisão do júri, em face da sua soberania, logicamente não se lhe aplicaria também a prevista no seu parágrafo único que impede, no novo julgamento aumento de pena, surgindo, então, estúpida violação à proibição da *reformatio in pejus*.

Há no texto da nossa Lei Fundamental, para a hipótese aqui em testilha, três regras constitucionais: a soberania dos veredictos, a plenitude de defesa e a revisão criminal, esta por força do § 2º do art. 5º da CF e aquelas previstas do art. 5º. XXXVIII do mesmo diploma maior. Soberania, plenitude de defesa e revisão criminal formam uma trilogia em resguardo de um direito maior que é o direito de liberdade. Elas não podem contradizer-se, sob pena de haver superioridade de uma em relação a outra. Soberania é uma coisa; infalibilidade, outra. E como bem disse o Ministro Celso de Mello,

[...] a condenação definitiva imposta pelo Júri é passível, também, de desconstituição, mediante revisão criminal (RTJ 115/1114), não lhe sendo oponível a cláusula constitucional da soberania do veredicto do Conselho de Sentença... A soberania dos veredictos do Júri – não obstante a sua extração constitucional – ostenta valor meramente relativo, pois as manifestações decisórias emanadas

do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade jurídico-processual. A competência do Tribunal do Júri, embora definida no texto da Lei Fundamental da República, não confere a esse órgão especial da Justiça comum o exercício de um poder incontestável e ilimitado (HC 68658/DF, DJ, 26/06/1992, p. 10.105).

O Código de Processo Penal e os regimentos internos dos tribunais estabelecem os órgãos competentes para julgarem as revisões. O tribunal do júri não pode ser juiz revidendo de suas decisões. Nem a Constituição da República lhe confere tal competência.

Na lição do eminente Ministro Gilmar Mendes,

[...] as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria Constituição. Em consequência a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque – ‘relembre-se o círculo hermeneutico – o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes (*Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 114).

Intimamente ligado ao princípio da unidade da Constituição, que nele se concretiza - prossegue o eminente Ministro e Professor – o princípio da harmonização ou da concordância prática consiste, essencialmente, numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando em situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas, ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum (*Ibidem*)

As decisões do júri são soberanas. Trata-se de uma garantia do direito de liberdade. Certo que o júri também pode condenar e, aparentemente não estaria respeitando o direito de liberdade. Mas o júri foi mantido para, nos crimes dolosos contra a vida, que qualquer um pode praticar – dependendo das circunstâncias – julgar com a liberdade que o juiz togado não tem.

O juiz togado tem um defeito que o jurado não tem, o calo profissional, que, na rotina, pode desanimá-lo, endurecê-lo, com o risco de, ao fim de certo tempo, já não o comoverem as grandes dificuldades da complexa criatura humana e, assim, em decorrência, faltar-lhe o equilíbrio essencial...” (Edmundo Oliveira, *O Tribunal do Júri na administração da Justiça criminal nos Estados Unidos*, apud Rogério Lauria Tucci, *Tribunal do Júri*, p. 105).

Ou como assinalou Binder:

El juez técnico aparece, entonces, como un ser puramente racional, ajeno a los sentimientos, ajeno a las consideraciones sociales: una computadora de carne y hueso que – vaya paradoja – nadie se animaría a cambiar por una verdadera computadora.

Ahora bien: frente ao juez técnico, el juez popular se há presentado como un baluarte de la libertad, resultado del concepto básico de soberanía política, garante de una justicia que no se limite a aplicar el Derecho de um modo puramente lógico. (Alberto M. Binder, *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, *Ad-Hoc*, 1999, p. 86).

Assim, na hipótese de o juízo revidendo reconhecer que a decisão do júri foi manifestamente contrária à prova dos autos, sua absolvição se impõe, mesmo porque a competência para determinar se proceda a novo julgamento é da câmara criminal ou turma, *em grau de apelação*. Transitada em julgado a decisão somente a revisão criminal ou eventualmente o *habeas corpus* pode desconstituir a decisão. É verdade que o § 3º do art. 593 do CPP dispõe que se a apelação se fundar no inciso III, *d*, do art. 593 e, provido o recurso e realizado o segundo julgamento, não se admite apelação com fulcro na mesma alínea. E não admite porque a decisão do júri é soberana. Mas não há resposta séria e convincente para esta pergunta: por que a decisão do júri foi soberana no segundo julgamento e não o foi no primeiro? E muito menos a esta: se os jurados, na exortação a que se refere o art. 472 do CPP, se comprometeram a julgar a causa, com imparcialidade e de acordo com as suas consciências, como poderiam ser obrigados a julgar de acordo com as provas dos autos?

Como não houve previsão no capítulo da revisão criminal sobre a possibilidade de, na hipótese em exame, ser o réu submetido a novo julgamento, outro caminho não há senão o da absolvição. É bem verdade, também, que o art. 626 fala na possibilidade de ser anulado o processo e, no parágrafo único dispôs o legislador que de qualquer maneira não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista. É um argumento a mais a justificar nosso entendimento: se o réu devesse ir a segundo julgamento, e os novos jurados, ao contrário do que sucedera no julgamento anterior, reconhecesse a qualificadora, que solução encontraria o juiz presidente? Se o júri é soberano, e uma vez reconhecido o homicídio qualificado, o parágrafo único do art. 626 do CPP não seria bastante para frear a soberania do júri.

Não se deve confundir soberania do tribunal do júri com infalibilidade das suas decisões. Admitir-se essa irrealdade, todos os nossos tribunais do mais

modesto, que é a turma de recursos dos juizados especiais criminais, à nossa maior Corte de Justiça, ponto culminante do nosso Poder Judiciário, poderiam e efetivamente podem ter suas decisões revistas, mas, as decisões do tribunal popular seriam intocáveis, como se estivessem dentro de uma redoma. Não é assim que se interpreta o princípio da soberania. Esta quer dizer apenas e tão somente que a segunda instância não pode corrigir eventual erro de julgamento do tribunal do júri: se este absolveu, repita-se, ante eventual apelo da acusação, o máximo que a instância superior pode fazer é determinar se proceda a novo julgamento. E se foi condenado, também, em decorrência do mesmo princípio, não pode o órgão de segundo grau, absolvê-lo.

Mas, no instante em que transita em julgado a decisão do tribunal do júri e surgem novas provas mostrando a inocência do réu em toda a sua nudez, pode e deve o juízo revidendo absolvê-lo. Mesmo que as provas sejam as mesmas e se comprove no juízo revidendo que a decisão foi manifestamente contra a prova dos autos, a absolvição se impõe. E a revisão é feita pela seção ou grupo de câmaras do tribunal de justiça, se se tratar de júri estadual, ou o grupo de turmas do tribunal regional federal se o júri for federal. Soberania dos veredictos não se confunde com infalibilidade, sob pena de nenhum condenado pelo tribunal popular conseguir demonstrar o erro judiciário, a menos que o tribunal popular queira. Senão, não.

Desse modo, as decisões do tribunal popular, dêis que se amoldem àquelas exigências dos arts. 621 e 626 do CPP, comportam a revisão. É verdade que há uma corrente doutrinária de envergadura (Guilherme Nucci, Tribunal do Júri, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 447; Jorge A. Romeiro, Da Revisão, Rio de Janeiro, Forense, 1964, p. 86; Adalberto José de Camargo Aranha, Dos Recursos no Processo Penal, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 175) entendendo que no juízo revidendo deverá o tribunal, se julgar procedente a revisão, limitar-se ao *judicium rescindens*, encaminhando os autos à 1ª instância para que novo Júri exerça o *judicium rescissorium*. Já vimos que Nucci, com bastante acerto, entende que a Magna Carta tem uma repugnância pelo erro judiciário.

Os jurados, repita-se, não ficam presos a textos legais, nem a precedentes ou súmulas. Se absolver ou condenar, a segunda instância não pode converter a absolvição em condenação e vice-versa. Aí está a sua soberania. Se a decisão transitar em julgado, a decisão absolutória torna-se inatacável. Se condenatória, ainda lhe resta a via revidenda, seja para absolvê-lo, seja para desclassificar o crime, seja para anular o julgamento.

Aqui está a revisão. Desrespeito algum se faz à soberania, visto não ter sido a decisão proferida em seu desfavor. E como disse o brilhante Sérgio Demoro Hamilton no prefácio à segunda edição do Direito Processual Penal de Paulo Rangel, e aceitando a entendimento do autor (Rio, Lumen Juris, 2010, p. LX), “a ação revisional não é *pro reo*, ela tem por fim restabelecer a ordem jurídica violada com a punição de um inocente”.

Se “a finalidade da revisão é a de permitir o reexame de processos condenatórios findos - em que se respeitaram a soberania dos veredictos e a plenitude de defesa - e possibilitar a reparação daquilo que constitui a preocupação maior dos penalistas – o erro judiciário” –, como afirmava o velho Walter P. Acosta (*O processo penal*, 14. ed., Rio de Janeiro, p. 369), de que serviria a revisão, ante a possibilidade de o Júri manter a mesma sentença? Por óbvio não seria um meio de reparar o erro judiciário, e sim o de procrastinar o fim do processo, com desprestígio do órgão revidendo e desrespeito àquela outra regra constitucional, de maior expressão, que admite a revisão criminal dos processos findos, pouco importando a importância do órgão que proferiu a decisão revidenda. E a soberania dos veredictos, admitindo-se o entendimento diverso, estaria se sobrepondo à revisão criminal, adquirindo “ares” de infalibilidade.

Ademais, se a soberania dos veredictos é dogma constitucional, também o é a plenitude de defesa. Soberania e plenitude de defesa formam uma urdidura inextrincável, ambas na defesa da liberdade do réu. E haveria um arremedo de plenitude de defesa, ou uma plenitude de defesa pernetá, se a instância revidenda, reconhecendo que a decisão do tribunal popular foi manifestamente contrária à prova dos autos, constatando um erro judiciário brutal, pudesse apenas rescindir o julgado e determinar a realização de novo Júri, sujeitando o revisionado às agruras de novo julgamento. Não seria revisão, e sim um segundo apelo.

E se no novo julgamento fosse mantida a condenação? Impossibilitado de apelar (art. 593, § 3º do CPP) teria que ingressar com novo pedido revisional, se surgisse nova prova (art. 622, parágrafo único do CPP). E se surgisse? Nova revisão... E se obtivesse êxito? Novo julgamento pelo Tribunal do Júri... Teria sentido esse círculo vicioso?

A revisão deixaria de ser remédio para jugular erro judiciário – repugnado pela Lei Maior - ficando com a sua natureza completamente desfigurada. Se o juízo revidendo, em vez de absolver (como pode fazê-lo), determinar a realização de outro julgamento pelo

mesmo órgão que cometeu o erro, será a mesma coisa, como já dizia um dos nossos mais velhos anexins: dar com uma mão e tirar com a outra.

Não se nega seja a soberania dos veredictos dogma constitucional. É o que está, com todas as letras, no art. 5º, XXXVIII, da *Lex Mater*, Também o é a revisão criminal prevista nos arts. 102, I, f, e 108, I, b da Lei Fundamental por força do § 2º do art. 5º desse mesmo diploma maior. E a revisão criminal, ao contrário do que possa parecer, tem um poder muito mais extenso e intenso que a própria soberania do júri. É uma ação que objetiva desconstituir a coisa julgada, quando houver erro judiciário, o mais terrível dos erros.

É mercê da revisão criminal que se reapreciam condenações proferidas até pelo Supremo Tribunal Federal, cimeiro do Poder Judiciário, fazendo surgir, desnudado e desventrado, de maneira absolutamente soberana o espectro do erro judiciário. É por meio dela que as decisões do Superior Tribunal de Justiça, órgão maior das Justiças estadual e federal, são reexaminadas. Assim também as decisões proferidas por quaisquer tribunais. Porque o interesse maior é não permitir o erro judiciário, mazela de muitos julgados.

Frederico Marques, mestre de todos nós, e que não morria de amores pelo júri, afirmava com a maior segurança:

A soberania dos veredictos não pode ser atingida, enquanto preceito para garantir a liberdade do réu. Mas, se ela é desrespeitada em nome dessa mesma liberdade, atentado algum se comete contra o texto constitucional. Os veredictos do Júri são soberanos enquanto garantem o *jus libertatis*. Absurdo seria, por isso, manter essa soberania e intangibilidade quando se demonstra que o Júri condenou erradamente (*A Instituição do Júri*, São Paulo, Saraiva, v. 1, p. 54-55).

Nesse mesmo sentido, o Prof. André Nicolitt:

Na revisão criminal o Tribunal tem amplo poder para reformar a sentença condenatória, para absolver o condenado, diminuir a pena, ou qualquer outro benefício, pois a soberania dos veredictos é uma garantia do réu e não pode ser utilizada para obstar outra garantia constitucional em seu próprio benefício, como no caso a revisão do erro judiciário (*Manual de processo penal*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2010, p. 557).

Assim também Paulo Rangel (*Direito processual penal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 1.057:

A absolvição como efeito da revisão ocorre, inclusive, das decisões emanadas das decisões do Tribunal do Júri, pois não há que se falar em ofensa à soberania dos veredictos, pois este foi criado em

favor do réu e, nesse caso, não pode haver ofensa àquilo que está sendo *desrespeitado* para lhe proteger.

Sérgio Médici, com absoluta propriedade, observa:

Atribuir a competência do *judicium rescissorium* ao júri seria equiparar a revisão a uma simples apelação. A revisão criminal destina-se exclusivamente a corrigir o erro judiciário e não ao reexame de toda a prova ou à ampla discussão do mérito da causa (*Revisão criminal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 201).

Aury Lopes Jr.:

Esclarecemos que o Tribunal, julgando a revisão, poderá absolver o autor sem a necessidade de novo júri, que somente ocorrerá quando houver anulação do processo, em que todo ou parte do processo deverá ser repetido (*Ob.cit.* v. II, p. 626).

O sempre lembrado Mirabete ensinava:

É admissível a revisão da sentença condenatória irrecorrível proferida pelo Tribunal do Júri, pois a alegação de que o deferimento do pedido feriria a *soberania dos veredictos*, consagrada na Constituição Federal, não se sustenta. A expressão é técnico-jurídica e a soberania dos veredictos é instituída como uma das garantias individuais, em benefício do réu, não podendo ser atingida enquanto preceito para garantir sua liberdade. Não pode, dessa forma, ser invocada contra ele. Aliás, também a Magna Carta consagra o princípio constitucional da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes (art. 5º, LV), e entre estes está a revisão criminal. Cumpre observar que, havendo anulação do processo, o acusado deverá ser submetido a novo julgamento pelo Tribunal do Júri, enquanto a prova da inocência redunde em absolvição do condenado (Código de processo penal interpretado, São Paulo, Atlas, 2001, p. 1.603).

Mandá-lo a novo julgamento criar-lhe-ia uma situação de anseio, enfim, de um culpado potencial. E se for condenado novamente? A via do apelo, conforme vimos, estaria fechada, em face do § 3º do art. 593 do CPP. Restar-lhe-ia nova revisão, se conseguisse nova prova. E se conseguisse, o juízo revidendo mandaria a novo júri. Seria e é uma situação de contundente extravagância ante a indistigável esdruxularia. Como pode o juízo revidendo corrigir o erro judiciário se será obrigado a remeter os autos ao mesmo órgão que cometeu o desatino? Não funcionaria como órgão competente para corrigir o erro judiciário e sim, exerceria o papel de simples de órgão de segunda instância.

O nosso ordenamento não criou um juízo *rescindens* e outro *rescissorium*, à semelhança do que ocorre em outras poucas legislações. Se não o criou, não podem os tribunais criá-lo, usurpando função do legislador. Sempre foi da nossa tradição o juízo revidendo exercer o juízo *rescindens* e o juízo *rescissorium* simultaneamente. No juízo revidendo, *pouco importa qual seja ele*, entre nós, a causa é novamente julgada, seja para alterar a classificação da infração, seja para absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo, à dicção do art. 626 do CPP. Nenhuma restrição às decisões do tribunal do júri. Quando da elaboração da Lei 263, em fevereiro de 1948, ocasião em que os mesmos constituintes procuraram adaptar a instituição do júri aos novos caracteres traçados no § 28 do art. 141 da Carta Política de 1946, revogaram os arts. 604, 605, 606 e outros do CPP, mas mantiveram em toda a sua inteireza as disposições sobre revisão criminal.

Todos os ordenamentos do mundo, sem exceção, consagram – em homenagem a esse mesmo direito de liberdade, bem maior que possuímos -- o instituto da revisão criminal de todas as condenações, partam de onde partirem, dès que haja um erro judiciário. A finalidade da revisão é conjurá-lo. Mas se houver um decreto absolutório é diferente. O nosso ordenamento não admite a revisão *pro societate*. O mesmo ocorre na França:

Par indulgence pour les coupables il n'y a pas de révision en cas d'acquiescement accordé à la personne qui était en réalité coupable (Robert Vouin e Jacques Léauté, *Droit penal et procédure pénale*, Paris, Presses Universitaires de France, 1960, p. 320).

Assim também Gaston Stefani *et al*:

Si l'erreur de fait a entraîné l'acquiescement d'un coupable, l'autorité de la chose jugée constitue un obstacle absolu à toute modification de la décision d'acquiescement prononcée a tort. Mais si, au contraire, par suite d'une erreur de fait un innocent a été injustement condamné, il est alors possible, malgré la chose jugée qui s'attache à la décision de condamnation, de faire réparer cette erreur judiciaire (*Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 1996, p. 809).

Quando os ordenamentos a permitem, fazem-no com certa parcimônia (Portugal – CPP, art. 449; Alemanha – StPo, § 362; Itália – art. 69, n. 2, do *Codice di Procedura Penale*, apenas quando “la morte dell'imputato è stata erroneamente dichiarata”, à semelhança do que ocorre com o do Equador), mas todos eles, sem exceção, consagram – em homenagem a esse mesmo direito de liberdade, bem maior que possuímos – o instituto da revisão criminal de todas as

condenações, partam de onde partirem, dêis que haja um erro judiciário em desfavor do réu. A finalidade da revisão é conjurar o erro judiciário. Trata-se de ação de impugnação para desfazer a coisa julgada.

Se a finalidade da revisão criminal é corrigir o erro judiciário – ou não seria revisão; se a revisão é também garantia constitucional – e das mais expressivas –, contra as ofensas à dignidade da pessoa humana e à injustiça, sendo ela o último remédio para fazer cessar o erro judiciário, não teria sentido, como não tem, limitar-se o juízo revidendo, nas condenações proferidas pelo tribunal do júri, remeter os autos àquele tribunal popular para proferir novo julgamento, para constatar se o juízo revidendo agiu acertadamente absolvendo o condenado. A revisão teria sido de todo inócua e perdido a sua função, qual seja, a de corrigir o erro judiciário parta de onde partir.

No processo de revisão criminal não há dois períodos distintos, à semelhança do que ocorre nos pleitos judiciários (João Batista Martins. *Revisão Criminal*, São Paulo, Sugestões Literárias, 1967, p. 206).

Daí a lição de Frederico Marques:

Como ação penal destinada à tutela do direito de liberdade, a revisão criminal *pro defensionis* é, ao demais, direito e garantia decorrentes da própria Constituição. Trata-se de corolário imediato da plenitude do direito de defesa tão solenemente proclamada no art. 141, § 25, da Lei Maior – referência à Carta de 1946 – obs. nossa (Apontamentos sobre

o *Processo Penal Brasileiro*, de Pimenta Bueno, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1959, p. 154).

E se após cumprir a pena que lhe foi imposta pelo tribunal do júri, surgir uma prova indiscutível da sua inocência e, desejando restaurar seu *status dignitatis*, ingressasse no juízo revidendo e obtivesse êxito? Teria sentido mandá-lo a novo júri para a confirmação da decisão revidenda? E se ele morresse e a esposa ou o filho conseguisse uma prova esmagadora da sua inocência e lograsse êxito na revisão criminal? Teria sentido o órgão revidendo remeter os autos à primeira instância para o tribunal do júri confirmar, ou não, a decisão proferida em sede de revisão?

Outras situações mais embaraçosas poderiam surgir, como por exemplo, a do réu pronunciado por homicídio qualificado, condenado por homicídio simples, cumprido a pena e, após a descoberta de prova demonstrando o erro judiciário, ingressasse com êxito retumbante no juízo revidendo e voltasse a novo júri e os jurados com a sua soberania acolhessem, a qualificadora contida na pronúncia. Como proceder? Já vimos, se o art. 626 *caput* do CPP não tem aplicação, muito menos o seu parágrafo único que impede a *reformatio in pejus* indireta.

Ademais a Constituição e o CPP, este no art. 624, dizem quais os órgãos que têm competência para as revisões. Nenhuma alusão ao tribunal do júri. A Constituição não conferiu competência ao júri para rever as suas decisões.

O juízo cognitivo de moldura do discurso racional universalista do positivismo jurídico kelseniano como precursor dos discursos da área aberta*

Carlos Alberto Simões de Tomaz**

[...] radical no homem é a sua liberdade para se salvar ou para se perder numa responsabilidade de si para consigo [...]

(Castanheira Neves, in *O Direito hoje e com Que Sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 51)

Não nos esqueçamos, a polémica e o conflito, desde que mediatizados pela palavra e invoquem razões, são ainda formas de diálogo – formas dramáticas de diálogo, é certo, mas onde o encontro se não rompeu e a comunicação ainda é possível [...]

(*Idem*, p. 67)

- | -

Refletir sobre o positivismo jurídico pode parecer, para muitos, algo a essa altura desnecessário. Todavia, a compreensão hodierna da experiência jurídica no âmbito das chamadas vias teóricas da área aberta requer, sob pena de se perder o conhecimento do todo pelo desconhecimento das partes, uma visão da proposta positivista, não apenas ao preconizado objetivo, mas também ao fito de compreender o desenvolvimento daquela experiência em sistemas jurídicos onde, conquanto aos poucos alcem vôos em direção à esfera do pós-positivismo, as práticas jurídicas ainda revelam um forte apelo à compreensão do direito sob o pálio do positivismo jurídico, como é o caso da experiência brasileira.

Neste *paper* o recorte teórico centraliza-se no pensamento de Kelsen buscando-se aportes no pensamento de jus-filósofos brasileiros, que marcadamente adotaram uma visão epistemológica do direito, além de colher a lição do Professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Castanheira Neves, que com a preocupação voltada

para questionar o sentido atual da autonomia do direito, não deixou de enfrentá-la inicialmente à luz da proposta positivista, para, ao final, desaguardarmos no pensamento de Aroso Linhares, onde o igualmente professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra mobiliza o entendimento que permite identificar no juízo cognitivo de moldura de Kelsen, uma irradiação convergente em direção aos discursos da área aberta.

Com o registro da experiência acadêmica brasileira que, de regra, tem afastado investigações sobre o pensamento kelseniano para, num giro de trezentos e sessenta graus, colocar a experiência jurídica, de plano, nas proposições pós-positivistas, nossa preocupação se voltou também para não descuidar o aspecto didático, pelo que, para esse fim, a exposição perpassa por exemplos simples do cotidiano das pessoas e especificamente dos juristas práticos com o objetivo de melhor esclarecer aspectos dos temas envolvidos.

Tenha-se presente que nosso objetivo não é – nem poderia aqui neste espaço – fazer um estudo aprofundado da Teoria Pura do Direito, mas apenas enfrentar alguns pontos o quanto necessário ao antes declarado fim, além de fomentar o debate, já que, a teorização, como com precisão lembra Vilanova¹ referindo-se à Teoria do Estado,

[...] é a reação, em termos de conhecimento, por parte do homem, a uma determinada circunstância política em que o homem se acha implantado. O estar incluso dentro de uma circunstância política provoca dois comportamentos diversos: o querer atuar dentro da circunstância, o comportamento como sujeito prático que elabora e, ao mesmo tempo, padece da circunstância; outro é o comportamento como querer compreender e descrever a realidade política circundante, a conduta como sujeito de conhecimento.

Imerso por estas duas veredas, o jurista depara-se com a necessidade de melhor conhecer o direito e o caminho não se avulta outro senão o de sua teorização porque hodiernamente, cada vez mais, torna-se impossível separar o jurista prático, que trata o direito como instrumento de trabalho – o advogado, o agente do ministério público, o magistrado, etc. – daquele

* Este artigo é parte integrante do relatório de pesquisa pós-doutoral desenvolvido pelo autor na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sob a orientação do Prof. Doutor José Manoel Aroso Linhares.

** Juiz Federal e Professor em Belo Horizonte. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo UniCeub/DF. Doutor em Direito pela Unisinos/RS.

exclusivamente dedicado às suas questões teóricas, pois estas não se encontram tão mais dissociadas da ordem prática e, não raro, é exatamente pela falta de familiaridade com determinados conceitos abstratos, certas categorias e as matrizes teóricas que viabilizam a mobilização de tais categorias e conceitos, que a compreensão do direito deixa a desejar.

- || -

A tradicional idéia de reduzir o direito à norma escrita ainda goza de foros de exclusividade dentre os juristas. É comum desde o estudante até o magistrado o comportamento de procurar a norma adequada, cuja incidência sobre o fato, permita a extração de certo efeito.

Efetivamente, vê-se, no dia-a-dia, certa dificuldade na experiência jurídica quando a questão não aponta para solução vazada numa norma escrita. A consulta demora resposta do parecerista. O advogado tarda para ajuizar a demanda ou oferecer resposta. A decisão judicial é também retardada nos juízos e tribunais. Isso decorre, sem dúvida, da falta de habilidade, de preparo, para tratar o direito fora dos domínios exclusivos da dogmática.

A dogmática jurídica parte do pressuposto de que a norma é um dogma. Significa dizer que as construções jurídicas não podem se distanciar dos parâmetros estabelecidos pela norma (aqui entendida como texto), muito menos confrontar sua existência.

Decorre, daí, a dificuldade para o trato das questões jurídicas quando o operador do direito se depara com a ausência de norma ou quando a solução ofertada por ela não satisfaça o sequioso espírito de justiça, o que ocorre porque sendo o direito uma ciência cultural, o conteúdo da norma se expõe às alterações da cultura, necessitando o intérprete de se valer de meios para ensinar a compreensão e/ou revisão dos conteúdos através de procedimentos integradores, que no dizer de Adeodato² formam uma ponte para a nova realidade. Nessa linha, Sobota³ também divisa este fenômeno ao registrar que:

A maioria das pessoas, nas democracias modernas, parece estar convencida de que o direito é um sistema constituído de normas explícitas... Essa fachada normativa é a versão popular de uma concepção teórica que se desenvolveu a partir do espírito do iluminismo e da admiração pelos sucessos da ciência, refletidos no movimento positivista do fim do século XIX e começo do século XX...

Por esse caminho, o direito fica reduzido a um sistema fechado⁴ com a pretensão de dispor sobre as condutas humanas através de um ordenamento hermético, auto-produtivo e auto-suficiente, altamente sedutor em nome da segurança que ensejaria.

O positivismo jurídico como projeto para a experiência jurídica irrompeu no Estado Liberal de Direito. Com efeito, expungir do direito qualquer fundamento que não seja o próprio direito – significa dizer: escoimar fundamentos éticos voltados sobretudo para perquirir sobre a ressonância social da ordem jurídica (eficácia), o que implica em questionar se o direito é justo, assim como afastar de sua fundamentação a legitimação (fato), ou resumindo: purificar o direito, afastando dele fundamentos morais e políticos, satisfazia plenamente os ideais do Estado Liberal, que se voltava para um direito seguro, que definindo condutas e delimitando precisamente o âmbito de atuação da autoridade, garantisse o exercício da liberdade. O Estado de Direito liberal, erigido sob o influxo da ideologia liberal burguesa, apresentava dois núcleos constitutivos: o primeiro, voltado para proclamar a primazia do indivíduo sujeito de direitos naturais e inalienáveis, inerentes à dignidade da pessoa; e o segundo, decorrente do primeiro, a rigorosa limitação do poder político através de técnicas especiais a fim de garantir o exercício dos direitos individuais. Não foi por outra razão que o Código Prussiano de 1794 (*Preussisches Allgemeines Landrecht*) continha mais de dezenove mil artigos, numa expressa manifestação de racionalidade, autoconfiança, coroada, segundo faz ver Sobota⁵, com uma proibição geral de interpretação judicial.

Essa busca por segurança revela a posição doutrinária, então prevalente, que possuía como tese central a idéia de reduzir o direito a uma técnica social, negando-lhe caráter científico, onde

[...] as únicas questões que podem ser suscitadas pelo Direito enquanto técnica não ultrapassam o âmbito da sua adequação às exigências e necessidades sociais; o Direito é um instrumento de que o homem se serve para realizar uma finalidade prática. Esvazia-se, assim, o Direito de qualquer outro significado que não seja o de meio para realização de certos fins imediatos, postos pela realidade objetiva concreta. O direito é simplesmente útil; nada mais que isso.⁶

É fato: a experiência jurídica não pode se situar fora de técnica e de método. Por isso, a antiga professora da Faculdade de Direito do Recife prossegue com propriedade registrando que “toda técnica pressupõe uma ciência que lhe corresponde. A técnica médica

só é possível porque existe uma ciência da medicina; a técnica econômica, porque há uma ciência da economia; a técnica jurídica, porque existe uma ciência do Direito. Tire-se o fundamento científico da técnica e do que resulta é pura improvisação, a partir da qual os resultados práticos que se pretende alcançar são ocasionais.”⁷

Não obstante, o progresso das ciências naturais conduzia ao desprestígio do direito como ciência e propiciava o vicejamento da concepção reducionista, que se irradiava exatamente em detrimento do pensamento que se voltasse para converter o direito em objeto a conhecer e não a ser manipulado, ou seja, uma visão científica.

Nessa linha, como registra Machado Neto⁸, movidos pela fidelidade ao pensamento naturalista, autores como Picard⁹ e Kirchmann¹⁰ colocavam o direito no mesmo espaço das ciências da natureza, culminando, esse último, por negar completamente sua cientificidade.

E foi exatamente nesse espaço, no final do século XIX, que começaram a aparecer as bases para a compreensão e conhecimento do direito como ciência¹¹. O positivismo foi onde o direito primeiramente se amparou para garantir sua cientificidade. Pedrosa coloca esse momento com precisão quando afirma que

“o positivismo, de modo breve, pode ser resumido como decidida reação contra a Filosofia, entendida como Metafísica nos séculos precedentes. O único conhecimento válido é aquele fornecido pelos dados da experiência, seja em termos de natureza física seja em termos de vida social. Como consequência, entenderam os positivistas ser possível e valioso o transplante dos métodos utilizados pelas ciências sociais. O movimento positivista culminou neste século [refere-se a autora ao século XX] com a formação do famoso Círculo de Viena, sob a inspiração do matemático RUDOLF CARNAP.”¹²

O positivismo jurídico “partilhava, como doutrina positivista em geral, da aversão à especulação metafísica e a procura de razões finais. Rejeitou quaisquer tentativas dos juristas para discernir e formular uma concepção do direito que transcendesse das realidades empíricas dos sistemas legais existentes.”¹³ Deveras, até o século XIX a tradição jurídica se amparava numa abordagem filosófica do direito como “uma teoria do que seria justo segundo a própria natureza – com visível intenção demolidora – ao que seria justo segundo a convenção dos homens, estabelecendo assim, as bases

de uma justiça imutável e eterna [...] sob a forma de variegadas doutrinas do direito natural...”¹⁴

A idéia era, portanto, esvaziar o direito de significação moral o depurando de ambigüidades numa construção sistêmica que lhe assegurasse autonomia científica, o que ocorreria a partir da definição de seu objeto. Ao declarado escopo, surgem no século XX as contribuições de Kelsen, Ross e Hart marcadas, todas, por uma visão empírica do direito dissociado da política e da moral.

Importa, de logo, assentar que o positivismo dogmático constitui, como lembra Castanheira Neves, um dos fatores que contribuíram convergente (com outros fatores, entre os quais destaca o mestre português: o modo textual da juridicidade medieval e o seu entendimento da *lex*, o jusracionalismo moderno e a sua sistematicidade axiomática, o contratualismo jusnaturalista revolucionário com o seu legalismo e a sua codificação...) e evolutivamente para a compreensão do *normativismo*.¹⁵ Mas o antigo professor catedrático da Universidade de Coimbra registra que o ponto fulcral da proposição normativista caracteriza-se, sobretudo, na *teoria pura do direito* e no neopositivismo jurídico contemporâneo e nas suas palavras consiste em o direito ser “concebido na autonomia objectiva de um sistema de normas, subsistente numa *auto-racional normatividade*, *abstractamente* determinável e prévia à sua realização concreta.”¹⁶, onde a autonomia do direito afirmar-se-ia “não na específica intencionalidade problemática que o pensamento jurídico vai assumindo ao enfrentar e resolver os problemas que lhe são próprios”, porém, prossegue o catedrático de Coimbra:

[...] a autonomia da sua particular estrutura lógica, da sua coerência conceitual e sistêmica, e enquanto constrói uma racionalidade *a se*, como que fechada sobre si ou submetida fundamentalmente às necessidades lógicas de uma normatividade racionalmente específica que pode revelar-se tão abstraída de qualquer teleologia ou tão alheia às exigências do jurídico-normativo prático, a ponto de culminar numa sistematicidade simplesmente formal que considera fungíveis ou que fica mesmo intencionalmente indiferente aos conteúdos normativos materiais, com a sua problematicidade e historicidade concretas.¹⁷

Com efeito, em sua Teoria Pura do Direito, Kelsen¹⁸ considera o ordenamento jurídico estatal como uma estrutura escalonada na qual as normas estariam dispostas de forma hierarquizada de tal sorte que a validade de uma norma de escalonamento inferior repousaria numa outra de escalonamento superior que estabelecesse o modo de sua produção. A partir daí, a cientificidade do direito restaria assegurada

num esquema metodológico onde a criação de direito sempre implica na aplicação de direito e vice-versa.¹⁹ Ao pensar-se, assim, que “o direito existe inteiramente e em si no sistema das normas jurídicas independentemente da sua realização concreta”, alerta Castanheira Neves,

[...] nessa existência pressuposta na idealidade sistemática das normas, nessa sua subsistente abstração, seria o objecto do conhecimento jurídico (objeto da *ciência do direito*, da sua particular determinação hermenêutica e da sua doutrinal e sistemática dogmática.²⁰

A decisão judicial, o ato administrativo e os negócios jurídicos se encontram na base da pirâmide que representaria o ordenamento jurídico estatal e se avultam como normas jurídicas de carácter particular que encontrariam fundamento de validade em normas gerais de escalonamento superior até o último fundamento de validade dentro do sistema estatal que seria a constituição.²¹, que encontraria, a seu turno, fundamento numa norma pressuposta, significa dizer, uma norma que estabelece o dever de se obedecer à constituição. Nas palavras de Kelsen: “Devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjectivo do acto de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição.”²² A norma fundamental (*Grundnorm*) se apresenta para Kelsen como condição lógico-transcendental da possibilidade de atribuição de sentido objetivo²³, ou seja, como fator de validação jurídica de todos os atos e normas existentes no sistema.

Realmente, a experiência jurídica, para Kelsen, repousa em duas categorias: norma e validade. A juridicidade decorre da atribuição de um sentido objetivo à manifestação de vontade. É esse sentido objetivo que permite se possa distinguir entre a atuação do carrasco ao desferir o golpe mortal e a conduta de um latrocida que para assegurar o fruto do roubo mata sua vítima. O que torna um ato *jurídico* é algo além do sentido subjetivo que todo ato possui enquanto fenomenologicamente vinculado ao tempo e ao espaço e produto, portanto, de uma manifestação de vontade (*sein*). É, na verdade, a norma como dever-ser (*sollen*) que atribui o

[...] sentido de um acto através do qual a conduta é prescrita ou especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. Neste ponto, importa salientar que a norma, como o sentido específico de um acto intencional dirigido à conduta humana de outrem, é qualquer coisa de diferente do acto de vontade cujo sentido ela constitui.²⁴

A norma é tomada, assim, como um *esquema de interpretação*. Como o próprio Kelsen explica:

[...] o juízo em que se enuncia que um acto de conduta humana constitui um acto jurídico (ou antijurídico), é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. Mas também na visualização que o apresenta como um acontecer natural, apenas se exprime uma determinada interpretação, diferente da interpretação normativa: a interpretação causal. A norma que empresta ao acto o significado de um acto jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um acto jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma. O que faz com que um facto constitua uma execução jurídica de uma sentença de condenação à pena capital e não um homicídio, essa qualidade – que não pode ser captada pelos sentidos – somente surge através da operação mental: confronto com o código penal e com o código de processo penal²⁵.

A validade da norma decorre, em condições que tais, sob três sentidos imbricados. Pelo primeiro, Kelsen identifica a validade com a *existência*:

Se designarmos a existência específica da norma como a sua *vigência*²⁶, damos por esta forma expressão à maneira particular pela qual a norma – diferentemente do ser dos factos naturais – nos é dada ou se nos apresenta²⁷.

O segundo sentido, decorrente do primeiro, atribui à validade a significação de *pertinência*. A norma é uma estrutura de sentido, mas esse sentido é perceptível em função do sistema no qual ela se insere. Significa dizer, em outras palavras, a norma pertence a certo ordenamento jurídico. Não existe isoladamente. Isolada do todo de que é parte, reduz-se a uma simples proposição que se distingue das demais pela natureza dos conectivos formais (dever-ser) e por isso somente poderá ser objeto de investigação lógica. Se a norma existe somente dentro de determinado sistema, é nele que se deve buscar o modo de sua produção, ou seja, o fundamento de sua validade. Como já assentamos, para Kelsen o fundamento de validade de uma norma inferior repousa numa norma superior e não em fatos, o que aponta, como com propriedade registra Barzotto²⁸, para a conclusão de que Kelsen predica à validade uma relação intranormativa.

Enfim, Kelsen insiste em que validade significa também *obrigatoriedade*. Segundo ele:

As normas do Direito positivo são *válidas*, ou seja, devem ser obedecidas, não porque, como as leis do Direito natural, derivam da natureza, de Deus ou da razão, de um princípio do absolutamente bom, reto ou justo, de um valor absolutamente supremo ou de uma norma fundamental, a qual se

acha, ela própria, investida da pretensão de validade absoluta, mas, simplesmente, porque foram criadas de certo modo ou feitas por certas pessoas. Isso não implica nenhum enunciado categórico quanto ao valor do método de legiferação ou da pessoa que funciona como autoridade jurídica positiva; esse valor é uma pressuposição hipotética.²⁹

A qualificação de uma norma como jurídica repousa, enfim, em se saber se esta norma é válida, ou seja, se ela encontra fundamento de validade em norma de escalonamento superior que deve, a seu turno, encontrar fundamento de validade na Constituição, que por sua vez, encontra fundamento de validade na norma fundamental.

Assim, no positivismo kelseniano, a existência não pode ser coisa distinta da validade. O sentido da existência de uma norma é a sua validade, isto é, sua força vinculante de conduta. Essa força ela recebe de outra norma. Nas palavras de Kelsen:

Dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo *vale* (é *vigente*), significa que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito pela norma. Já anteriormente, num outro contexto, explicávamos que a questão do porque é que a norma vale – quer dizer: por que é que o indivíduo se deve conduzir de tal forma – não pode ser respondida com a simples verificação de um facto da ordem do *ser*, que o fundamento de validade de uma norma não pode ser um tal facto. Do facto de algo *ser* não pode seguir-se que algo *deve ser*; assim como do facto de algo *dever ser* não pode seguir-se que algo *é*. O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser outra norma.³⁰

Kelsen, portanto, se mostra convencido de que fato não gera direito e de que direito não gera fato. Decompondo seu raciocínio poderíamos considerar, por exemplo, um decreto baixado pelo governador do Estado de Pernambuco que prescrevesse que três dias após a sua publicação, para felicidade dos pernambucanos, que é sua missão velar, choverá em todo território do Estado assolado por longa estiagem. Publicado o ato, a pergunta que se avulta é a seguinte: três dias após a publicação choverá em todo Estado de Pernambuco? Decreto é direito. Ele possuiria o condão de gerar o fato? Dificilmente alguém admitirá, considerando que tenha chovido torrencialmente em todo o território do Estado, que foi o decreto que fez chover. Consideremos, contudo, um exemplo mais factível: a norma jurídica que institui um tributo gera fato? Em sala de aula os alunos gritam de imediato que sim: o pagamento! Para a Teoria Pura do Direito, o pagamento não decorre da norma. O que a norma criou foi apenas a *obrigatoriedade* de pagar o tributo, isso porque uma norma superior determinou o

seu conteúdo no momento de sua aplicação, o que faz prescrevendo determinado conteúdo ou vedando ou permitindo. Para o positivismo lógico-metodológico, onticamente, o direito se apresenta com esses conteúdos de onde decorreria o princípio tido por ontológico, que imprimiria, segundo essa visão, tamanha hermeticidade ao sistema, quando *tudo que não é juridicamente proibido, é juridicamente permitido*.³¹

A consideração de outro exemplo nos coloca diante da outra vertente de sustentação da teoria: a mediação entre o *ser* e o *dever-ser* se faz por meio de norma e não de fato. Com efeito, considerando o disposto nos arts. 2º, 6º e 1.784 do novo Código Civil brasileiro, tem-se que personalidade civil começa com o nascimento com vida e termina com a morte, quando se opera a transmissão dos direitos e dos deveres aos sucessores. Contudo, ali se estabeleceu a hipótese de morte presumida. O que faz com que uma pessoa que faticamente não está comprovadamente morta seja para tanto considerada a ponto de se deflagrar a sucessão? A resposta, sob o ponto de vista da perspectiva em estudo: a norma. Então a norma atribui um sentido objetivo a ponto de considerar alguém que pode estar vivo, morto. O que a Teoria Pura do Direito quer dizer é que não é a morte que gera o direito de sucessão, mas uma norma que atribuiu esse sentido objetivo a um acontecimento do mundo dos fatos. Vamos mais além. Sob a validade do Código Civil anterior aos vinte e um anos completos cessava a menoridade e ficava o indivíduo habilitado para todos os atos da vida civil (art. 9º). Hoje, o novo Código Civil prescreve que a menoridade termina aos dezoito anos completos (art. 5º). Então, o que faz o fato de alguém completar vinte e um anos hoje não gerar mais o direito de gerir, ele próprio, sua pessoa e seus bens? A resposta: um sentido objetivo atribuído por uma norma. Completar vinte e um anos tornou-se, sob a ótica em exame, um fato irrelevante para o direito porque desprovido de sentido objetivo, sentido, pois, jurídico. O sentido objetivo (*dever-ser*) dirigiu-se para outro fato: o indivíduo completar dezoito anos. Isso pode acontecer porque o novo Código Civil é uma norma válida, isto é, criada a partir da aplicação de uma norma superior (a Constituição) que criou o órgão legislativo com competência para fazê-lo, ou seja, confere sentido normativo ao ato a ser criado, a partir de uma atribuição de sentido ensejada pela norma fundamental, que se pressupõe, na hipótese, imprimindo logicidade ao sistema.

A pressuposição da norma fundamental que compele todos à obediência à Constituição não se

opera arbitrariamente, alerta Kelsen. Significa dizer que não há possibilidade de escolha quando se interpreta o sentido objetivo de um ato constituinte ou dos atos criados de acordo com a Constituição. A norma fundamental é pressuposta³² em relação a uma constituição inteiramente determinada, em relação à qual se pode interpretar o sentido subjetivo do ato constituinte e dos atos constitucionalmente postos como sendo seu sentido objetivo, isto é, normas jurídicas válidas.³³

Assim, pode-se afirmar que no sistema jurídico brasileiro, não é válida uma sentença (norma jurídica de caráter particular) que condene alguém à pena de morte, porque essa norma não encontra fundamento de validade na Constituição, que deve ser obedecida porque se pressupõe uma norma, não positivada, que lhe serve de fundamento e que não permite a atribuição de sentido objetivo quanto à pena capital. Da mesma forma, não é uma norma negocial (negócios jurídicos particulares) a compra e venda de trezentos gramas de maconha, porque, igualmente, não se pode atribuir a esse fato um sentido objetivo. Na linguagem de Kelsen

[...] somente quando pressuponhamos que nos devemos conduzir de acordo com esta Constituição concretamente determinada, é que podemos interpretar o sentido subjectivo do acto constituinte e dos actos constitucionalmente postos como sendo o seu sentido objectivo, quer dizer, como normas jurídicas objectivamente válidas...³⁴

A relação de pertinência assim expressada e inerente à validade afasta, no pensamento kelseniano, qualquer referência a fatos e valores morais³⁵. O que distingue o ato do Poder Executivo ao baixar uma medida provisória que aumenta a carga tributária do ato de um assaltante que, com arma em punho, exige a entrega de certa quantia? Em ambas as hipóteses deparamo-nos com um fato carregado de sentido subjetivo, mas, quando submetidos ao *esquema de interpretação* do jurídico (norma) verifica-se que o sistema jurídico predicou sentido objetivo apenas ao segundo. Não havendo norma a validar a manifestação de vontade do assaltante, o fato avulta-se desprovido de sentido objetivo e, portanto, insusceptível de produzir direito. De modo contrário, a manifestação de vontade do chefe do executivo encontra-se validada a partir de uma norma, o que qualifica o ato a produzir direito. Kelsen se encontra convencido, com efeito, de que direito apenas é criado a partir da aplicação de direito. O *dever-ser* se mostra irredutível do *ser*. Nas palavras de Castanheira Neves

[...] ao *prius* da subsistência do direito nas normas do sistema jurídico, e nelas única e totalmente conhecido, seguir-se-ia o *posterius* da sua aplicação [...] sem nenhuma mediação normativo-juridicamente constitutiva – de contrário o direito realizado não existiria totalmente ou não estaria afinal todo já existente e objectivado nas normas do sistema.³⁶

Assim, a medida provisória que instituiu um tributo não geraria nenhum fato, senão a *obligatoriedade* de pagar o tributo. Isso não desloca por completo, na concepção de Kelsen, os fatos do mundo jurídico – e nem poderia! – já que a eficácia é tomada como condição de validade, ou seja, situam-se igualmente no sistema todos os efeitos da norma. A eficácia encontra-se, assim, em estreita conexão com a validade da norma. Diz respeito à sua executoriedade ou aplicabilidade. De regra, a norma é apta a produzir os efeitos jurídicos determinados. Às vezes, todavia, o legislador condiciona a eficácia ao decurso de certo tempo (*vacatio legis*), à superveniência de um fato ou de outra norma (norma regulamentar). Em casos que tais, a norma existe (é válida na acepção kelseniana), mas não é ainda eficaz.

Kelsen, inteiramente atento à circunstância básica de que para sua teoria o que distingue a norma jurídica de outras normas é a possibilidade de conformação da conduta humana sob coerção³⁷ (*dever-ser*), já que uma norma “e uma norma jurídica apenas se pretende regular a conduta humana e se regula a conduta humana estabelecendo um ato de coerção como sanção”³⁸, não poderia descurar, contudo, que a eficácia se avulta como condição necessária da validade. E assevera que

Cada norma individual perde sua validade quando a ordem jurídica total perde sua eficácia como um todo. A eficácia da ordem jurídica como um todo é condição necessária para a validade de cada norma individual da ordem. Uma *conditio sine qua non*, mas não uma *conditio per quam*. A eficácia da ordem jurídica total é uma condição, não um fundamento, para a validade de suas normas constituintes. Essas normas são válidas não porque a ordem total é eficaz, mas porque elas são criadas de uma maneira constitucional. Elas são válidas, porém, apenas sob a condição de que a ordem total seja eficaz; elas deixam de ser válidas não apenas quando anuladas de maneira constitucional, mas também quando a ordem total deixa de ser eficaz. Em termos jurídicos não se pode sustentar que os homens devam se conduzir em conformidade com certa norma, se a ordem jurídica total, da qual essa norma é parte integrante perdeu a eficácia.³⁹

Assim é que, a perda de eficácia de uma constituição, por um golpe, uma revolução ou pelo

exercício de poder constituinte por uma assembléa, com a instituição de nova constituição e, portanto, nova ordem, implica que as normas infraconstitucionais anteriores perdem a validade a não ser que adquiram novo fundamento de validade, sendo certo que essa convalidação pode se dar de forma expressa ou tácita. Dessa maneira, fica claro que os órgãos competentes somente poderão aplicar a norma se ela recebeu um novo fundamento de validade. Decorre, desde aí, uma eficácia em sentido jurídico vinculada à aplicação da norma pelos órgãos competentes, que se distingue da eficácia em sentido sociológico que sob a pretensão de fazer corresponder a conduta prescrita (*dever-ser*) à conduta efetivamente realizada (*ser*), colocaria a validade da norma em fato e invalidaria a construção kelseniana. Daí porque, sob o prisma da Teoria Pura do Direito, pode-se afirmar que a eficácia, como *possibilidade* de executoriedade da norma, convive com uma correspondência mínima entre o *dever-ser* e o *ser*.

Essa contextura revela que o projeto positivista coloca o elemento normativo no centro da análise da experiência jurídica afastando-o do exame de aspectos fáticos e critérios valorativos. Busca-se uma análise epistemológica do direito com o propósito de deixar a abordagem valorativa ou factual para outros domínios do conhecimento científico exatamente, como vimos, ao escopo declarado de assegurar a autonomia científica do direito, uma autonomia, registra Castanheira Neves:

[...] de uma normatividade constituída e sustentada no sistema auto-referente da sua abstracta racionalidade dogmática. Reconheça-se ter sido ela o resultado de um poderoso e empenhado esforço intelectual alimentado desde a modernidade pelo objectivo cultural e epistemológico último de reconduzir a juridicidade à razão teórica (sistemática-construtivista-dedutiva).⁴⁰

No Brasil, um dos maiores epistemologistas do direito foi, sem dúvida, o professor pernambucano Lourival Vilanova. O conjunto de sua obra revela um íntimo contato com a teoria kelseniana e em sua análise lógico-formal aponta para a circunstância de que

[...] o tratamento científico-dogmático do direito positivo requer técnicas de investigação adequadas ao direito. Tais técnicas, que todo advogado, jurisconsulto ou magistrado emprega, pertencem à Metodologia do direito⁴¹ que, ainda conforme lição do festejado epistemologista, quando repousam nos fundamentos que a lógica formal oferece, conduzem a um maior rendimento teórico-científico e prático-profissional, porque “Distantes da realidade concreta pelo seu nível de abstração,

aparentemente inservíveis para o manuseio prático do direito, o domínio dos problemas lógicos oferta ao jurista destreza, rigor e clareza no trato do direito em função da experiência⁴²

A experiência jurídica fica reduzida a encontrar, descobrir na linguagem de Kelsen⁴³, a norma jurídica a incidir sobre o fato que permita a extração de certo efeito. O processo decisório judicial revela um silogismo onde as formas lógicas encobrem referências significativas do mundo dos fatos. Sim, porque se há fórmula geral (norma), que permita a subsunção, a consequência é a criação normativa.⁴⁴

A racionalidade normativa, antecipada e logicamente construída, é imposta, anota Castanheira Neves, para quem o jurídico não é, agora,

[...] o mundo de soluções normativas para problema práticos concretos, individualizados na sua problematidade concreto-material e nas suas circunstâncias históricas, que se procuram, todavia, integrar na unidade de uma ordem [E a solução, registra o jus-filósofo português:] [...] não é o resultado a construir através de uma ponderação e elaboração problematizada também concreta, mas uma conclusão a obter dedutivo-logicamente do sistema em que aqueles problemas se hão-de reconduzir (subsumir) mediante uma dedução *species a genus*, mediante uma redução sistemático-conceitual que vê nesses problemas tão-só casos particulares de aplicação de um abstrato-geral⁴⁵

A cientificidade do direito restaria, assim, assegurada pelo conhecimento das estruturas lógicas das proposições normativas e das operações que por meio delas ensejam conclusões, ou seja, permitam a extração de efeitos, ou ainda, criem direitos, sem qualquer procedimento crítico reflexivo que permita uma aproximação com o mundo da vida. Aqui, o direito é tratado em nível de meta-linguagem através de juízos apofânticos, retirando-se da abordagem a fundamentação moral e política, e, enfim, a preocupação com a verdade, dito de outra forma: afastando-se os questionamentos acerca dos fundamentos e da finalidade do direito.

Para Vilanova

[...] a lógica jurídica justificar-se-á se encontrarmos formas ou estruturas no discurso ou linguagem normativa (*in specie*, jurídica) próprias do direito. Em outros termos: as formas *apofânticas* não são os únicos tipos de formas, mas as há *deônticas*, umas e outras reciprocamente irreduzíveis.⁴⁶

Mais tarde, explica as formas deônticas acrescentando:

A relação sintática própria da região do normativo e, pois, do normativo-jurídico é a de que estabelece através das expressões verbais, 'ter faculdade (de fazer ou omitir)', 'estar obrigado (a fazer ou omitir)', 'estar proibido (de fazer ou omitir)'. São três modalidades deônticas do verbo dever-ser.⁴⁷

A racionalidade jurídica decorreria, a partir daí, de uma redução operacional aos três modais deônticos (obrigação, proibição e permissão) que seriam guindados à condição ontológica do próprio direito.

O reducionismo decorrente desta vertente preconiza a *lei do quarto excluído* como comando de exclusão do direito, considerando que somente existiriam três modais deônticos. Assim, como as operações da matemática podem ser reduzidas a partir de dez elementos modais (1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 0) e nessa ciência vigoraria a *lei do décimo-primeiro excluído*, cada norma jurídica seria moldada a partir de *proibição*, *obrigação* ou *permissão* e apenas por, no mínimo, uma destas três categorias formais. O trabalho do jurista seria, portanto, identificar o conteúdo deôntico das normas no processo de subsunção, o que, segundo a vertente, imprimiria um grau de segurança – diga-se de passagem, altamente sedutor – às operações jurídicas semelhante ao das ciências exatas, advindo, desde aí, uma auto-suficiência metodológica sedutora do ponto de vista lógico-formal. Contudo, já se tem divisado a existência de um modal neutro que estaria presente em alguns tipos de normas como aquelas exclusivamente preceptivas ou instituidoras de conceitos. Porém, como aqui já divisado, nas práticas jurídicas em sistemas da família romano-germânica, como o brasileiro, se há norma e ela se encaixa no fato tal qual a mão à luva, o jurista trabalha com rapidez (o advogado peticiona, o agente do Ministério Público oferece denúncia e o magistrado decide rapidamente). Mas se a luva aperta, significa dizer, se a norma não se ajusta bem ao fato, exigindo do jurista um maior trabalho hermenêutico de compreensão, a situação se complica e o trabalho do jurista prático retarda. Pior ainda é se a luva não é encontrada. É dizer: o jurista não conseguiu divisar a norma a incidir sobre o fato. Aqui, tem-se dito aos quatro cantos: esqueçam o processo! Isso já se avulta suficiente para revelar o quanto o processo decisório judicial necessita ser (re)estudado e erigido sob novas maneiras de compreensão.

Mas a própria Teoria Pura do Direito⁴⁸ faz emergir a segurança jurídica na razão inversa da flexibilização do direito considerada inicialmente a partir do problema das lacunas onde os juízes são chamados a decidir mesmo à ausência de norma, o que elevaria em grau

máximo o princípio da hermeticidade do ordenamento jurídico, que adquire roupagem, no sistema jurídico brasileiro, na dicção da norma de fechamento do sistema vazada no art. 126 do Código de Processo Civil:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas gerais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Escapa realmente aos objetivos deste artigo um aprofundamento crítico sobre o positivismo, não obstante, Bernardette Pedrosa consegue objetivamente apontar para dois caminhos onde são oportunas as restrições:

[...] primeiro no que diz respeito à total inadequação do emprego dos métodos das ciências naturais ao estudo da realidade social e das instituições humanas; segundo no tocante à redução de toda a Filosofia, como pretendem os integrantes e seguidores do Círculo de Viena, a uma pura análise lógica do pensamento.⁴⁹ [Todavia, a mestra pernambucana está igualmente convencida de que] [...] um mérito, porém, não se pode negar ao positivismo, o de haver contribuído decisivamente para a autonomia das ciências sociais, apontando-lhe o caminho da realidade concreta despojada de implicações ideológicas.⁵⁰

Os delineamentos críticos ao positivo jurídico começam, efetivamente, por esses pontos. Se é verdade que os métodos são vetores de racionalidade para projetar a compreensão – e por isso não se pode negar as contribuições epistemológicas de Kelsen e entre nós Vilanova⁵¹, entre outros –, também é verdade que a redução da ciência jurídica ao tecnicismo da dogmática sob o véu do monopólio estatal da criação e aplicação normativas está longe de revelar a completude do fenômeno jurídico que não pode se separar de outras dimensões da experiência humana condicionadas por uma série de fatores, dirigida a finalidades e orientadas por valores. Com efeito, a autonomia do direito guiada por aquele norte foi também o seu erro e – por ele se condenou afinal, anota Castanheira Neves. É que, registra o mestre português:

[...] se uma tal autonomia se construía segundo uma normatividade que dogmaticamente acabava por se fechar sobre si própria num sistema formal, o <<direito formal>> segundo M. WEBER, por isso mesmo se alienava de uma realidade social que evoluía e assim se furtava não só aos compromissos políticos, sociais, econômicos, etc., mas sobretudo aos problemas que essa nova realidade lhe exigia [...]⁵²

Atento a isso, Nedel salienta com propriedade, que a redução científico-neutral suprimiu – a contrário senso – a autonomia científica do direito, transformando-o tecnicamente em instrumento de dominação política. Nas suas palavras:

A partir dessa instrumentalização técnica, que o transformou numa entidade formal destinada a delimitar burocrático-normativamente os objetivos do poder político, o direito perdeu sua autonomia e, subsistindo neutralmente na redoma dogmático-metafísica de um abstrato sistema fechado, alienou-se das contingências práticas da realidade e separou-se do mundo da vida. O dogmatismo metódico do positivismo jurídico subtraiu do direito a sua verdadeira intenção normativa, impondo uma práxis jurídica em contradição com o sentido histórico do dever-ser jurídico, sentido este que tem o seu fundamento originário, ontológico-normativamente identificado com os princípios éticos da humanidade.⁵³

Daí, no dizer de Adeodato⁵⁴, “o surgimento de práticas a que as doutrinas tradicionais não conseguem se adequar e a necessidade de novas óticas para a compreensão da realidade jurídica...” A aceitação de novas maneiras de divisar a realidade jurídica encontra dificuldade no tradicionalismo com que o direito é tratado. Isso decorre, sem dúvida, da circunstância de que seus operadores, desde o ensino até a práxis, de regra, não voltam os olhos para uma perspectiva não-dogmática, seja sociológica, seja no campo da filosofia epistemológica do direito, ficando restritos à uma limitação imposta pelo *dado* – o direito estabelecido pela ordem positiva. Esse outro viés “tem uma tarefa prática, na medida em que fornece os subsídios para se criarem respostas aos estímulos da vida, isto é, decidir alternativas de conflito, tomar posições éticas, técnicas, políticas, tomar posição científica.”⁵⁵

Contudo, o discurso kelseniano, ao enfrentar a questão hermenêutica, deparando-se com a busca por respostas, aponta para a possibilidade de uma resposta que seria obtida entre as várias possíveis que a moldura normativa delineia. Com efeito, no famoso capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, o mestre da escola de Viena registra:

Em todos estes casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. O acto jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador – a determinar por qualquer forma que seja – ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das

duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. O direito a aplicar forma em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo o acto que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correcta, mas possivelmente a várias soluções que – medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no acto do órgão aplicador do Direito – no acto do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura do quadro que a lei representa – não significa que ele é a norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.⁵⁶

Vê-se, desde aí, que o juízo cognitivo de moldura apresentado por Kelsen admite que qualquer solução que se quadre dentro dos limites da moldura oferecida pela norma pode ser admitida. Os discursos de área aberta decolam, da mesma maneira, a partir de uma escolha, mas convocam efeitos sociais, políticos e econômicos. A decisão, ao sufragar qualquer desses objetivos, avulta-se como uma decisão possível a ser fixada, por via cognoscitiva, a partir da moldura normativa⁵⁷.

Os chamados *discursos de área aberta*, direcionados a uma superação do paradigma do método jurídico, realçam, com efeito, arenas política, econômica, literária, entre outras. Aqui, a autonomia do direito perde relevância e o direito é tratado como instrumento para satisfação de interesses e fins sociais manejados adequada e estrategicamente num diagnóstico pluralista. Trata-se, na lição de Aroso Linhares, de:

[...] uma reacção que terá multiplicado as propostas de compreensão do direito (e os projectos interpretativos que as especificam), enquanto permite que as práticas-labours dos juristas e das comunidades dos juristas – e as situações institucionais que as estabilizam – sejam disputadas por um espectro sem precedentes de possibilidades (com horizontes intencionais e processos de racionalização inconfundíveis, se não

incomensuráveis)⁵⁸. Uma reacção que condenaria o pensamento jurídico a um diagnóstico (mais ou menos nostálgico) de perda de unidade – concentrado nos sinais-rastos da consumação-superação daquele paradigma – se não o incitasse também – e às diversas instâncias (e patamares reflexivos) que o integram – a participar numa experimentação assumida da *pluralidade*.⁵⁹

De fato, pensemos, por instantes, no paradigma do funcionalismo sistêmico a partir de Luhmann⁶⁰. O direito é concebido como um sistema operacionalmente fechado e cognitivamente aberto. O fechamento operacional do sistema jurídico decorre a partir de uma circularidade recursiva onde os programas e critérios do sistema – entre eles, a norma, mas para além dela, os precedentes, súmulas vinculantes... – vão imprimir, sob o veio condutor da seletividade guiada pelo código *direito/não-direito* ou *legal/ilegal*, o mapa da experiência jurídica⁶¹ com o objetivo de estabilizar e evitar a frustração de expectativas. A decisão é admitida como resultado de uma interpretação onde são consideradas várias hipóteses a partir de uma moldura (critérios e programas do sistema aptos a assegurar sua identificação) de maneira a ensejar a seletividade e a garantir a recursividade e, enfim, a clausura operacional.

Admitamos, ainda, o seguinte exemplo: a antiga proibição legal de abertura de supermercados aos fins de semana culminou com um movimento onde vazavam vozes antagônicas de setores representantes dos empregados e de entidades patronais. A questão foi levada à jurisdição. E a justificação passava, inicialmente, pela seguinte indagação: por que todos os estabelecimentos dos *shoppings centers* abrem aos finais de semana menos os supermercados? Posicionada a decisão no sentido de que os supermercados localizados em *shoppings centers* poderiam abrir aos finais de semana, imediatamente sobreveio a indagação que igualmente desaguou para a estabilização judicial: por que os supermercados não localizados em *shoppings centers* não podem abrir aos finais de semana se a tudo e por tudo são semelhantes àqueles naqueles centros comerciais localizados? A decisão pela abertura foi ao final sufragada. Ambas as decisões realçaram aspectos econômicos, objetivos e fins sociais e o direito serviu para institucionalizar intenções econômicas sob o prisma de aspectos ligados aos custos, benefícios, mobilização de recursos, maximização de riqueza, etc, ou mesmo político-ideológicas. Uma racionalidade dirigida para a otimização de interesses comportada plenamente dentro do funcionalismo social econômico, na versão do pragmatismo de Posner. Contudo, uma e

outra decisão foram tomadas a partir de possibilidades estabelecidas a partir da moldura, ou seja, a partir de

[...] materiais–recursos pluralmente *ditos* (ou *adquiridos* (com pretensões de vinculação e modos de vigência distintos) – a repartem-se entre textos e programas–*policies*, entre critérios *primários* e modelos operatórios, entre enunciados autoritários e procedimentos canônicos⁶² [...],

[...] como expressa Aroso Linhares ao admitir a convergência de postulados que autorizariam divisar nas vertentes teóricas da área aberta um diagnóstico comum ao juízo cognitivo de moldura, invocando, para exprimi-la, a *ajuda insuspeita de Kelsen*, como o mestre de Coimbra registra:

Poderemos assim dizer que as representações da *jurisdictio* justificadas pelos candidatos-interlocutores que acabamos de designar convergem (mais ou menos aproblematicamente) numa concepção-tratamento (se não <<teoria>>) do *direito* como *moldura* (-*Rahmen*). Mais do que admitir que o direito (*a aplicar*, *a executar* ou *a realizar*) possa ou deva ser convocado como *uma* moldura ou como uma fronteira – capaz de delimitar (enquadrar) um território-*Spielraum* (semântica e/ou pragmaticamente relevante)... e este como um *ensemble* de possibilidades de decisão (<<*todas* elas>>) equivalentes>> (*mehrere Entscheidungen, die alle [...] gleichwertig sind*) –, trata-se com efeito de reconhecer que é na *fixação* (*Feststellung*) desta moldura e (ou) na sua especificação *cognitiva* – uma especificação ainda protegida como interpretação *tout court* ou já inscrita (como etapa apenas *analiticamente* reconhecível) num processo de *concretização-realização* – que se consuma (que se esgota) a tarefa autonomamente jurídica (*inteiramente* jurídica) de determinação do direito e dos seus materiais (*das Ergebnis einer Rechtsinterpretation [...] kann [...] nur die Feststellung des Rahmens sein, den das zu interpretierende Recht darstellt und damit die Erkenntnis mehrerer Möglichkeiten, die innerhalb dieses Rahmens gegeben sind*).⁶³

Mas a convocação desta concepção do *direito* como *moldura* significa partilhar, ao final, um postulado exemplar, anota Aroso Linhares:

[...] a compreensão dos materiais em causa em causa (seja qual for o ponto do aspecto-patamar em que se situe) se afasta da tradição hermenêutica *tradicional*. O que significa afinal (paradoxalmente!) ferir os materiais-*prius*: ora feri-los... sublinhando, mais ou menos radicalmente, as suas aberturas e indeterminações... mas também rejeitando a auto-suficiência racional dos seus enunciados capitais e da unidade-sistema que os integra (tal como a(s) vemos alimentada(s) pelos *formalismos* normativistas)...⁶⁴

Realmente, se o traço singular convergente é a superação do debatido paradigma metodológico,

é preciso, contudo, termos em mente, como o tinha Hölderlin quando insistia que “Ali onde está perigo, cresce também a salvação” [...]

- III -

Nessa ordem de ideias, o fenômeno jurídico pode ser enfrentado sob outros prismas que propiciam a compreensão da ciência jurídica por meio de sensível modificação no positivismo e propõem um rompimento na estrutura científica do direito com a adoção de novos modelos, novos padrões, enfim, a partir de novos paradigmas porque os existentes “deixaram de responder adequadamente aos problemas postos por meio que ajudaram em parte criar”.⁶⁵

É imperioso, todavia, ter-se presente que a experiência jurídica não pode se afastar totalmente da prática dogmática, porém, definitivamente, não pode ser reduzida a ela. Isso Barzotto expressa com bastante precisão:

Os positivistas partiram da ideia de que o direito positivo é um produto acabado, e como tal poderia ser identificado e fundamentado com o auxílio das categorias de validade e norma suprema. A positivação se constitui, ao contrário, em um processo contínuo, que envolve juízos de valor e atos de poder, não se esgotando na atividade do legislador ou do juiz, mas ocorrendo mesmo na práxis do cidadão que utiliza o direito.⁶⁶

É preciso buscar um lugar onde possamos nos colocar para enfrentar o fenômeno jurídico. Nesse sentido, Castanheira Neves primeiramente registra que:

É certo que a prática social tinha naquele sistema normativo autônomo um estatuto que postulava a liberdade (apenas por ele correlativa e negativamente limitada: supremo princípio do individualismo liberal) do mesmo passo que lhe oferecia a universalidade racional e com ela tanto a objectividade das condições com a neutralidade estrutural, a igualdade (decerto abstracta) e a segurança. Mas eram estes valores só valores formais – ainda que se continuem a dizer os únicos aceitáveis por uma sociedade pluralista e democrática. Mais, que uma sociedade que não quisesse limitar-se ao livre jogo liberal teria de considerar insuficientes ou mesmo recusaria.⁶⁷

E depois, já apontando para as bases de seu projeto teórico, o catedrático de Coimbra prossegue afirmando:

[...] tanto no seu sentido como no conteúdo da sua normatividade, é uma resposta culturalmente humana (resposta por isso só possível, não

necessária) ao problema também humano da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-social, e assim sem a necessidade ou indisponibilidade ontológica, mas antes com a historicidade e o condicionamento histórico-sociais de toda a cultura – não é <<descoberto>> em termos de objectividade essencial pela <<razão teórica>> e no domínio da filosofia especulativa ou teórica, é constituído por exigências humano-sociais particulares explicitadas pela <<razão prática>> e imputado à responsabilidade poética dessa mesma razão prática... [nem] é o resultado normativo de uma *voluntas* simplesmente orientada por um finalismo de oportunidade ou mera expressão da contingência política e dos compromissos estratégico-sociais. Pois a prática humana histórico-cultural e de comunicativa coexistência (quer a prática ética em geral, quer particularmente a prática jurídica), com a sua tão específica intencionalidade à validade em resposta ao problema vital do sentido, e estruturalmente constituída pela distinção entre o humano e o inumano, o válido e o inválido, o justo e o injusto, refere sempre nessa intencionalidade e convoca constitutivamente na sua normatividade certos valores e certos princípios normativos que pertencem ao *ethos* fundamental ou ao *epistème* prático de uma certa cultura numa certa época.⁶⁸

Efetivamente, o caminho propugna por ver o direito e a moral como co-originariamente fazendo parte do *ethos*, ou seja, divisar que o direito está nos costumes, na cotidianidade, onde a decisão possível deve ser arquetonicamente pensada, elaborada, construída, através de uma mediação entre a intencionalidade normativa do direito e a intencionalidade problemática do caso⁶⁹ sob o influxo (ou como interlocutor) de uma adequada compreensão guiada pelo sentido de uma *prática cultural civilizacionalmente comprometida*⁷⁰.

¹ VILANOVA, Lourival. *O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado*. In: *Escritos Jurídicos e Filosóficos*. Brasília: Axis Mvndi e IBET, 2003, v. 1, p. 99.

² ADEODATO, João Maurício Leitão. *Inautenticidade do pensamento dogmático na ciência do direito contemporâneo*. In: *Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco*. Ano 25/26. Recife: 1983/1984, p. 131.

³ SOBOTA, Katharina. “Não Mencione a Norma!” In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife*, nº 7, Recife: UFPE, 1995. Separata do *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991. Tradução de João Maurício Adeodato, p. 251.

⁴ Ressalta Rocha que “O conceito de sistema que se origina [a partir da concepção kelseniana] é a de um sistema fechado, a partir da idéia de norma jurídica. Depois, surgem posturas diferentes de sistema. Como exemplo, cito um autor que também é muito conhecido, que é Hebert Hart, que vai propor, ao contrário de Kelsen, uma idéia de sistema aberto. Hart fala de sistema aberto por vários motivos, alguns até bem óbvios. Primeiro, é o fato de que existe no Direito uma diferença entre o sistema europeu-continental e o sistema chamado

common law. O sistema *common law* dos Estados Unidos, Inglaterra, e alguns países escandinavos, não coloca a legislação como uma fonte principal do Direito, privilegiando os chamados precedentes, decisões judiciais, etc. Enquanto no sistema continental, sempre a fonte do Direito é considerada a lei, ainda hoje, no Brasil, é difícil um jurista que não diga que o Direito tenha que estar conforme a Constituição. Portanto, o sistema continental é tradicionalmente mais fechado, e o sistema do *common law* é naturalmente mais aberto, abrindo-se para as interpretações dos juizes, no momento em que analisam os casos. Tais interpretações geraram padrões de conduta obrigatórios para decisões de outros casos semelhantes, permitindo a criação de precedentes. Por isso, Hart, um inglês, postula a idéia de um sistema aberto do Direito, um sistema que obriga o Direito, ao contrário de Kelsen, a se comunicar com a moral, com a política e com a sociedade. Hart enfrenta o problema que Kelsen tentou evitar, ou seja, de discutir moral e política juntamente com o Direito. Kelsen nunca confundiu a ciência do Direito com a moral e política, por vê-las constituídas por valores relativos. Ele queria uma ciência universal e absoluta, não acreditando numa moral absoluta. Se não há moral absoluta, seu estudo não pode ser científico. Hart aceita o desafio: para ele, o Direito tem contatos com a moral. E se não levamos em consideração a moral, e a justiça, não conseguiremos reconhecer, identificar o que é o Direito. O Direito precisa de regras de reconhecimento que atribuam sentido ao que é Direito. A teoria de Hart ajudou os juizes a perceberem que tinham uma grande autonomia hermenêutica. Porém, na Inglaterra, onde os ingleses sempre tiveram um apego maior à tradição, quando os juizes decidem conforme o poder discricionário, sempre se mantêm dentro de certos padrões, de uma certa moralidade pública. Os juizes americanos, ao contrário, utilizam mais o seu poder. Isso tem causado muitas discussões sobre questões de aborto, de homossexualismo, eutanásia, etc. Estas polêmicas, nos estados Unidos foram aumadas por Ronald Dworkin (opositor de Hart) – que chegou à conclusão de que o sistema não poderia ser tão aberto, devendo ter um relativo fechamento. Foi aí que surgiu a idéia de se recuperar uma antiga idéia da Revolução Francesa, também de Kant e Fichte, que as decisões devem se ligar a princípios, pois os princípios fundamentam sistemas morais e jurídicos. Dworkin aponta que os princípios estão disponíveis, e que os juizes devem se inspirar neles para fazer sua interpretação, se quiserem encontrar uma *resposta certa*. Neste ponto, esta concepção se aproxima do Direito do pós-guerra da Alemanha que entende que os princípios inscritos na Constituição são direitos fundamentais. Essa idéia pretende fechar novamente um pouco o sistema. Dentro desse ponto de vista há uma certa razão nisso: fechar-se o sistema para que as decisões dos juizes tenham um mínimo de coerência. Se for para decidir fora da dogmática dominante, que se decida conforme certos padrões jurídico-constitucionais.” (ROCHA, Leonel Severo. “Sistema do Direito e Transdisciplinariedade: de Pontes de Miranda a Autopoiese.” In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Rio dos Sinos – UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 186-188).

⁵ Sobota, *op. cit.*, p. 252. Ali, Sobota chama a atenção para o fato de que não obstante toda vinculação normativa, “este código, supostamente perfeito revelou-se um amontoado de regras desajeitado e às vezes ridículo, superado em suas partes principais antes mesmo de ser publicado”. Franz Wieacker pondera, contudo, no sentido de que esta crítica não deve ofuscar os méritos do Código Geral Prussiano (ALR); *inter alia* ele realizou um progresso notável na questão da supremacia da lei e da proteção legal (conforme a própria autora registra em nota de rodapé fazendo menção ao pensamento de Wieacker in: *Privatreschtgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed., Göttingen, 1967, p. 334).

⁶ PEDROSA, Maria Bernardette Neves. “Filosofia e Direito Penal”. Palestra realizada em 23 de novembro de 1972, na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Separata da *Revista do Ministério Público de Pernambuco*. Ano 1, nº 02, p. 3-4.

⁷ Idem, p. 4-5.

⁸ MACHADO NETO, Antônio Luís. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 15.

⁹ Segundo Picard “o Direito – julgou-se por muito tempo o contrário – é uma *Ciência Natural*, como a Botânica ou a Zoologia, uma ciência de fatos suscetíveis de observação científica e não um conjunto de conceitos cerebrais” (PICARD, Edmond. *O Direito Puro*, p. 217, *apud* Machado Neto, *op. cit.*, p. 15).

¹⁰ Kirchmann se notabilizou entre negadores da cientificidade do direito. Sua famosa conferência proferida em Berlim em 1847 – que chegou até nós inicialmente com o título *El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho* (in: SAVIGNY, KIRCHMANN et al. *La Ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Ed. Lousada, 1949, p. 248-289), hoje sob o título *La Jurisprudência no es Ciencia*, na edição espanhola publicada pelo Centro de Estudios Constitucionales – é toda voltada para revelar a falta de caráter científico da *jurisprudência* (conferir a nota seguinte). Com efeito, sob o influxo do naturalismo, Kirchmann está convencido de que o caráter científico repousa numa generalização estabilizada o que fazia, por exemplo, a física ser ciência porque *o sol é o centro do universo, a terra é redonda, 2 + 2 são 4*, e por aí em diante. Mas, em relação ao direito não haveria generalizações estáveis dado o caráter fugidio e mutável de seu objeto, repleto de imperfeições, lacunas, contradições, equívocos, onde se erigiam as acrobáticas controvérsias preferidas pelos juristas. Daí, sua célebre sentença: *Drei berechtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur* (Três palavras retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras tornam-se papel de embrulho). Daí a crítica de Machado Neto no sentido de que “a argumentação de Kirchmann fundamentava-se num conceito demasiadamente restrito de ciência. Para ele, como para todo o naturalismo do século XIX, o modelo vitorioso das ciências naturais, alçado à condição de exemplar do conhecimento científico, impedia a menor possibilidade de uma ciência de outro tipo.” (MACHADO NETO, *op. cit.*, p. 53). Na verdade, hoje não se pode conferir o caráter de ciência apenas sob o ponto de vista da generalização estável do objeto. As leis da natureza – e isso Kirchmann não conseguiu perceber – são verdadeiras até que se prove em contrário. Com efeito, *o sol já não é mais o centro do universo!* Alguns séculos antes de Kirchmann a *terra era quadrada*. E a física não deixou de ser física com tais mudanças. Seus cientistas passaram a trabalhar sob novos paradigmas. De mais a mais, posicionado o direito como ciência cultural, decorre, necessariamente, a necessidade de atualização de seu conteúdo para acompanhar o desenvolvimento da humanidade.

¹¹ “O cientificismo peculiar ao século XIX levou o jurista a um sentimento de inferioridade insuportável diante do progresso das ciências naturais e humana. A todo custo, procurou-se determinar quais eram as condições sob as quais o conhecimento jurídico poderia ser chamado de *científico*. O primeiro a realizar de modo sistemático um estudo dos procedimentos intelectuais empregados pelo jurista na sua atividade de compreender e descrever o Direito foi Friedrich Carl Von Savigny. Com ele altera-se o nome da disciplina dos juristas de *Jurisprudenz* (que remete à *jurisprudencia* romana, um saber prático não-científico) para *Rechtswissenschaft*, literalmente, *Ciência do Direito*. Para Savigny, o saber jurídico é um saber científico, por duas razões: ele é empírico: trata-se de saber como o Direito se faz presente como fato histórico, e não como ideal moral, como no jusnaturalismo; ele é sistemático, isto é, utiliza os procedimentos lógicos para obter um sistema, imprimindo ao Direito: clareza, coerência e completude. No âmbito anglo-saxão, é John Austin (1790 – 1859) quem no século XIX leva o projeto epistemológico positivista à ciência do Direito da *common law*. Esta, como se sabe, é marcada pelo casuismo e pela consideração da *jurisprudência* dos tribunais como fonte. Diante desta realidade Austin, para assumir o Direito como saber científico estabelece dois procedimentos: considerar como fonte principal do Direito decisiva as leis, enquanto comando do soberano. Com isso ganha-se em termos empíricos: é a vontade, e não a razão (jusnaturalismo), que estabelece o Direito. De outro lado, ele utiliza o método da análise lingüística pra estabelecer o conteúdo dos conceitos jurídicos, recusando qualquer conotação moral para estes.” (BARZOTTO, Luis

Fernando. “Positivismo Jurídico”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006., p. 644 – 645).

- ¹² PEDROSA, *op. cit.*, p. 8.
- ¹³ BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do Direito*. Rio: Forense, 1966, p. 112.
- ¹⁴ MACHADO NETO, *op. cit.*, p. 14.
- ¹⁵ CASTANHEIRA NEVES, A. *O Direito hoje e com Que Sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 23, vide igualmente p. 28-29.
- ¹⁶ *Idem*, p. 23-24.
- ¹⁷ *Idem*, p. 26.
- ¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, pp. 309 – 310.
- ¹⁹ Na dicção de Rocha, “Para Kelsen, para se fazer ciência, é preciso uma postura diferente, é necessária uma redução de complexidade, com a criação de definições e categorias – a principal no Direito sendo a de norma jurídica – que possam ser sistematizadas. Esta concepção kelseniana implica a construção de um sistema fechado para o Direito...” (ROCHA, *op.cit.*, p. 186).
- ²⁰ CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, p. 26-27.
- ²¹ KELSEN, *op. cit.*, p. 324.
- ²² *Idem*, p. 279.
- ²³ *Idem*, *Ibidem*.
- ²⁴ *Idem*, p. 22.
- ²⁵ *Idem*, p. 20.
- ²⁶ Na edição portuguesa da Teoria Pura do Direito de 1979, que estamos utilizando, o termo *vigência* foi usado para traduzir do alemão o étimo *Gültigkeit*. Parece, efetivamente, que a termo *vigência*, sobretudo entre nós, mostra-se insuficiente para exprimir o sentido imprimido por Kelsen, o que se percebe diante dos sentidos por ele empregados para a validade. Para Kelsen, a vigência, como fixação positiva da norma, é condição de validade, como é condição de validade sua eficácia (KELSEN, *op. cit.*, p. 297).
- ²⁷ KELSEN, *op. cit.*, p. 29.
- ²⁸ BARZOTTO, Luis Fernando. *Positivismo Jurídico Contemporâneo. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 38.
- ²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 384.
- ³⁰ KELSEN, 1979, p. 267.
- ³¹ Na roupagem da Constituição brasileira: *ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* (Art. 5º, II), descortina uma visão positivista de matiz lógico-metodológico da experiência jurídica, em descompasso com a perspectiva pós-positivista que divisa um maior espectro da juridicidade que não pode se limitar à legalidade formal.
- ³² A Teoria Pura do Direito em um único momento considera a norma fundamental (*grundnorm*) como norma posta. Isso em decorrência do monismo kelseniano que propugna pela supremacia do Direito Internacional sobre o direito estatal. Assim, partindo-se do primado da ordem jurídica internacional, alerta Kelsen que de fato há “uma norma que representa o fundamento de vigência [entenda-se validade, vide nossa observação na nota nº 27] das ordens jurídicas estaduais. Por isso, o fundamento de vigência da ordem jurídica estadual pode ser encontrado no Direito internacional positivo. Nesta hipótese, o fundamento de vigência daquela ordem jurídica é uma norma posta, não uma simples norma pressuposta. A norma de Direito internacional que representa este fundamento de vigência é usualmente descrita pela afirmação de que, de acordo com o Direito Internacional geral, um governo que, independentemente de outros governos, exerce o efectivo domínio sobre a população de um determinado país, constitui um governo legítimo, e que o povo que vive nesse país sob um tal governo forma um Estado no sentido do Direito Internacional – e isto sem curar de saber se este governo exerce esse domínio efectivo com base numa Constituição por ele revolucionariamente estabelecida.

Traduzindo esta mesma idéia na linguagem do Direito: uma norma do Direito internacional geral reconhece a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos o poder de, com base na Constituição eficaz, criar e aplicar, como governo legítimo, uma ordem normativa de coerção. Ela legitima assim, para o domínio territorial da sua eficácia real, esta ordem coerciva como ordem jurídica válida, assim como legitima o Estado, no sentido do Direito internacional, a comunidade constituída através desta ordem coerciva – isso sem curar de saber se o governo é legítimo no sentido de uma Constituição anteriormente existente ou se alcançou o poder pela via revolucionária. Esse poder, segundo o Direito internacional, é de considerar como um poder jurídico. Isso significa que o Direito internacional legitima a revolução triunfante como um processo criador de Direito. Se, por esta forma, se reconhece como fundamento de vigência da ordem jurídica estadual uma norma positiva de Direito internacional na sua aplicação à Constituição estadual, sobre cuja base se ergue a ordem jurídica do Estado, então desloca-se o problema da norma fundamental. Com efeito, nesse caso, o fundamento de vigência de uma ordem jurídica estadual não reside numa norma pressuposta mas numa norma jurídico-positivamente estabelecida do Direito internacional; e, então, levanta-se a questão do fundamento de vigência desta norma e, portanto, a questão do fundamento de vigência da ordem jurídica internacional de que é parte integrante a norma sobre a qual se apoia a autoridade da ordem jurídica estadual, a norma que esta ordem jurídica encontra o seu fundamento imediato de vigência, se bem que não o seu fundamento de vigência último. Este fundamento de vigência apenas pode, então, ser a norma fundamental do Direito internacional que, portanto, é o fundamento mediato de vigência da ordem jurídica estadual. Como genuína norma fundamental, não é uma norma posta mas uma norma pressuposta. Ela representa o pressuposto sob o qual o chamado Direito internacional geral, isto é, as normas, globalmente eficazes, que regulam a conduta de todos os Estados entre si, são consideradas como normas jurídicas que vinculam os Estados. Estas normas são criadas pela via de um costume que é constituído pela conduta efectiva dos Estados, isto é, pela conduta dos indivíduos que, de acordo com as ordens jurídicas estaduais, funcionam como governos. Se elas são pensadas como normas jurídicas vinculantes para os Estados é porque se pressupõe uma norma fundamental que institui o costume dos Estados como facto produtor de Direito. O seu teor é: os Estados, quer dizer, os governos dos Estados, devem conduzir-se nas suas relações mútuas de harmonia com um dado costume dos Estados, ou: a coacção de um Estado contra outro deve ser exercida sob os pressupostos e pela forma correspondentes a um dado costume dos Estados. É esta a constituição – lógico-jurídica – do Direito internacional.” (KELSEN, 1979, p. 301-302). A norma posta que, na concepção monista serviria de fundamento de validade para a constituição é o *Princípio da Efetividade* que assim pode ser expresso a partir da construção kelseniana: quando, no seio de uma comunidade, que vive em determinado território, o poder é exercido de forma efetiva a ponto de romper com uma ordem jurídica anteriormente estabelecida, esse poder produz direito novo. Então, não teria sido o fato ocorrido em 7 de setembro de 1822 (declaração da independência), que seria o fundamento de validade da Constituição brasileira de 1824, mas a incidência da norma de Direito Internacional vazada no *Princípio da Efetividade* que conduz os Estados a agir de determinada maneira, qual seja, reconhecer um novo direito (o direito brasileiro) em oposição a um direito anteriormente existente (o direito português) em ato unilateral conhecido como *reconhecimento de Estado*. O raciocínio é o mesmo para o *reconhecimento de governo*, como ocorreu, por exemplo, após 15 de novembro de 1889. Contudo, os Estados não se conduziram dessa mesma maneira em relação a um fato ocorrido no Brasil em 1789 – a insurreição mineira – exatamente porque ali não se divisou a incidência da norma de Direito Internacional consubstanciada no *Princípio da Efetividade*. Com efeito, as forças leais a Tiradentes não foram suficientes o necessário para romper com a ordem jurídica portuguesa e implantar uma nova ordem apta a criar direito novo. É sob essa compreensão que Kelsen não transfere para os fatos – aqui uma revolução, um golpe de estado ou mesmo uma assembléa

constituente – a validade do direito. Kelsen efetua, portanto, um corte epistemológico. Com efeito, a pretensão de fundamentar uma proposição por meio de outra preposição lembra Atienza, citando Alexy, torna possível dizer que uma teoria do procedimento como a do discurso racional, oferece uma solução para o chamado *dilema de Münchhausen*. “Nesse caso, a situação que enfrentamos é que, ou nos vemos próximos de um retorno ao infinito, ou então, num determinado momento, é preciso renunciar a fundamentar, e a fundamentação é substituída por uma decisão [interrupção dogmática do processo de fundamentação ao estilo norma fundamental] ou se torna circular: os princípios últimos se fundamentam a partir dos considerados derivados [fórmula adotada por Luhmann para quem a validade do direito se assegura mediante a integração recursiva das operações à rede. É condição de tempo. É presente. “*Cualquier fundamentación normativa de la validez se perdería en un regreso al infinito; o dicho de otro modo: tendría que presuponerse a sí mismo, tendría que presuponer su propio etcétera.*” (LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 166). Num outro momento, Luhmann lembra que “a textualização gera a ilusão da norma ser-em-si-e-por-si (*An-und-für-sich-Siense*), mas oculta em sua origem a constituição circular. As normas tornam as decisões possíveis porque as decisões tornam as normas possíveis.” (LUHMANN, Niklas. *A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma análise sociológica do direito*. In: ARNAUD, André-Jean e LOPES JR, Dalmy (Orgs.). *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 37)]. A saída para o problema consistiria em estabelecer exigências da atividade de fundamentação, isto é, regras da discussão racional, cujo cumprimento garanta que o resultado – a norma particular ou a asserção que se pretende fundamentar – seja racional. Mas o fato de o resultado ser racional [...] não significa que ele seja absolutamente correto.” (ATIENZA, Manoel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2006, p. 164-165). Se considerarmos a regressão ao infinito, como dividida por Luhmann, entre outros, como uma opção [ineficaz] ao problema da fundamentação das ciências lógico-dedutivas, teremos que admitir que se trata de um *trilema* e não de um *dilema*. É assim que Hans Albert prefere nomear (HANS, Albert. *Tratado da razão crítica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976, p. 24-28). Essa opção, todavia, não tem sido levada em consideração porque não conduz a lugar algum. Redunda, como se diz usualmente, em “por água em saco furado”, numa referência popular ao “tonel das danaidas” (*danaidum dolium*) da mitologia grega: as danaidas, cinquenta filhas de Dânaos, Rei de Argos, foram condenadas pela morte coletiva de seus maridos. A engenhosa justiça dos deuses condenou-as a encherem um tonel sem fundo por toda eternidade.

³³ KELSEN, 1979, p. 278, *passim*.

³⁴ *Idem*, *ibidem*.

³⁵ Efetivamente, para Kelsen, a validade do direito não se encontra vinculada a qualquer espécie de juízo de valor; “não significa o reconhecimento de um valor de Justiça que, destarte, não é por forma alguma elevado à categoria de um elemento do conceito de Direito e, por isso, também não pode servir como critério para a distinção entre comunidade jurídica e bando de salteadores, contra o que sucede na teologia de Agostinho. Na sua *Civitas Dei*, onde levanta a questão desta distinção, escreve este autor: << Que são os impérios sem Justiça, senão grandes bandos de salteadores? E são os bandos de salteadores outra coisa senão pequenos impérios?>>. Um Estado, ou para Agostinho, uma comunidade jurídica, não pode existir sem Justiça. Pois << o Direito não pode existir onde não exista a verdadeira Justiça. O que acontece de conformidade com o Direito, acontece de facto justamente; o que é feito de uma maneira injusta, não pode acontecer segundo o Direito>>. O que é, porém, a Justiça? << Justiça é a virtude que dá a cada um o que é seu (*Justitia porro ea virtus est, que sua cuique distribuit*). Em que consiste, pois, a Justiça dos homens que rouba o homem ao verdadeiro Deus e o submete aos demónios impuros? Ou não é injusto aquele que subtrai ao comprador um pedaço de terreno e o dá a quem não tem qualquer direito a ele?

E é porventura justo aquele que se furta a si próprio ao Senhor por quem foi criado e se põe ao serviço de espíritos maléficos?>> Segundo a concepção que está na base deste raciocínio o Direito é uma ordem de coerção justa e distingue-se, assim, através da Justiça do seu conteúdo, da ordem coercitiva de um bando de salteadores. Que a Justiça não pode ser uma característica que distinga o Direito de outras ordens coercitivas resulta do carácter relativo do Juízo de valor segundo o qual uma ordem é justa. Visto Agostinho somente querer considerar como justa uma ordem que atribua a cada um o que é seu e empregar esta fórmula destituída de conteúdo por maneira a fazer valer como justa aquela ordem que reserva ao verdadeiro Deus – que é para ele o Deus judaico-cristão, e não os deuses romanos – o que a ele só a ele pertence, a saber, a correspondente adoração, que adquire a sua expressão no culto, uma ordem que não corresponda a esta exigência não pode ser Direito mas apenas um bando de salteadores. Com isso recusa-se ao Direito romano o carácter jurídico. Se a Justiça é tomada como o critério da ordem normativa a designar como Direito, então as ordens coercitivas capitalistas do mundo ocidental não são de forma alguma Direito do ponto de vista do ideal comunista do Direito, e a ordem coercitiva comunista da União Soviética não é também de forma alguma Direito do ponto de vista do ideal de Justiça capitalista. Um conceito de Direito que conduza a uma tal consequência não pode ser aceito por uma ciência jurídica positiva. Uma ordem jurídica pode ser julgada como injusta do ponto de vista de uma determinada norma de Justiça. O facto, porém, de o conteúdo de uma ordem coercitiva eficaz poder ser julgado como injusto, não constitui de qualquer forma um fundamento para não considerar como válida essa ordem jurídica.” (KELSEN, 1979, p. 80-82).

³⁶ CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, p. 27.

³⁷ Kelsen cogita, contudo, da construção de um conceito de direito que ignore o elemento coerção. Segundo ele “É fato que o legislador pode decretar comandos sem considerar necessário vincular uma sanção criminal ou civil à sua violação. Se tais normas também são chamadas de normas jurídicas, é porque elas foram criadas por uma autoridade que, segundo a constituição, é competente para criar Direito. Elas são Direito porque emanam de uma autoridade criadora de Direito. De acordo com esse conceito, o Direito é qualquer coisa que se tenha efetuado da maneira que a constituição prescreve para a criação de Direito. Esse conceito dinâmico difere do conceito de Direito como ordem coercitiva. Segundo o conceito dinâmico, o Direito é algo criado por certo processo, e tudo o que é criado desse modo é Direito. Ele não contém nenhuma resposta à questão do que é a essência do Direito, de qual é o critério pelo qual o Direito pode ser distinguido de outras normas sociais. Esse conceito dinâmico fornece resposta apenas à questão de se saber se e por que certa norma pertence a um sistema de normas jurídicas válidas, se e porque ela faz parte de certa ordem jurídica. E a resposta é a de que certa norma pertence a certa ordem jurídica se for criada de acordo com um procedimento prescrito pela constituição fundamental dessa ordem jurídica.” (KELSEN, 1992, p. 126-127). Todavia, Kelsen prossegue consciente de que se não está presente conteúdo deontico (obrigação, proibição e permissão), não há espaço para se falar em norma jurídica: “Deve-se notar, porém, que não apenas uma norma, i. e., um comando que regula a conduta humana, pode ser criada da maneira prescrita pela constituição para a criação de Direito. Um estágio importante no processo criador de Direito é o procedimento pelo qual normas gerais são criadas, ou seja, o procedimento legislativo [...] A forma de uma lei – uma declaração votada pelo parlamento, aprovada pelo chefe de Estado, publicada no diário oficial – é escolhida a fim de dar a certa matéria, no caso a expressão de gratidão da nação, o carácter solene. O reconhecimento solene dos méritos de um estadista não é, de modo algum, uma norma, mesmo que surja como conteúdo de um ato legislativo, mesmo que tenha a forma de uma lei. A lei, como produto do procedimento legislativo, um estatuto no sentido formal do termo, é um documento que contém palavras, sentenças; e aquilo que é expresso por essas sentenças não tem de ser necessariamente uma norma. Aliás, várias leis – nesse sentido formal do termo – contêm não apenas normas jurídicas, mas também certos elementos que não possuem qualquer carácter

jurídico, i.e., normativo, específico, tais como visões puramente teóricas a respeito de certos assuntos, as motivações do legislador, ideologias políticas contidas em referências tais como “justiça” ou “a vontade de Deus”, etc., etc. Todos esses são conteúdos juridicamente irrelevantes do processo criador de Direito. O procedimento criador de Direito inclui não apenas o processo legislativo, mas também o procedimento das autoridades jurídicas e administrativas. Mesmo os julgamentos dos tribunais contêm, muitas vezes, elementos juridicamente irrelevantes. Se pelo termo “Direito” quer se exprimir algo pertencente a certa ordem jurídica, então Direito é qualquer coisa que foi criada de acordo com o procedimento descrito pela constituição fundamental dessa ordem. Isso não quer dizer, porém, que tudo o que foi criado de acordo com esse procedimento seja Direito no sentido de norma jurídica.” (Idem, p. 127).

³⁸ KELSEN, 1992, p. 127.

³⁹ Idem, p. 123.

⁴⁰ CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, p. 29.

⁴¹ VILANOVA, Lourival. *Lógica Jurídica*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p. 9.

⁴² Idem, p. 10.

⁴³ KELSEN, 1979, p. 329.

⁴⁴ Segundo Kelsen “A teoria, nascida no terreno da *common law* anglo-americana, segundo a qual somente os tribunais criam Direito, é tão unilateral como a teoria, nascida no terreno do Direito legislado da Europa Continental, segundo a qual os tribunais não criam de forma alguma Direito mas apenas aplicam o Direito já criado. Esta teoria implica a idéia de que só há normas jurídicas gerais, aquela implica a de que só há normas jurídicas individuais. A verdade está no meio. Os tribunais criam Direito, a saber – em regra – Direito individual; mas, dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como facto produtor de Direito, fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica.” (KELSEN, 1979, p. 349).

⁴⁵ CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, p. 25, *passim*.

⁴⁶ VILANOVA, *op. cit.*, p. 84-85.

⁴⁷ Idem, p. 94.

⁴⁸ KELSEN, 1979, p. 348.

⁴⁹ PEDROSA, 1972, p. 8

⁵⁰ Idem, *ibidem*.

⁵¹ Lourival Vilanova, enquanto trabalhasse em nível de meta-linguagem, no âmbito, portanto, da epistemologia jurídica, estava atento, contudo, para a circunstância de que na construção e na aplicação do direito, a lógica formal se avulta insuficiente: “não se resolve com a lógica o que é extra-lógico: o conteúdo – a referência a fatos do mundo e a valores que procuram realizar-se através de normas. A lógica material que exige SICHES (*Filosofia Del Derecho*, p. 642) vai além da analítica das formas: é a lógica-instrumento com que trabalha o jurista teórico ou prático, cujo objetivo não é fazer lógica, mas relacionar o logos com a concreção existencial, de onde procede e para onde se dirige o direito, como instrumento cultural destinado a estabelecer um tipo de ordenação na vida humana coletiva. Essa atitude retrovertida (a reflexão husserliana) para o logos, pondo entre parênteses metódico a existência mesma dos fatos e dos valores (axiológicos, digamos) não foi nem pode ser a atitude dos juristas com senso da realidade. Foi teorização, excesso racionalista, cujo fundo subjacente o sociólogo sabe descobrir. E descobrir como ideologia que quer se confundir com ciência, falsa competência que KELSEN implacavelmente sempre denunciou.” (VILANOVA, *op. cit.* p. 168-170). Não obstante, é verdade, porém, que noutro ponto, Vilanova assenta sem nenhum receio que “O isolamento é artificial. Na relação do homem com o mundo que o contorna, conhecer é um comportamento operativo, dirigido contextualmente.” (idem., p. 17).

⁵² CASTANHEIRA NEVES, *idem*, p. 29.

⁵³ NEDEL, Antônio Carlos. “A Ilusão Metafísica do Positivismo Jurídico”. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 165.

⁵⁴ ADEODATO, João Maurício Leitão. “Filosofia do Direito e Dogmática Jurídica”. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*. Recife: ESMAFE, jun./1996, p. 277.

⁵⁵ Idem, p. 278.

⁵⁶ KELSEN, 1979, p. 466-467.

⁵⁷ A convocação de fins políticos, sociais ou econômicos à guisa de possibilitar uma decisão, às vezes é condição cognoscível que aparece *expressamente* no próprio texto. Consideremos o seguinte fato: Na vigência do art. 219 (revogado pela Lei 11.106, de 28/03/2005) o Código Penal brasileiro prescrevia: “Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso. Pena – reclusão, de dois a quatro anos.” Quarenta anos atrás, na cidade de Belo Horizonte, certo indivíduo foi denunciado pela prática de referido delito. No dia agendado para a audiência de oitiva das testemunhas, verificou-se que uma delas não se encontrava presente, vindo a juízo a notícia de que se tratava de trabalhador da empresa Mendes Júnior, que estava prestando serviços no Iraque, fato comum em terras mineiras naquele tempo. O agente do Ministério Público requereu a expedição de carta rogatória, o que foi deferido pelo Juízo. Expedida, à carta rogatória foi concedido o *exequatur* pelo órgão judiciário central competente da organização judiciária do Iraque, que determinou o cumprimento pelo juízo igualmente competente. Na audiência, o belohorizontino prestou compromisso. Jurou em nome de Alá falar a verdade. O magistrado procedeu às perguntas que constavam do instrumento e verificou a existência de um elemento normativo no tipo vazado na expressão “mulher honesta”, pelo que não hesitou em perguntar: – A mulher era honesta? Ao que o brasileiro respondeu que sim, apressando-se em despejar as qualidades da vítima. O magistrado imediatamente perguntou: – Ela usava véu? Obviamente a resposta do nosso compatriota foi negativa e com isso colocou a cabeça em risco porque “mulher honesta” no Iraque usa véu... Na perspectiva da racionalidade positivista, o exemplo poderia ser explorado sob o seguinte viés de argumentação: a cientificidade do direito se garante na medida em que ele é escoimado de qualquer investigação moral e política. O purismo apregoado por Kelsen aponta, a partir daí, para que o direito é forma, é estrutura lógica dentro da qual se suporta qualquer conteúdo. No exemplo poderiam se divisar algumas estruturas lógicas do direito como carta rogatória, *exequatur*, compromisso de testemunha, tipicidade e elemento normativo, que vão se encontrar presentes sempre que o direito se manifeste fenomenologicamente e expostas aos mais variados conteúdos. Com efeito, bastaria pensar, por exemplo, que de acordo com o direito brasileiro, a testemunha promete falar a verdade perante o Estado, ou seja, sob pena de cometer crime de falso testemunho, isso porque o Brasil é um Estado aconfessional. Diferentemente, no Iraque, o conteúdo do compromisso de testemunha revela que a testemunha promete falar a verdade em nome de Alá. Por outro lado, um jurista brasileiro pode não saber qual o órgão da organização judiciária do Iraque que concederá o *exequatur* às rogatórias, nem aquele competente para executá-las, mas isso é conteúdo, basta – sob a perspectiva lógico-formal – que conheça e saiba utilizar as estruturas lógicas para dentro delas inserir o conteúdo que se apresente “normatizado” em qualquer Estado, de tal sorte que por esse caminho, um jurista brasileiro, conhecedor das estruturas lógicas, poderia, sem maiores dificuldades, trabalhar no Iraque, onde teria apenas de se inteirar do conteúdo que naquele Estado elas suportam. Não seria por outra razão que o magistrado iraquiano deparando-se com a presença de um elemento normativo do tipo, divisou a necessidade de esclarecer se a vítima era “mulher honesta”, porque se assim não fosse não estaria presente a tipicidade. Sem dúvida, o conhecimento das estruturas lógicas do direito se apresenta de grande valia para os juristas, porém não se constitui o ponto decisivo para se alcançar respostas corretamente justificadas. É preciso se ter presente que

o direito é dinâmico. É vida! Retirar da compreensão do direito os aspectos inerentes à faticidade, à cotidianidade, enfim, à historicidade que lhe imprimem o sentido contextual e, portanto, cultural, para conceber sua experiência exclusivamente atrelada ao conhecimento de sua estrutura lógico-formal, é desconsiderar aquilo que realmente acontece. É na contextualidade que a vida viceja. É preciso realmente encarar a ordem jurídica como um problema de vida, o que implica considerar toda uma gama de significados a ela inerentes de modo a propiciar a exploração das conexões de sentido. Com efeito, o exemplo possui o condão de revelar que os conteúdos normativos variam porque o direito é ciência cultural. Na verdade, não era preciso ir até o Iraque. A compreensão do que seja “mulher honesta” numa situação hermenêutica deflagrada na região amazônica obviamente não poderá ser a mesma considerada numa situação hermenêutica alavancada no Rio de Janeiro, onde a consciência histórico-efetual nos vincula diretamente a outro contexto sócio-econômico-cultural, ou seja, outra será a conexão de sentido que ensejará a escolha de outra decisão afinada com a conexão de um desses efeitos.

⁵⁸ Entre as vias de discurso de área aberta pode-se destacar o funcionalismo político, o funcionalismo social (tecnológico e econômico) e o funcionalismo sistêmico, que se agrupam como modalidades do funcionalismo jurídico, onde o “direito deixa de ser um auto-subsistente de sentido e de normatividade para passar a ser um instrumento – um finalístico instrumento e um meio ao serviço de teleologias que de fora o convocam e condicionadamente o submetem”, registra Castanheira Neves, que prossegue precisando o sentido de cada uma dessas vias: “O funcionalismo político ocupa neste contexto um lugar à parte. Não apenas por compreender o direito como um instrumento político, mas por se orientar por uma intenção expressa de politização da juridicidade. A dizer-nos isto que o seu acento é posto sobretudo, e fortemente, nos fins ou objectivos de um Zweckprogramm – que procura decerto <<meios>> adequados, mas que incidirá mais naqueles do nestes. O direito teria só uma geral função política, nem se lhe reconhecem apenas efeitos políticos, pretende-se que assuma um directo e determinante objetivo político, e assim segundo fundamentos e critérios imediatamente políticos. Não estaria excluída de todo uma explicação sociológica. A actual sociedade política organizada num Estado social de direito <<encontra-se numa fase de passagem da sociedade individualístico-liberal à sociedade plurifunção-social>> – diz-nos neste sentido WIETHÖLTER –; << e teríamos então << um sistema de direito emergente e elaborado em função da ‘garantia’ de uma sociedade civil substancialmente apolítica, mas onde se vêem progressivamente desmentidas todas as tradicionais separações - política e economia, Estado e sociedade civil – sobre as quais aquele sistema se fundara>>; pelo que << o jurista político seria a condição necessária>> para a existência desta nova sociedade política de contínua mutação social e politicamente constituenda e isto implicaria a exigência de <<uma teoria política do direito>> – ou seja, a <<politização>> do direito e dos juristas. Mas o decisivo vem de outro lado: de um assumido compromisso ideológico que orienta uma crítica radical à realidade político-social, e ao que se diz a sua cobertura jurídica, numa linha neomarxista com fundamento na utopia, justamente crítico-ideológica, da <<emancipação>>. É assim na <<teoria crítica do direito>> ao assimilar ela o projecto filosófico-social da Escola de Frankfurt e a sua prospectiva dialéctica holística. É assim no Critical Legal Studies Movement, aliás particular projecção daquela <<teoria crítica>>, ao postular-se a progressive school of legal theory em que the Law and politics could not be separated. É assim ainda no <<uso alternativo do direito>> em que o fundamental das coordenadas anteriores igualmente se convocam, posto que numa directa intenção da realização metodológico-judicial mobilizadora das possibilidades oferecidas nesse sentido pelas indeterminações e aberturas do sistemas vigentes, e em que se haveria de decisoramente <<tomar partido>>. Numa palavra, em que a atitude redutora implícita em todos estes movimentos claramente se afirma: a prática humano-social, e nela a ainda a jurídica, seria exclusivamente prática política. Diferentemente é o funcionalismo social nas suas duas submodalidades, tecnológico

estricto e econômico. Ao compromisso e militância ideológicos substitui a neutralidade tecnológica e ao finalismo programático o consequencialismo social – os seus métodos são menos de transformação estrutural (se não revolucionária) do que estratégicos sob critérios de funcional performance. O funcionalismo social de cariz tecnológico perspectiva o direito e o pensamento jurídico como uma social engineering (expressão e intenção cunhadas, como se sabe, por R. POUND) – estratégico-finalístico no projecto prescritivo, convencionalmente racional nos critérios-regras regulativos e de controlo, decisório na realização concreta e convocando a analítica da <<teoria da decisão>>, transformando institucionalmente a função judicial num sentido também estratégico-tático, etc. E referindo-nos só a este último ponto, diremos, com F. OST, que a função judicial passaria a ser <<essencialmente funcional, teleológica, instrumental, evolutiva e pragmática>>, em que seria <<tida como justa a solução mais adequada ao objetivo proposto pelo planificador social, sendo nesse caso secundária a consideração de valores materiais ou de regras formais>>. Seria este um <<modelo pós-liberal>>, que consagraria o <<declínio da rule of law>>, ou onde the rule interpretative model – modelo de decisão de casos concretos pela aplicação de valores ou regras gerais preestabelecidas e determinadas hermenêuticamente no seu sentido decisivo – se superaria por <<the judicial-power model>> (PH. SELZINIK), aquele em que o juiz seria <<constitutivamente interventor, criador autônomo das soluções exigidas pelos fins e interesses sociais>>. Nesse sentido se diz que um juge entraîneur se substituirá ao <<juiz árbitro>> do sistema legalista-liberal, e que lhe competirá <<participar na realização de políticas determinadas e assegurar, desse modo, a melhor regulação dos interesses em causa>>. A sua <<nova missão>> imporia ao juiz que actuasse <<para além do campo fechado dos direitos subjectivos determinados pela lei – ele seria responsável pela conservação e pela promoção de interesses finalizados por objectivos socioeconómicos e regulados por sistemas de normas técnicas correspondentes>>, competindo-lhe ser um <<instrumento dinâmico>> e de oportunidade que o afasta do <<aplicador passivo de regras e princípios preestabelecidos>> e o faz colaborar na realização e finalidades sociais e políticas: o seu papel consiste em comparar sistematicamente objectivos alternativos com vista aos seus resultados respectivos e aos valores que lhe estão subjacentes. Já no que se refere ao funcionalismo social económico, tal como o vemos a exprimir-se, por exemplo, em Law and Economics ou através da <<análise económica do direito>> – com o seu entendimento da sociedade e de toda a prática social, mesmo política (recorde-se a teoria da public choice) segundo a estrutura do mercado, com o seu utilitarismo (ainda que utilitarismo repensado e numa pretensa superação crítica de Betham), com o seu postulado do <<homem racional>> (em que a racionalidade é apenas a inteligência dos interesses), com a sua tese behaviorista do comportamento humano-social – o direito, submetido ao princípio da optimização global dos resultados que teria o seu critério na cost-benefit-analysis e não em axiológicas valorações da <<justiça>>, só teria sentido na perspectiva da eficiência económica (da <<maximização da riqueza>>, segundo POSNER e para a realizar, acabando mesmo por reduzir-se a um papel residual na coerência do <<teorema de COASE>> (competindo-lhe apenas diminuir os <<custos de transacção>> e garantir as condições para uma revolução convencional do problema das <<externalidades>>) – embora com possíveis e correctivas intenções também distributivas, segundo alguns (pense-se em CALABRESI). E o que dizer do funcionalismo sistêmico, que, renunciando a uma regulação material da sociedade (seja finalística, seja consequencial), dada a sua complexidade e a pluralidade dos seus pólos auto-organizatórios e autopoiéticos, vê no direito só um subsistema social, chamado a uma função apenas integrante e em último termo de absorção de conflitos, segundo PARSONS, ou a fim de definir um mecanismo comunicativo de função selectiva e estabilizadora de expectativas, segundo LUHMANN, numa organização estruturalmente invariante e de intencionalidade auto-referente, segundo um código binário lícito/ilícito, legal/ilegal, que reduziria aquela complexidade em termos de um mero sistematizador da contingência continuamente reconstruído numa circularidade

recursiva? Sem dúvida que teríamos não só uma <<desontologização>> acabada como o abandono radical do axiológico no universo prático, e prático-jurídico, a favor de um cálculo oportunístico da acção em que a liberdade, <<liberdade negativa>> decerto (I. BERLIN), se postulava no princípio, mas se via afinal dominada no resultado.” (CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, p. 41-47, os destaques em negrito são nossos). Queremos destacar, ainda, no âmbito dos discursos de área aberta, a vertente “Direito e Literatura”, que busca fornecer elementos ao juiz através de certos romances literários ao escopo de ensinar uma sensibilidade diferente para enfrentar as situações, tornando o juiz um “expectador judicioso”, apto à imparcialidade (ver NUSSBAUM, Martha C. *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*. Boston: Beacon Press, 1995).

⁵⁹ AROSO LINHARES, José Manoel. *Jurisdição, Diferendo e <<Área Aberta>>A caminho de uma <<Teoria>> do Direito como Moldura?*. Separata de ARS IVDICANDI. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 445, nota de rodapé (4).

⁶⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 47-57 e 109-110.

⁶¹ A generalização das expectativas comportamentais, ao escopo de evitar o desapontamento, pode ocorrer porque as expectativas podem ser seletivamente reduzidas de forma congruente e não apenas pela normatização. Luhmann divisa, com efeito, três formas de redução: “Na *dimensão temporal* essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização. Frente à crescente complexidade social isso pressupõe uma diferenciação entre expectativas cognitivas (disposição à assimilação) e normativas, além da disponibilidade de mecanismos eficientes para o processamento de desapontamentos, frustrações. Na *dimensão social* essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, ou seja apoiadas sobre o consenso esperado a partir de terceiros. Dada a crescente complexidade social isso exige cada vez mais suposições fictícias do consenso e também a institucionalização do ato de institucionalizar através de papéis especiais. Na *dimensão prática* essas estruturas de expectativas podem ser fixadas externamente através de um sentido idêntico, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas. Dada a crescente complexidade social isso exige uma diferenciação dos diversos planos de abstração” (LUHMANN, *op. cit.*, p. 109-110). Vê-se, assim, que a estabilização das expectativas ocorre tanto pela normatização, como a partir de um processo seletivo social, à base de consenso, que segrega quais as expectativas que se dirigem para realização de valores que a sociedade seletivamente elege como básicos, necessários ou essenciais para a manutenção do sistema, gerando, a partir daí, institucionalização, bem como, e isso também é muito importante, porque todos nós, do mais simples dos homens ao mais letrado jurista sabe que “aquilo que não é proibido é permitido” e a partir daí pode conjecturar e fazer expectativas sobre as expectativas do outro. De fato, não é preciso ser jurista para se chegar a esta constatação nas complexidades de ações cotidianas que por isso resultam contingenciadas. A estabilização volta-se para evitar desapontamentos. E, a partir daí, “o sistema vai orientar, canalizar o processamento de desapontamento de expectativas – e isso não só para impor o processamento de expectativas corretas (p.ex. normas jurídicas), mas sim para criar a possibilidade de expectativas contrafáticas, que se antecipem ao desapontamento, ou seja: normativas.” (Idem, p. 67).

⁶² A expressão encontra-se aqui tomada, registra AROSO LINHARES, “Com o alcance que BALKIN e LEVISON nos ensinam a reconhecer (*canons as a set of standard texts, approaches, examples that define law or the study of law as a discipline*): <<Legal Canons: an Introduction>>, in BALKIN/LEVISON (ed.), *Legal Canons*, New York, 2000, p. 3-44.”, *apud* AROSO LINHARES, *op. cit.*, p. 461).

⁶³ AROSO LINHARES, *op. cit.*, p. 460-461.

⁶⁴ Idem, p. 462.

⁶⁵ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2001, p. 126.

⁶⁶ BARZOTTO, *op. cit.*, 2003, p. 147.

⁶⁷ CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, p. 30.

⁶⁸ Idem, p. 54-55.

⁶⁹ A proposta teórica de CASTANHEIRA NEVES se lastreia por um acervo de livros, artigos, palestras, destacando-se, quanto ao aspecto metodológico. *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, Universidade de Coimbra, 1993. Naquilo que recortadamente aludimos, o desdobramento teórico pode ser conferido nesta obra entre as páginas 142-196.

⁷⁰ AROSO LINHARES, J. M. *O Homo Humanus do Direito e o projecto inacabado da modernidade*. Texto pendente de publicação, gentilmente cedido pelo autor.

Referências bibliográficas

ADEODATO, João Maurício Leitão. *Inautenticidade do pensamento dogmático na ciência do direito contemporâneo*. In: Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco. Ano 25/26. Recife: 1983/1984.

_____. *Filosofia do Direito e Dogmática Jurídica*. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*. Recife: ESMAFE, jun./1996.

AROS LINHARES, José Manoel. *Jurisdição, Diferendo e <<Área Aberta>>A caminho de uma <<Teoria>> do Direito como Moldura?*. Separata de ARS IVDICANDI. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

ATIENZA, Manoel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2006.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

_____. *Positivismo Jurídico*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006.

BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do Direito*. Rio: Forense, 1966.

CASTANHEIRA NEVES, A. *O Direito hoje e com Que Sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

HANS, Albert. *Tratado da razão crítica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KIRCHMANN, J. H. Von, *La Jurisprudência no es ciencia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

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

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1975.

NEDEL, Antônio Carlos. *A Ilusão Metafísica do Positivismo Jurídico*. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

PEDROSA, Maria Bernardette Neves. *Filosofia e Direito Penal*. Palestra realizada em 23 de novembro de 1972, na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Separata da *Revista do Ministério Público de Pernambuco*. Ano 1, nº 2.

PICARD, Edmond. *O Direito Puro*. Campinas: Romana, 2004.

ROCHA, Leonel Severo. *Sistema do Direito e Transdisciplinariedade: de Pontes de Miranda a Autopoiese*. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SOBOTA, Katharina. "Não Mencione a Norma!" In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife*, nº 7, Recife: UFPE, 1995. Separata do *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991.

VILANOVA, Lourival. *Lógica Jurídica*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

_____. *O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado*. In: *Escritos Jurídicos e Filosóficos*. Brasília: Axis Mvndi e IBET, 2003.

Atuação do STF na efetivação do direito à saúde no Brasil — Perspectivas da judicialização entre escassez e políticas públicas.

Alexandre Felix Gross*

Sumário

Introdução; 1 Os custos dos direitos, escassez de recursos e a judicialização das políticas públicas; 1.1 Os direitos fundamentais; 1.2 Teoria dos custos dos direitos; 1.3 A judicialização das políticas públicas; 2 A judicialização do direito à saúde na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; 2.1 Problema, objeto e metodologia; 2.2 Decisões que não concederam a prestação de saúde curativa; 2.3 Decisões que concederam a prestação de saúde curativa; 3 A atuação do Judiciário na efetivação do direito à saúde: alocação de recursos escassos e o papel do Judiciário; 3.1 Identificação das posições e dos critérios adotados pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões sobre prestações de saúde curativa; 3.2 Como a atuação judicial pode equacionar a efetivação do direito à saúde, as políticas públicas adotadas e o problema da escassez de recursos?; Conclusão; Bibliografia.

Introdução

A judicialização do direito à saúde insere-se em um processo mais abrangente de judicialização das questões sociais, como tem ocorrido Brasil a partir do advento da atual Constituição de 1988. O fenômeno da constitucionalização do direito brasileiro, aumento da demanda por exame judicial dos interesses jurídicos, assim como da ascensão institucional do Judiciário, fez com que juízes e tribunais passassem a decidir questões que antes se encontravam em uma esfera mais estrita relativa à política e suas manifestações e estrutura institucionais.

O problema que se apresenta neste contexto pode ser consubstanciado em uma pergunta mais restrita no campo bastante complexo do direito à saúde e que tem se cristalizado nas relações entre interessados e Poder Judiciário: em que medida a atuação judicial que determina a distribuição de medicamentos e o custeio de tratamentos pela Administração Pública

promove a efetivação do direito à saúde? Como opção metodológica será analisada a jurisprudência do STF, a despeito do reconhecimento de que em todo o país juízes e membros do Ministério Público têm se debruçado diuturnamente com questões muitas vezes dramáticas e limítrofes entre o Direito, a Ética e a Política para responderem a demandas concretas que se lhes apresentam no campo candente do direito à saúde.

O problema que se apresenta neste contexto pode ser consubstanciado em uma pergunta, a qual se tentará responder a partir da análise da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: em que medida a atuação judicial que determina a distribuição de medicamentos e o custeio de tratamentos pela Administração Pública promove a efetivação do direito à saúde?

O cerne deste artigo é, portanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o fenômeno da judicialização do direito à saúde. Serão analisadas decisões proferidas pela Corte no período entre 2005 e 2011, que tenham decidido pedidos de prestação de saúde curativa formulados em face da Administração Pública. Dentre as decisões proferidas durante o recorte temporal escolhido, serão selecionadas aquelas que externem a compreensão jurídica da Corte sobre a judicialização do direito à saúde.

A hipótese que orienta este artigo é de que a atuação jurisdicional que condena a Administração Pública a fornecer prestações de saúde curativa, em muitos casos, representa riscos à sustentabilidade das políticas públicas definidas na área ou extrapola os limites de exigibilidade do direito à saúde, na visão do STF.

A denominada *Teoria dos Custos dos Direitos*, que será explorada no escopo do texto, e que procura afirmar que a concretização dos direitos sociais depende de recursos (financeiros, humanos e técnicos) ontologicamente escassos, será adotada como pressuposto teórico. As necessidades públicas são infinitas, os recursos são escassos, portanto, a concretização do direito à saúde depende de escolhas alocativas de recursos. A efetivação de direitos sociais e a questão orçamentária não são antagônicas, mas sim intrinsecamente ligadas. Compreender a questão

*Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

da escassez é o primeiro passo para realizar direitos sociais. Negligenciar este pressuposto é condenar os direitos sociais ao limbo da cidadania.

1 Os custos dos direitos, escassez de recursos e a judicialização das políticas públicas

1.1 Os direitos fundamentais

Direitos fundamentais têm sido definidos como aqueles intimamente ligados à dignidade da pessoa humana e reconhecidos pelo ordenamento constitucional. Relativos à proteção da esfera de desenvolvimento da personalidade humana frente o arbítrio estatal ou instando a atuação pública frente a inequívocas demandas da cidadania, têm hoje reconhecimento no plano interno e internacional.¹

Destarte, os direitos fundamentais são tidos como um núcleo de proteção da dignidade da pessoa humana positivado em determinada ordem constitucional, são direitos de maior relevância na organização do Estado.

No Brasil, os direitos sociais de cunho prestacional (e mais especificamente o direito à saúde) dependem de uma atuação estatal específica e têm tido por objeto a entrega de medicamentos, a internação de pacientes, o custeio de tratamentos, enfim demandado uma atuação positiva do ente público. Todos esses bens jurídicos pleiteados demandam alocação de recursos que são historicamente escassos. Direitos prestacionais implicam em custos. Portanto, a alocação desses recursos envolve decisões trágicas, por parte do magistrado, do legislador ou do gestor das políticas públicas².

Por sua vez, os direitos de defesa possuem menor relevância econômica (embora essa afirmação mereça certa ponderação, como será demonstrado no item 1.2), pois sua observância independe da alocação de recursos por meio de decisões judiciais. Os direitos de defesa instituem espaços de liberdade em que o Estado não pode interferir, ou seja, a princípio, basta que este se abstenha.

Os direitos sociais pressupõem uma atuação do Poder Público, criando obrigações positivas. Sua efetivação depende, ao contrário do que ocorre com os direitos de liberdade, de maior intervenção positiva do Poder Público. Eles não decorrem unicamente do Texto Constitucional, dependem sempre de um aparato público, “*vale dizer, demandam recursos materiais*”³.

Assim, enquanto os direitos de liberdade seriam sempre eficazes, não dependendo de regulamentação ou da implementação de políticas públicas – justamente porque determinam abstenções ao Estado, a eficácia dos direitos sociais dependeria de mediação legislativa e orçamentária. A efetivação dos direitos sociais, dentre os quais se encontra o direito à saúde, depende sempre de prestações estatais, por seu turno, essas prestações dependem de recursos.

1.2 Teoria dos custos dos direitos

A obra dos professores Stephen Holmes e Cass Sunstein – “*The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*” – teve o mérito de afirmar a positividade⁴ de todos os direitos, uma vez que o exercício de todo e qualquer direito – e não só os tidos como positivos – depende de uma prestação pública, ou seja, dependem de recursos públicos. A crítica recai sobre a afirmação de que as liberdades individuais podem ser asseguradas unicamente com a limitação da atividade estatal.

Desconstruiu-se, portanto, a principal diferença apontada entre os direitos fundamentais de primeira e os de segunda geração, qual seja, o emprego de ações estatais positivas necessárias à sua concretização. Essa é a tese central da obra: sustentar que todos os direitos são, sob esse aspecto, positivos.

Na tentativa de confirmar sua hipótese, os autores apontam diversos direitos tidos como negativos que, segundo fontes oficiais, custaram um grande volume de recursos ao contribuinte norte-americano. Um dos direitos mais importantes para a sociedade norte-americana é o direito à propriedade. Talvez por esse motivo boa parte dos exemplos de direitos negativos que demandam prestações públicas diz respeito à defesa da propriedade privada.⁵ A proteção e a concreti-

¹ A Teoria Constitucional Alemã do II Pós-Guerra lançou as bases epistemológicas dos Direitos Fundamentais como hoje disseminados no Brasil. Precusores desta corrente, como Ingo Wolfgang Sarlet, têm influenciado tanto a consolidação acadêmica quanto a jurisprudência sobre o tema, destacando-se a obra *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, lançada em 1998.

² CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. Nova Iorque-Londres: Norton, 1978.

³ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 67.

⁴ O termo positividade aqui empregado não se refere à dicotomia direito positivo e direito natural, mas sim às prestações positivas correlacionadas aos direitos sociais.

⁵ Os autores relatam um incêndio em Westhampton/NY, que consumiu uma das mais bonitas áreas do país durante trinta e seis horas em

zação de direitos individuais dependem de mobilização estatal, portanto, custam dinheiro⁶.

O Estado liberal não se limita a respeitar a propriedade, como também a cria e a protege através do Direito Civil e Criminal⁷. Porém, além de depender da atividade legislativa, a proteção da propriedade privada ainda depende de agentes públicos, tais como bombeiros, policiais, magistrados etc., todos estes custeados pelos recursos dos contribuintes.

Conforme observa, acertadamente, Gustavo Amaral, a ação do Estado não é mais a grande ameaça aos direitos de liberdade nos dias atuais. Mas a omissão estatal pode deixar sem proteção a esfera de liberdade individual⁸. O direito de propriedade e a segurança física são ameaçados pela violência urbana e por conflitos rurais, agravados pela omissão estatal. Assim como os direitos de privacidade e intimidade são reiteradamente desrespeitados pela imprensa, por bancos de dados privados, redes sociais⁹ etc. Tudo isso demanda uma ação estatal positiva, principalmente em termos de fiscalização.

Fiscalização representa despesa. A obra em comento exemplifica a afirmação com a demonstração de gastos de algumas agências estatais americanas – um dos grandes símbolos do Estado mínimo. Em 1996, a *Consumer Product Safety Commission* gastou 41 milhões de dólares na análise de produtos potencialmente danosos e na fiscalização do cumprimento das normas federais de segurança. Já a *Occupational Safety Health Administration*, no mesmo ano, gastou 306 milhões de dólares para defender os direitos dos trabalhadores,

agosto de 1995, sendo controlado graças à mobilização de esforços de todos os níveis governamentais, inclusive militar. Os custos da operação chegaram a 2,9 milhões de dólares, uma pequena fatia dos 11,6 bilhões de dólares gastos pelas esferas de governo norte-americanas unicamente com a proteção da propriedade privada frente a desastres e catástrofes naturais no ano de 1996. Concluem, em seguida, que a fruição de direitos individuais e de liberdade depende de vigorosa atuação estatal.

⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque-Londres: Norton, 1999, p. 15.

⁷ *Idem*, p. 60-61.

⁸ AMARAL, *op. cit.*, p. 72.

⁹ Em reportagem publicada em 03/11/2010, o sítio G1 noticiou que a rede social Facebook admitiu que programadores de aplicativos utilizados na rede venderam dados pessoais dos usuários. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2010/11/facebook-admite-que-dados-de-usuarios-foram-vendidos.html>

obrigando os empregadores a proporcionar locais de trabalho seguros e saudáveis¹⁰.

Mesmo direitos os políticos dependem de aparato custeado pelo Poder Público, tais como locais de votação, mesários, juízes eleitorais, servidores da justiça eleitoral etc. Segundo dados da justiça eleitoral, v. g., o primeiro turno das eleições de 2010 no Brasil custou aos cofres públicos 480 milhões de reais, com gastos que vão desde o pagamento de lanches para os mesários (82 milhões de reais) até o transporte das urnas aos locais de votação (35 milhões de reais)¹¹.

Partindo da célebre máxima “where there is a right there is a remedy”, ou em tradução livre, a todo direito corresponde uma ação, Cass Sunstein e Stephen Holmes sustentam que os direitos custam porque os respectivos remédios custam. Os remédios jurisdicionais que tutelam direitos pressupõem a existência de uma estrutura bancada com recursos públicos¹².

Os autores advertem, ainda, que magistrados tendem a ter dificuldade em lidar com um cenário de recursos finitos e problemas infinitos. As agências governamentais teriam maior conhecimento da realidade e seriam mais aptas a realocar os recursos do que os magistrados.

1.3 A judicialização das políticas públicas

Após o advento da Constituição de 1988, o Brasil vivenciou um fenômeno de judicialização de questões que antes estavam restritas ao âmbito de atuação dos poderes Legislativo e Judiciário. O reconhecimento da força normativa da Constituição, a ampliação da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional trouxeram para o Judiciário a tarefa de se pronunciar sobre assuntos de grande relevo, dentre os quais se encontram as políticas públicas, e, conseqüentemente, os gastos públicos.

A partir do desenvolvimento da doutrina da efetividade da Constituição, reconheceu-se a normatividade das normas constitucionais, tenham elas a natureza de regra ou de princípio. Ou seja, as normas constitucionais são dotadas de imperatividade e quando violadas deflagram para o titular do direito

¹⁰ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque-Londres: Norton, 1999, p. 101-102.

¹¹ Disponível em: <http://agencia.tse.gov.br/sadAdmAgencia/noticiaSearch.do?acao=get&id=1335470>

¹² HOLMES, SUNSTEIN, *idem*..

subjetivo a possibilidade de se ir à juízo pra protegê-lo.

Aliado ao reconhecimento da imperatividade das normas constitucionais temos uma Constituição analítica, que trouxe para a esfera Constitucional questões que antes eram deixadas para a legislação ordinária ou até mesmo tratadas como dependentes da conveniência e do mérito administrativo. Diversos direitos – dentre os quais está o direito à saúde¹³, passaram a ser reconhecidos pela Carta Constitucional, sendo, portanto, dotados de efetividade e capazes de criar pretensões jurídicas que, invariavelmente, são levadas ao Judiciário.

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é dotado de conhecida abrangência. Desde a primeira Constituição republicana, qualquer juiz de direito ou tribunal localizado em qualquer parte do país pode conhecer de matéria constitucional em sede incidental. Já o controle objetivo de constitucionalidade é realizado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ADPF, ADI ou ADC, sendo considerável o rol de legitimados a propor estas ações, nos termos do art. 103 da Constituição da República. Em outras palavras, questões envolvendo direitos fundamentais, políticas públicas e recursos fazem parte do dia a dia do magistrado brasileiro.

Luis Roberto Barroso assevera que o reconhecimento da normatividade da Constituição impôs aos operadores do direito a aplicação de novos métodos de interpretação além dos já conhecidos métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Surgiram então princípios aptos a lidar com a interpretação constitucional, sendo eles o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da supremacia da Constituição, o da interpretação conforme a Constituição, o da razoabilidade, o da unidade e o da efetividade¹⁴.

A realidade é que tribunais e juízes em todo o país se deparam diariamente com questões envolvendo políticas públicas na área de saúde. Os recursos públicos

são escassos, as necessidades, no entanto, são infinitas e historicamente indeterminadas, se levarmos em conta os propalados avanços científicos da área de saúde, que dia a dia tornam mais complexos os tratamentos médicos, com promessas curativas ou simplesmente controle para doenças crônicas. O desenvolvimento tecnológico e a descoberta de novos tratamentos e medicamentos elevam consideravelmente o custo da saúde. Ou seja, o custo dos tratamentos é alto, os recursos públicos são finitos, e, em decorrência disso, os magistrados têm que tomar decisões trágicas, envolvendo a alocação desses recursos. Alocar recursos na área de saúde não é simplesmente decidir se aquele demandante receberá ou não o tratamento, é decidir qual dentre os usuários do sistema de saúde pública receberá o tratamento, qual deles irá sobreviver, em muitos casos. Estas são questões que envolvem uma abordagem filosófica, jurídica, médica e econômica do tema. A contribuição deste artigo pretende se inserir na segunda vertente.

2 Ajudicialização do direito à saúde na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: em que medida a atuação judicial promove a efetivação do direito à saúde?

2.1 Problema, Objeto e Metodologia

A pergunta posta no início deste artigo conduzirá a uma análise de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, se tentará identificar como a atuação judicial que determina a distribuição de medicamentos e o custeio de tratamentos pela Administração Pública promove a efetivação do direito à saúde, na visão do STF. Em seguida, se buscará identificar quais os critérios utilizados pela Corte nas decisões que envolvem o direito à saúde.

A pesquisa empírica foi realizada no sítio do STF na internet (www.stf.jus.br), mais especificamente na seção Jurisprudência -> Pesquisa de Jurisprudência->, utilizando-se os termos “direito”, “à”, “saúde” e “medicamento\$”. O recorte temporal utilizado em ambas as pesquisas correspondeu ao período de 01/01/2005 à 31/12/2011. O período foi escolhido por algumas razões, dentre as quais se destaca o objetivo de analisar decisões proferidas pela composição mais atual da Corte – considerando que entre 2003 e 2011, o ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva e a presidente Dilma Rousseff indicaram oito dos atuais onze ministros.

Além disso, a escolha de um período contemporâneo se deve ao fato de que a judicialização

¹³ Até 1988 somente possuíam acesso ao sistema público de saúde os trabalhadores vinculados ao INPS (Instituto Nacional de Previdência Social). A população que não fazia parte do mercado de trabalho formal dependia dos serviços de saúde oferecidos por casas de caridade.

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 09, março/abril/maio, 2007, p. 8.

do direito à saúde é um fenômeno relativamente recente no país. A jurisprudência mais antiga do STF resistia a considerar a questão dos custos que envolvem a efetivação do direito social à saúde. A audiência pública sobre o direito à saúde realizada pela presidência da Corte em abril/maio de 2009 contribuiu para o amadurecimento das decisões proferidas sobre a matéria. Desse modo, o recorte temporal escolhido permitirá que se avalie o atual posicionamento da Corte sobre o tema.

A maior parte das decisões identificadas na pesquisa não tratava de prestações de saúde curativa ou sequer enfrentava a questão do efeito das decisões judiciais sobre as políticas públicas de saúde. Portanto, foram analisadas com maior detalhamento apenas aquelas que julgaram pedidos de prestações de saúde curativa e cujas fundamentações tragam contribuição relevante para o objeto do presente artigo.

As decisões selecionadas foram separadas entre aquelas em que o tratamento de saúde foi deferido e aquelas em que foi indeferido, para facilitar a identificação dos critérios utilizados pela Corte.

2.2 Decisões que não concederam a prestação de saúde curativa

As seguintes decisões negaram, mesmo que parcialmente, o fornecimento da prestação de saúde curativa: RE 631275, SS 4244, SL 256, STA 424, SS 3322, STA 139, SS 3274, SS 3263, SS 3145, STA 91 e AC 2839.

Dentre as decisões contrárias à concessão da prestação de medicamento ou tratamento, merece destaque a de autoria do Ministro Gilmar Mendes na STA 424. A decisão analisou pedido de suspensão de tutela antecipada da União contra decisão em agravo de instrumento proferida pelo TRF da 4ª Região. A decisão atacada havia acolhido em liminar a pretensão do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, determinando o fornecimento dos:

[...] medicamentos 'nootron 6 ml', 'label' e 'motilium' aos usuários que necessitem do mesmo para o tratamento de microcefalia, desde que apresentem laudo médico elaborado por médico especialista atestando a necessidade do tratamento com os aludidos medicamentos, incluindo a usuária L.W.H., no prazo de 10 dias, sob pena de multa diária no valor de R\$500,00 (quinhentos reais)¹⁵

Algumas passagens desta decisão revelam a preocupação com os pontos de tensão que a

judicialização do direito à saúde cria entre gestores de saúde e formuladores de políticas públicas, pois muitas vezes as decisões judiciais contrastam com as possibilidades orçamentárias e com as políticas adotadas pelos governos.

O Min. Gilmar Mendes propôs a apreciação de alguns dados nos julgamentos que envolvem as políticas públicas de saúde, explicitando assim critérios de avaliação dessas pretensões:

O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente. Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação.

O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações distintas: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. [...]

Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente. Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. [...]

Situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, é preciso

¹⁵ STF, Decisão da Presidência, Ministro Gilmar Mendes, STA 424, Julgamento em 20/04/2010, Publicada em 30/04/2010.

diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro. Os tratamentos experimentais (cuja eficácia ainda não foi cientificamente comprovada) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los. [...]

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde.¹⁶

O primeiro critério utilizado pelo julgamento se refere à diferenciação entre as prestações de saúde que estão incluídas ou não em uma política pública já existente. Neste caso, o Judiciário apenas determina que a Administração cumpra aquilo a que ela se vinculou quando da elaboração da política pública. Ou seja, não há de se falar em interferência indevida, visto que o direito público subjetivo é evidente.

Já nos casos em que a prestação não faz parte das políticas do SUS, há que se diferenciar se isso decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma opção administrativa ou de uma vedação legal a sua dispensação. Há casos em que a decisão administrativa pela não inclusão de determinada ação de saúde decorre da inexistência de comprovação científica da eficácia do tratamento. Nesses casos é possível que estejam incluídos no SUS tratamentos alternativos ou que não haja previsão de qualquer tratamento para aquela patologia.

Nos casos em que se pleiteia um tratamento contrário aos "*Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas*", ou seja, quando o SUS fornece um tratamento alternativo, a decisão sustenta que o demandante tem o ônus de comprovar que o tratamento fornecido é ineficaz por razões específicas do seu organismo. Em outras palavras, embora os protocolos do SUS não sejam inquestionáveis, representam um consenso científico que só deve ser afastado com ampla produção probatória apta a demonstrar a ineficácia do tratamento fornecido naquele caso. A utilização deste critério demonstra uma preocupação com a questão da escassez de recursos.

No tocante aos tratamentos não fornecidos pelo SUS, a decisão diferencia os tratamentos experimentais dos tratamentos novos que ainda não foram incorporados pelo SUS. Quanto aos tratamentos experimentais, afirma não haver qualquer responsabilidade do Estado em fornecê-los, sendo seu custeio de exclusiva responsabilidade dos laboratórios e centros científicos responsáveis pela pesquisa. Já em relação aos tratamentos que já foram testados pela comunidade científica, mas ainda não incorporados ao SUS, assevera que a questão merece cuidado redobrado. Isto porque, se por um lado os "*Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas*" são um instrumento apto a assegurar a distribuição igualitária de recursos escassos, a morosidade na incorporação de novos tratamentos não pode deixar os pacientes da rede pública à margem de tratamentos já usufruídos pelos usuários da rede privada.

No caso em tela, o pedido da União foi acatado e a tutela antecipada foi suspensa. Entendeu o Min. Gilmar Mendes que a liminar atacada representa grave lesão à ordem pública e à organização administrativa. A decisão lembra que a escolha dos tratamentos no âmbito do SUS deve ser efetuada de acordo com os *Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas*, e que a decisão impugnada desrespeitou a rotina estabelecida pelas Portarias 152/GM-2006 e 1.869/GM, do SUS, o que representa grave lesão à economia pública.

Por fim, assevera que medidas judiciais muito amplas, com determinações genéricas e indeterminadas representam verdadeiro obstáculo ao adequado serviço prestado pela Administração Pública.

A questão da alocação de recursos é contemplada em passagens de outras decisões, a exemplo da proferida pela Ministra Ellen Gracie na Suspensão de Tutela Antecipada 139. A medida judicial movida pelo Estado do Rio Grande do Norte se insurgia contra decisão do juízo de primeiro grau que deferiu a paciente portador de anemia falciforme a entrega do medicamento Exjade 500mg (deferisirox), sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

A Ministra Ellen Gracie deferiu o pedido de suspensão sob o argumento de que outros medicamentos de menor custo e que constavam da lista de medicamentos de dispensação excepcional do Ministério da Saúde (Portaria 2.577/2006) poderiam, de maneira eficaz, tratar a moléstia que acometia o paciente.

Já no julgamento do pedido de Suspensão de Liminar 3145, ajuizado também pelo Estado do Rio Grande do Norte, a Ministra Ellen Gracie sustentou

¹⁶ STF, *idem*.

que decisões judiciais que determinam a entrega de medicamentos que não estão previstos na lista oficial do Ministério da Saúde “geram, por outro lado, impacto não previsto nas finanças públicas, comprometendo a programação estatal de aquisição, estocagem e distribuição de medicamentos, em prejuízo da universalidade do atendimento”¹⁷.

O Ministro Joaquim Barbosa, em decisão proferida na Ação Cautelar 2839, afirmou que “em princípio, não tem a pessoa direito de exigir do Poder Público medicamento que não consta do rol das listas elaboradas pelo SUS, balizadas pelas necessidades e disponibilidades orçamentárias”. Desse modo, a mera afirmação de necessidade do medicamento não seria suficiente para a condenação do Estado, sendo necessária a prova de que os tratamentos disponibilizados pelo SUS são ineficazes.

Em síntese, essas decisões demonstram uma preocupação com as críticas de *cunho operacional*. Em diversas passagens os ministros revelam que decisões individualizadas, que tendem a não considerar as condições do sistema público de saúde e as decisões tomadas no âmbito das políticas públicas, podem gerar obstáculos à concretização do direito à saúde. Como já afirmado, o magistrado não possui meios para investigar as consequências de uma decisão que lida com recursos escassos e necessidades infinitas. A decisão judicial que contraria uma decisão alocativa de recursos tomada pelo gestor público deve ser a exceção, devidamente justificada por critérios objetivos.

Em três outras decisões dentre as analisadas (SS 3322, SS 3274, SS 3263), a ministra Ellen Gracie deferiu a suspensão de liminares que determinavam a entrega de medicamentos utilizados no tratamento de infertilidade feminina. Nesse caso, também foram utilizados os argumentos de que o custeio de medicamentos de alto valor econômico, que não fazem parte da lista de medicamentos fornecidos pelo SUS, pode configurar lesão à ordem, à economia e à saúde pública, pois abalam as políticas públicas já existentes.

2.3 Decisões que concederam a prestação de saúde curativa

Dentre as decisões encontradas, as seguintes julgaram procedentes os pedidos: RE 607385, RE-AgR 393175, AI 837642, STA-AgR 175, RE 626193, RE 642536, RE 628293, RE 628345, ARE 650359, AC 2267, AI 839594, STA 421, STA 316, STA 334, STA 434, STA 283, STA 558,

SS 3962, SS 4045, SS 3852, SS 3941, SS 3854, SS 4316, SS 4304, STA 348, STA 361, SL 319, SL 437, STA 198, STA 238, SL 228, STA 217, SS 3382 e SL 91. Serão analisadas em seguida apenas as que efetivamente decidiram demandas envolvendo prestações de saúde curativa e que possam contribuir com o objetivo deste artigo.

No julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 393.175, a Segunda Turma do STF apreciou recurso de autoria do Estado do Rio Grande do Sul contra decisão do Min. Celso de Mello que deferiu a entrega de medicamentos para portadores de esquizofrenia paranóide e doença maniaco-depressiva crônica. Em decisão unânime, a turma negou provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Celso de Mello (relator).

Em trecho que merece transcrição, o Ministro Celso de Mello afirma que:

Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, ‘caput’ e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e a saúde humanas.

[...]

*Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas – preventivas e de recuperação –, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República.*¹⁸

Ao contrário das decisões analisadas até aqui, o voto do Ministro Celso de Mello não leva em consideração a questão dos custos envolvidos na prestação de direitos sociais e a escassez de recursos. Pelo contrário, deixa claro que em casos que evidenciam conflitos entre o direito à saúde e interesses secundários de ordem financeira do Estado, deve sempre prevalecer

¹⁷ STF, Decisão da Presidência, Ministra Ellen Gracie, SL 3.145, Julgamento em 11/04/2007, Publicado em 18/04/2007.

¹⁸ STF, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, AgRg em RE 393.175, Julgamento em 12/12/2006, Publicado em 02/02/2007.

o direito à saúde, pois intimamente ligado ao direito à vida, ambos assegurados pela Constituição.

A interferência do Poder Judiciário e do Ministério Público estaria legitimada sempre que a atuação governamental, de forma arbitrária, por intolerável omissão, ou por “qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante”¹⁹, frustra o direito à saúde.

Posicionamento semelhante é exposto pelo Ministro Marco Aurélio em decisão proferida no Agravo em Recurso Extraordinário 650359, em que afirma ser o preceito do art. 196 de eficácia imediata, sendo que as ações estatais no campo da saúde estariam cobertos pelas receitas provenientes dos impostos pagos pelo cidadão.

Talvez a decisão do Supremo Tribunal Federal que tenha analisado o tema do direito à saúde com maior afincamento seja o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175. O recurso foi interposto pela União contra decisão do então presidente da corte, Min. Gilmar Mendes, que indeferiu a suspensão de antecipação de tutela recursal concedida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que determinou o fornecimento do medicamento Zavesca (Miglustat), utilizado no tratamento da Doença de Niemann-Pick Tipo C.

O plenário do STF, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental. Participaram do julgamento os Min. Gilmar Mendes (relator), Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Os votos analisados serão os dos Min. Celso de Mello e Gilmar Mendes, pois contribuem para o presente estudo.

O voto do Min. Gilmar Mendes reconhece que a concretização dos direitos sociais depende da disponibilização de meios materiais, que são escassos. Ou seja, admite não haver o suficiente para satisfazer a todos, fazendo com que escolhas trágicas, que envolvem a alocação desses recursos, sejam inevitáveis. Por sua vez, a escassez de recursos não necessariamente se refere àqueles de ordem financeira. No âmbito do direito à saúde, por exemplo, “há recursos não financeiros, como órgãos, pessoal especializado e

equipamentos, que são escassos em comparação com as necessidades”²⁰.

Em seguida, Gilmar Mendes reiterou o posicionamento já apresentado no julgamento da STA 424, de que os julgamentos que envolvem políticas públicas devem considerar alguns dados objetivos. A saber: (i) verificar se a prestação de saúde está incluída em uma política pública já existente, caso em que não há falar em interferência judicial indevida; (ii) se não há uma política pública que abranja a prestação pleiteada, verificar se isso decorre de uma vedação legal à sua dispensação, de uma omissão legislativa ou administrativa ou de uma decisão administrativa de não fornecê-la.

O voto colacionado assevera, referindo-se aos dados colhidos na audiência pública promovida pelo STF em 2009, que,

*[...] na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas*²¹.

Nesses casos, como já afirmado, o Judiciário apenas determina o cumprimento de uma política à qual a própria Administração se vinculou, sendo manifesta a existência do direito público subjetivo. Vale registrar que a aferição da existência de políticas públicas já estabelecidas como critério de exigibilidade do direito à prestação de saúde curativa também foi utilizado pelo Min. Luiz Fux no julgamento do RE 642536, em que se reafirmou a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública.

Em relação aos medicamentos e tratamentos que não possuem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, o Min. Gilmar Mendes afirmou que é vedado à Administração Pública fornecê-los, sendo o registro uma garantia à saúde pública.

Nos casos em que o não fornecimento do fármaco decorre de uma decisão do SUS de não custeá-lo, duas situações podem ser identificadas: a) o SUS fornece tratamento alternativo, porém não adequado ao paciente; ou b) o SUS não fornece tratamento para aquela patologia.

¹⁹ STF, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, AgRg em RE 393.175, Julgamento em 12/12/2006, Publicado em 02/02/2007.

²⁰ AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.136.

²¹ STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, AgRg em STA 175, Julgamento em 17/03/2010, Publicado em 30/04/2010.

Como já afirmado quando da análise do julgamento proferido na STA 424, nos casos em que o pedido contraria os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, Gilmar Mendes afirma que cabe ao demandante demonstrar que o tratamento fornecido pelo SUS não é eficaz para o seu tratamento.

No caso analisado, a decisão agravada, de autoria do Ministro Gilmar Mendes, indeferiu o pedido de contracautela, sob o argumento de que, embora o medicamento pleiteado não faça parte do Protocolo Clínico do SUS para a doença, existiam nos autos provas de que: (i) a interessada é portadora de doença neurodegenerativa rara (Niemann-Pick Tipo C); (ii) o medicamento pleiteado possui registro na ANVISA; (iii) os relatórios médicos emitidos pela Rede Sarah de Hospitais apontam que o uso do medicamento poderia possibilitar um aumento da sobrevida e uma melhor na qualidade de vida da paciente; (iv) o medicamento pleiteado é o único capaz de deter o avanço a doença; (v) a família da paciente informou não possuir condições financeiras de arcar com o custo do medicamento (R\$ 52.000,00 por mês).

Em relação ao voto do Min. Celso de Mello, os seguintes trechos merecem transcrição:

Impende assinalar, contudo, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

Mais do que nunca, Senhor Presidente, é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade ao direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa. (...)

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à ‘reserva do possível’ (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUSTEIN, ‘The Cost of Rights’, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, ‘A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais’, p. 245/246, 2002, Renovar), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige,

deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. (...)

Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º ‘caput’, e art. 196) – ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica, impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.²²

O Min. Celso de Mello reconhece que as prestações concretizadoras de direitos sociais, econômicos e culturais dependem da alocação de recursos financeiros escassos, estando atreladas, portanto, às possibilidades orçamentárias do Estado. Destarte, afirma que o Poder Público estaria desobrigado a efetivar de maneira imediata determinado direito prestacional quando comprovar objetivamente sua incapacidade econômica financeira para tal. No entanto, não há no voto qualquer menção aos critérios que devem ser utilizados na aferição da capacidade financeira do ente estatal. Se essa capacidade deve levar em consideração apenas o orçamento destinado à saúde ou o orçamento global do ente, ou se deve considerar a escassez de recursos técnicos e humanos, ou, ainda, a essencialidade da prestação.

De qualquer maneira, embora assumo que as decisões envolvendo a concretização de direitos prestacionais envolvem a tomada de escolhas trágicas, em seguida, o Min. Celso de Mello volta a tratar a questão financeira como algo secundário, que, por razões éticas, sempre deve sucumbir em uma ponderação diante do direito à vida e à saúde.

O Ministro afirma, reiteradamente, em sua decisão, que a gestão ineficiente dos recursos públicos, a falta de visão política e a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais não podem representar obstáculo à efetivação do imposto pelo art. 196 da Constituição.

²² STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, *idem*.

3 A atuação do Judiciário na efetivação do direito à saúde: alocação de recursos escassos e o papel do Judiciário

3.1 Identificação das posições e dos critérios adotados pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões sobre prestações de saúde curativa

A análise da jurisprudência do STF revelou que a maior parte das decisões admite uma preocupação com o efeito da judicialização da saúde sobre as políticas públicas, considerando tratar-se de escolhas trágicas²³ que envolvem a alocação de recursos (financeiros, humanos e técnicos) escassos. Todavia, apenas as recentes decisões e votos do Min. Gilmar Mendes buscaram critérios racionais para pautar estes julgamentos, sopesando as questões da escassez de recursos e das consequências sobre as políticas públicas. Estas decisões foram proferidas após a realização, pelo STF, da audiência pública sobre o direito à saúde, promovida entre o final de abril e início de maio de 2009.

Durante seis dias foram ouvidos cinquenta especialistas, entre advogados, promotores, juízes, defensores públicos, médicos, técnicos de saúde, professores, representantes de organizações não-governamentais, gestores e usuários do SUS. Muitos dos especialistas ressaltaram que, dentre as milhares de decisões judiciais proferidas anualmente sobre o direito à saúde, muitas carecem de critérios racionais, acabam colocando em risco as políticas públicas existentes e, conseqüentemente, os pacientes do SUS. Estas decisões, em última análise, serviriam de obstáculo à efetivação de um direito à saúde, integral e universal. Um trecho da manifestação do então Min. da Saúde, José Gomes Temporão, exemplifica bem este dilema:

Nesse ponto, expõe-se o desperdício do uso ilimitado da alta tecnologia e da excessiva medicalização que temos observado, e que, em certa medida, também são resultantes de determinadas decisões judiciais. Acho que a via judicial bem educa o gestor omissivo que não provê dentro da sua competência e responsabilidade os bens e serviços de saúde, mas também acho que ela não pode se constituir em meio de quebrar os limites técnicos e éticos que sustentam o Sistema Único de Saúde, impondo o uso de tecnologias, insumos ou medicamentos, ou sua incorporação à

crítica, desorganizando a administração, deslocando recursos de destinações planejadas e prioritárias e o que mais surpreende, muitas vezes, colocando em risco e trazendo prejuízo à vida das pessoas. Lidar com todos esses conflitos e tentar pôr limites é interpretado por muitos como insensibilidade com os que sofrem e necessitam do sistema, ou como prova de omissão. Esta é uma interpretação errônea dos fatos.²⁴

As manifestações ressaltaram que as decisões judiciais em demandas individuais sobre prestações de saúde curativa não são aptas a concretizar, pelo menos em escala universal, o direito à saúde. Assim, foi destacada a necessidade de implementação de diálogos entre o Judiciário e os gestores de políticas públicas, a exemplo da iniciativa tomada pelas defensorias públicas dos estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, que, junto com as procuradorias estaduais, estabeleceram espaços de composição administrativa dos conflitos²⁵.

As reivindicações expostas na audiência pública, no sentido de se prestigiar a sustentabilidade das políticas públicas e a alocação racional dos recursos, fez com que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editasse a recomendação 31/2010. As medidas recomendadas aos tribunais, a fim de subsidiar magistrados e operadores de direito, para assegurar maior eficiência na solução de demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde, foram as seguintes:

a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;

b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:

b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;

b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;

²⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Temporao.pdf>.

²⁵ Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr_Vitore_Maximiano.pdf

²³ CALABRESI, BOBBITT, *op. cit.* 1978.

b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;

b.4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;

b.5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas;

c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça;

d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - CACON;²⁶

Considerando as decisões proferidas após a realização da audiência pública, é possível identificar duas diferentes linhas de decisões na Corte, uma capitaneada pelo Min. Gilmar Mendes e outra pelo Min. Celso de Mello.

As decisões de autoria do Min. Gilmar Mendes incorporam muitas das preocupações propagadas durante a audiência pública. As suas decisões e votos, detalhadamente analisados no presente trabalho, evidenciam a adoção de critérios racionais na solução de pedidos de prestações de saúde curativa.

Como já afirmado, os dados a serem analisados devem ser os seguintes: (i) verificar se a prestação de saúde está incluída em uma política pública já existente, caso em que não há o que se falar em interferência judicial indevida; (ii) se não há uma política pública que abranja a prestação pleiteada, verificar se isso decorre de uma vedação legal à sua dispensação, de uma omissão legislativa ou administrativa ou de uma decisão administrativa de não fornecê-la.

Em seguida, devem ser utilizados os seguintes critérios: (i) quando uma política pública já existente engloba a prestação pleiteada, o Judiciário apenas determina à Administração Pública o seu cumprimento; (ii) nos casos em que o medicamento não possui registro na Anvisa, ao Poder Público é vedado fornecê-lo; (iii) nos casos em que o não fornecimento do fármaco decorre de uma decisão administrativa, o demandante deve demonstrar que o SUS não fornece medicamento para tratamento de sua patologia, ou que o medicamento alternativo fornecido não é eficaz por razões específicas de seu organismo; (iv) nos casos de tratamentos experimentais ainda não incorporados ao SUS, não há qualquer obrigação do Poder Público em custeá-los.

Nos casos em que o medicamento pleiteado não consta da lista de dispensação gratuita, Gilmar Mendes sustenta a necessidade de a prescrição médica estar embasada em relatórios científicos que: (i) comprovem a existência da patologia; (ii) indiquem que a patologia só pode ser tratada de maneira eficaz pelo medicamento pleiteado, e não por outro medicamento constante dos *Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas*. Ou seja, o deferimento da prestação de saúde curativa não pode pautar-se apenas em receituários médicos.

As decisões e votos do Min. Celso de Mello, embora em muitas passagens façam referência à escassez de recursos, têm o direito à saúde como um direito subjetivo público absoluto, pois não pode ser limitado pelo que chama de *interesse financeiro e secundário do Estado*. Segundo o Ministro, razões de ordem ético-jurídica impõem uma opção irrestrita pela vida e a saúde humana.

Tal afirmativa, todavia, deixa de lado o real problema da escassez de recursos. Os direitos prestacionais e os interesses de ordem econômico-financeira do Estado estão intrinsecamente conectados, sendo aqueles dependentes destes, e não conflitantes. Não se pode deixar de levar em conta os custos envolvidos nessas prestações, e que essas decisões representam escolhas trágicas²⁷ alocativas de recursos (humanos, financeiros e técnicos) ontologicamente escassos.

²⁶ CNJ, Recomendação 31/2010, Publicada em 07/04/2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>

²⁷ CALABRESI, BOBBITT, *op. cit.*

3.2 Como a atuação judicial pode equacionar a efetivação do direito à saúde, as políticas públicas adotadas e o problema da escassez de recursos?

No verão de 2008, a epidemia de dengue que se alastrou pelo Estado do Rio de Janeiro evidenciou a falta de médicos especializados em pediatria no Estado²⁸. Dentre os motivos do desinteresse pela carreira, estão os baixos salários e a falta de valorização da área pediátrica.

Um estudo da Comissão Interministerial de Gestão da Educação na Saúde (fruto de parceria entre o Ministério da Saúde e o Ministério da Educação) revelou um déficit considerável entre a demanda e oferta de médicos especialista no país²⁹. A pesquisa apontou: a) desequilíbrios regionais na oferta de especialistas; b) sub-oferta/escassez de algumas especialidades; c) novas necessidades decorrentes da transição sócio-demográfica/epidemiológicas; d) dificuldade no recrutamento de médicos especialistas e; e) distribuição inadequada de vagas de residência médica no país.

Segundo o estudo, as especialidades com maior dificuldade de recrutamento pelos gestores de saúde do país são, nesta ordem: pediatria, anestesiologia, psiquiatria, neurologia e neurocirurgia. As razões apontadas para o problema são: i) a falta de profissionais titulados segundo os critérios do Ministério da Educação e da Associação Médica Brasileira; ii) a falta de profissionais com a experiência requerida para o trabalho e; iii) o fato dos profissionais considerarem baixo o nível de remuneração praticado pela instituição.

As soluções apresentadas pelo estudo foram: i) definição de diretrizes curriculares nacionais; ii) criação de um novo marco regulatório; iii) discussão sobre perfil de competências necessárias à atuação do profissional da medicina; iv) amplo processo de avaliação; v) monitoramento de qualidade; vi) indução da expansão da oferta de bolsas para especialidades e em regiões prioritárias; vii) estruturação de apoio matricial por meio de instituições de excelência e; viii) criação de um programa nacional de apoio à formação de médicos especialistas em áreas estratégicas.

Ou seja, problemas que, a princípio, só podem ser resolvidos por políticas públicas (preferencialmente de âmbito nacional) e não por decisões judiciais. A simples formulação de um estudo como esse, que identifica deficiências do SUS e suas soluções, depende da atuação de órgãos da Administração Pública. A implementação das soluções apontadas, igualmente, não cabe ao Poder Judiciário. Não se trata aqui de questionar a legitimidade do Judiciário para tal – considerando os questionamentos formulados acerca da separação de poderes, mas sim de um problema de ordem operacional. Simplesmente não há como o Judiciário, através da prolação de decisões judiciais, resolver alguns dos principais problemas que acometem a saúde pública no país.

Esses problemas não são de fácil solução. Nem mesmo o aumento de vagas de residência e de vagas no curso de medicina nas instituições públicas do país garante a solução desses problemas. Não há como obrigar estudantes de medicina a seguirem determinada especialização frente às necessidades da saúde pública. Igualmente, não há como garantir que os especialistas formados em instituições públicas escolham, ao final do período de formação, trabalhar em pequenas cidades do interior do país, onde há notória necessidade de médicos, quando podem escolher hospitais privados nos grandes centros.

A escassez não atinge apenas os recursos financeiros. A escassez é

inerente aos recursos necessários à satisfação das necessidades públicas, em especial quanto à saúde, onde além da escassez de recursos financeiros, há carência de recursos não monetários, como órgãos, pessoal especializado e equipamentos³⁰.

Esse déficit exige do Estado a adoção de escolhas trágicas³¹. Essas escolhas, no campo do direito à saúde, significam dizer quem vai receber o medicamento, quem vai receber o órgão para transplante, quem vai ser internado na unidade de tratamento intensivo, e, em última análise, quem vai sobreviver.

Os recursos são escassos, as necessidades são infinitas, ou seja, dificilmente será possível atender a todos com a qualidade desejável. Esse é o primeiro passo: reconhecer que as decisões judiciais sobre prestações de saúde curativa envolvem a alocação de recursos escassos, se tratando, portanto, de

²⁸ Disponível em: <http://jornalnacional.globo.com/Telejornais/JN/0,,MUL579175-10406,00-FALTAM+PEDIATRAS+NO+BRASIL.html>

²⁹ Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/relatorio_ciges.pdf

³⁰ AMARAL, *op. cit.* p.172.

³¹ CALABRESI, BOBBITT, *op. cit.*

decisões disjuntivas. Como decidir se os recursos serão utilizados no tratamento da dengue, doença que a todo ano atinge milhares de brasileiros, ou no tratamento de uma distrofia muscular extremamente rara? Como decidir qual região do país será beneficiada com programas pró-residência, e quais especialidades serão priorizadas? Como decidir quais medicamentos devem integrar a lista de dispensação gratuita? Como garantir que a alocação destes recursos seja feita da maneira mais eficiente possível?³²

Deferir toda e qualquer demanda de prestação de saúde curativa sem considerar o problema da escassez, significa adotar o critério do acesso ao judiciário para pautar as decisões alocativas. Por exemplo, deferir a internação hospitalar daquele que foi ao judiciário tem uma consequência perversa para alguém que não se sabe o nome ou sobrenome. Outro paciente do SUS, em igual ou pior estado de saúde, será retirado do leito para dar lugar àquele que procurou o Poder Judiciário. Do mesmo modo, deferir a entrega de um medicamento de alto custo que não compõe a Relação Nacional de Medicamentos – Rename significa realocar recursos orçamentários destinados à compra de outros remédios, cuja essencialidade não se pode aferir sob a ótica da microjustiça. Os recursos utilizados no cumprimento de decisões judiciais são os destinados a outras políticas públicas de saúde, entretanto, não há como identificar com segurança quais os programas que estão perdendo recursos e quem são os pacientes prejudicados³³. Evidentemente, decisões judiciais que

deferem a entrega de medicamentos de alto custo que não compõem a Rename são incompatíveis com o postulado da universalidade³⁴, pois, por óbvio, não é possível, em um cenário de escassez de recursos econômicos, garantir tratamentos de alto custo financeiro para todos.

Virgílio Afonso da Silva afirma que, mesmo os casos de sucesso na efetivação de direitos sociais por meio do Judiciário, representam um sucesso individual, que, nem sempre são, de fato, histórias de sucesso coletivo³⁵. Sequer os casos de *sucesso judicial* são reais casos de sucesso. No dia 13 de setembro de 2010, o semanário *Época* publicou uma reportagem de capa sobre a breve história de Fábio de Souza do Nascimento. O menino faleceu aos quatorze anos, enquanto esperava por um equipamento de oxigenoterapia domiciliar, cujo fornecimento havia sido deferido pela Justiça Federal seis meses antes. Durante o período, a União, o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro procrastinaram e ignoraram as decisões judiciais, em um verdadeiro jogo de empurra-empurra³⁶.

O direito à saúde não pode ser tratado como um direito exclusivo a prestações de saúde curativa. Os problemas de saúde têm determinantes multidimensionais e complexas, de modo que as ações de promoção à saúde devem ter em vista a manutenção de condições sociais e ambientais favoráveis. Em um cenário como este, em que os problemas de saúde muitas vezes são causados por *fatores socioeconômicos e biológicos diversos, como acesso à informação, escolaridade, condições de habitação (geográficas e de infraestrutura), trabalho, renda, etnia, sexo, idade, deficiências etc.*³⁷, não é nenhuma surpresa que parcelas mais desfavore-

³² O problema da escassez pode ser ilustrado com um simples exemplo apresentado por FERRAZ, Otávio Luis Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino; *Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os riscos da interpretação judicial dominante*. Artigo enviado em contribuição para a Audiência Pública sobre o Direito à Saúde realizada pelo STF em 2009. Os autores afirmam que o tratamento das doenças “*hepatite viral crônica C*” e “*artrite reumatóide*” com os medicamentos mais modernos disponíveis, custaria aos cofres públicos mais do que o gasto total de todas as esferas de governo com a saúde pública. Ou seja, a adoção de um tratamento supostamente mais eficaz do que aquele escolhido pelas listas de medicamentos do SUS (elaboradas mediante critérios de eficácia, segurança e custo-efetividade), faria com que uma parcela de doentes que corresponde a 1% da população consumisse todo o orçamento destinado a saúde pública. No entanto, segundo os autores, haveria “*uma posição bastante disseminada no meio jurídico brasileiro, porém, que enxerga o direito à saúde como um direito a atendimento à saúde, terapêutico e farmacêutico ilimitado*”. Este posicionamento, que utiliza a necessidade individual como critério de alocação de recursos escassos, compromete severamente o postulado da universalidade, uma vez que em um cenário real de escassez, é impossível *dar tudo a todos*.

³³ FERRAZ, Otávio Luis Motta. *Health Inequalities, Rights, and Courts: The social impact of the “judicialization of health” in Brazil*, in: Yamin and Gloopen (eds), forthcoming Harvard University Press 2010. P. 24.

³⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

³⁵ SILVA, Virgílio Afonso. *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (organizadores); BARROSO, Luis Roberto [et al.]. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 592.

³⁶ ÉPOCA. São Paulo: Editora Globo S.A., 13 de Setembro de 2010, n.º 643. Semanário.

³⁷ FERRAZ, Otávio Luis Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino; *Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os riscos da interpretação judicial dominante*. Artigo enviado em contribuição para a Audiência Pública sobre o Direito à Saúde realizada pelo STF em 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/>

recidas da população sejam as que mais precisam de prestações de saúde curativa. Isso faz com que exista uma sobreposição de duas iniquidades, que agravam o desrespeito à universalidade: de um lado, as desigualdades socioeconômicas que determinam as condições de saúde do indivíduo; do outro, o desigual acesso ao Judiciário, que beneficia àqueles que já fazem parte de uma parcela da população mais favorecida.

Considerando que deferir toda e qualquer demanda de saúde curativa, baseando-se em um direito subjetivo público absoluto fundado no art. 196, da Constituição, representa tomar decisões alocativas de recursos escassos com base no critério do acesso à Justiça, quais critérios devem ser adotados pelo magistrado? Como o Judiciário pode agir de modo a tornar eficaz o direito fundamental à saúde, mas sem comprometer as políticas públicas? Como os juízes podem lidar com as ações judiciais que demandam prestações de saúde curativa?

Ana Paula de Barcellos sustenta caber ao Poder Judiciário determinar a o fornecimento das prestações de saúde que compõem o mínimo existencial, pois, neste caso, a eficácia decorre das normas constitucionais sobre a dignidade humana e a saúde. As prestações não compreendidas nesse núcleo dependem de intervenção legislativa e só podem ser determinadas pelo Poder Judiciário quando previstas em lei³⁸.

Por fim, ressalta que a dificuldade que o magistrado possui ao lidar com o argumento da reserva do possível em demandas individuais, pode ser substancialmente minimizada quando o controle da atividade estatal é feito no plano coletivo. Isto porque a discussão coletiva ou abstrata permite um exame do contexto geral das políticas públicas, possibilitando uma análise mais abrangente dos recursos disponíveis e das dimensões das necessidades. O controle coletivo permite que a alocação de recursos seja feita em caráter geral, e não apenas sob a ótica da microjustiça³⁹.

Luis Roberto Barroso expressa posicionamento semelhante ao afirmar que, no âmbito das ações individuais o Judiciário deve limitar-se a “efetivar

a realização das opções já formuladas pelos entes federativos e veiculadas nas listas de medicamentos”⁴⁰. Segundo o autor, essa limitação decorre do fato de que a Constituição determina que o direito à saúde deve ser efetivado por políticas econômicas e sociais, estas formuladas pelos Poderes Executivo e Legislativo, a fim de que seja assegurada a universalidade das prestações e a isonomia no atendimento. Ademais, a tarefa de tomar decisões alocativas de recursos escassos caberia aos representantes do povo, carecendo o Judiciário de legitimidade democrática para tal⁴¹.

Ao comentar a ausência de *expertise* dos magistrados em relação ao controle de políticas públicas, Daniel Sarmiento sugere a adoção de um *exercício mais firme dos poderes de instrução conferidos aos juízes, assim como pela maior participação de terceiros na lide, como, por exemplo, através da atuação dos amici curiae*⁴². O autor compartilha, ainda, do entendimento de que as políticas públicas podem ser mais facilmente discutidas no espaço das demandas coletivas⁴³.

A crítica ao conceito de mínimo existencial como fator de delimitação da exigibilidade de direitos sociais aparece na obra de Gustavo Amaral. O autor afirma que o conceito de mínimo existencial abre espaço para um alto grau de subjetivismo. Além disso, a exigibilidade de um direito social não pode ser aferida levando-se em conta apenas a sua necessidade, sendo possível que diante de situações fáticas excepcionais uma prestação antes tida como exigível pode deixar de sê-lo. Desse modo, propõe que o grau de exigibilidade deve ser proporcional ao grau de essencialidade. Quanto maior a essencialidade do bem maior deve ser a excepcionalidade apta a justificar a não entrega da prestação por parte do Estado. Essa excepcionalidade, segundo ao autor, seria a impossibilidade fática de atender todos aqueles que demandam a prestação essencial, tornando inevitável a adoção de escolhas trágicas. Desse modo, afirma que

processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude_Recurso_escassos_e_equidade.pdf, p. 28.

³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *O Direito a Prestações de Saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (organizadores); BARROSO, Luis Roberto [et al.]. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 809.

³⁹ Idem, *Ibidem*. p. 818.

⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (organizadores); BARROSO, Luis Roberto [et al.]. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 897.

⁴¹ Idem, *Ibidem*. p. 897.

⁴² SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (organizadores); BARROSO, Luis Roberto [et al.]. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 583.

⁴³ Idem, *Ibidem*. p. 585.

*Caberá ao aplicador ponderar essas duas variáveis, de modo que se a essencialidade for maior que a excepcionalidade, a prestação deve ser entregue, caso contrário, a escolha estatal será legítima*⁴⁴.

Por sua vez, a análise da jurisprudência do STF revelou que a Corte atua com maior cautela nas causas coletivas. Isto ficou claro quando da análise do julgamento proferido na STA 424. O Min. Gilmar Mendes suspendeu a medida liminar que deferia a entrega de medicamentos, para o tratamento de microcefalia, a todos aqueles que apresentassem laudo médico atestando a necessidade do medicamento. Argumentou que:

*[...] não se pode permitir que as decisões judiciais determinem medidas muito amplas, com determinações genéricas que inviabilizem a própria ordem administrativa, obrigando o atendimento irrestrito e ininterrupto de política pública que o próprio Poder Executivo ainda não implantou*⁴⁵.

Se, por um lado, não é recomendável que juízes e tribunais tratem o direito à saúde como um direito a toda e qualquer prestação de saúde curativa, por outro, não se pode tratá-lo como mera promessa constitucional. Não há como defender que, diante de um cenário de escassez, o Judiciário deve fechar os olhos para as milhares de demandas que, diariamente, batem à sua porta. O Judiciário não carece de legitimidade para isso, pelo contrário, possui o dever de zelar pela concretização dos valores constitucionais. A Constituição não possui promessas irresponsáveis, os direitos sociais (dentre eles o direito à saúde) nela previstos são dotados de plena eficácia jurídica e são imediatamente aplicáveis⁴⁶. Embora a Constituição preveja que o direito à saúde seja garantido por meio de políticas econômicas e sociais, esse fator não retira do Judiciário o controle sobre essas políticas públicas, notadamente nos casos de omissões injustificáveis⁴⁷.

O Poder Judiciário possui uma função importante na efetivação de direitos sociais. Porém, essa atuação

deve ser no sentido de impulsionar a concretização destes direitos, e nunca em confronto com as políticas públicas.

Em suma, o direito à saúde não pode ser tratado como um direito subjetivo público a toda e qualquer prestação de saúde curativa. Esta abordagem desconsidera a escassez de recursos e pauta decisões disjuntivas com base unicamente no critério de acesso ao Judiciário. A questão da escassez não pode ser vista como algo secundário ou imoral, afinal, como já demonstrado, a questão financeira e os direitos fundamentais não são antagônicos, mas sim intrinsecamente ligados. Levar os direitos a sério significa levar a escassez a sério⁴⁸.

Conclusão

O exame da jurisprudência recente do STF revelou que a Corte está atenta à questão da escassez de recursos que acomete a saúde pública no país. As decisões analisadas revelam um amadurecimento do tema, principalmente após a realização da audiência pública sobre o direito à saúde em 2009. Há uma forte preocupação dos ministros com o efeito das decisões judiciais sobre as políticas públicas de saúde, mesmo que essa preocupação só tenha resultado em mudanças significativas nas decisões e votos de autoria do Min. Gilmar Mendes.

Como as decisões do STF embasam julgamentos em todo o país, é possível que essa preocupação com a utilização racional de recursos (humanos, técnicos e financeiros) escassos seja absorvida por outros tribunais e por juízes de primeira instância em todo o Brasil. A mudança da maneira como o STF trata o tema pode ser o prenúncio de uma transformação da postura de todo o Poder Judiciário.

As sugestões feitas pelo CNJ na recomendação 31/2010 revelam que medidas simples a serem tomadas pelos tribunais podem contribuir significativamente na tentativa de contornar muitas das preocupações expressas durante a audiência pública realizada pelo STF. As orientações dadas pelo CNJ partem de duas premissas basilares: (i) valorização das políticas públicas através do incentivo ao diálogo institucional; (ii) utilização de critérios técnico-científicos para pautar as decisões dos magistrados.

Esses dados revelam que há uma tendência do Judiciário a abandonar a idéia de que haveria um

⁴⁴ AMARAL, *op. cit.*

⁴⁵ STF, Decisão da Presidência, Ministro Gilmar Mendes, STA 424, Julgamento em 20/04/2010, Publicado em 30/04/2010.

⁴⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º. 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:

[...]

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁴⁷ SARMENTO, *op. cit.*, p. 580.

⁴⁸ HOLMES, *op. cit.*, p. 94.

direito subjetivo público a toda e qualquer prestação de saúde curativa que, de alguma forma, pudesse ajudar o paciente. Cada vez mais a questão da escassez de recursos deixa de ser tratada como um fator secundário para ser tratada como um fator de alta relevância na efetivação do direito à saúde.

Como todo fenômeno, a judicialização do direito à saúde passa por fases e mudanças, que, nesse caso, evidenciam um aperfeiçoamento da maneira como juízes e tribunais tratam o tema. Após a promulgação da Constituição de 1988, a judicialização cumpriu o importante papel de reafirmar a justiciabilidade do direito social à saúde. Ultrapassada esta etapa, o Judiciário parece buscar meios para equacionar o direito subjetivo público à saúde com o problema da escassez de recursos, valorizando a sustentabilidade das políticas públicas e a alocação racional desses recursos.

Bibliografia

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001.

_____; MELO, Danielle. Há Direitos Acima dos Orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores); BARCELLOS, Ana Paula de [et al.]. *Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores); BARCELLOS, Ana Paula de [et al.]. *Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____, O Direito a Prestações de Saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (organizadores); BARROSO, Luis Roberto [et al.]. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 09, março/abril/maio, 2007.

_____. Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (organizadores); BARROSO, Luis Roberto [et al.]. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, Tradução por Carlos Nelson Coutinho, Editora Elsevier, Rio de Janeiro, 2004.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. Nova Iorque-Londres: Norton, 1978.

FERRAZ, Otávio Luis Motta. *Health Inequalities, Rights, and Courts: The social impact of the "judicialization of health" in Brazil*, in Yamin and Gloopen (eds), forthcoming Harvard University Press 2010.

_____; VIEIRA, Fabiola Sulpino. *Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os riscos da interpretação judicial dominante*.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque-Londres: Norton, 1999.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O Direito Fundamental à Saúde Segundo o Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (organizadores); SARMENTO, Daniel [et al.]. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LUPION, Ricardo. O Direito Fundamental à Saúde e o Princípio da Impessoalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores); BARCELLOS, Ana Paula de [et al.]. *Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. Trad. por Martonio Lima e Paulo Albuquerque. São Paulo: Novos Estudos CEBRAP, v. 58, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007, 1ª Edição.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998, 1ª Edição.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores); BARCELLOS, Ana Paula de [et al.]. *Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (organizadores); BARROSO, Luis Roberto [et al.]. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (organizadores); BARROSO, Luis Roberto [et al.]. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores); BARCELLOS, Ana Paula de [et al.]. *Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

Decreto 7.683, de 29 de fevereiro de 2012.

Altera o Decreto 6.306, de 14 de dezembro de 2007, que regulamenta o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF.

Publicado no *DOU* de 1º/03/2012.

Decreto 7.698, de 9 de março de 2012.

Altera o Decreto 6.306, de 14 de dezembro de 2007, que regulamenta o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF.

Publicado no *DOU* de 12/03/2012.

Decreto 7.699, de 15 de março de 2012.

Altera o Decreto 6.306, de 14 de dezembro de 2007, que regulamenta o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF.

Publicado no *DOU* de 16/03/2012.

Medida Provisória 561, de 8 de março de 2012.

Altera as Leis 12.409, de 25 de maio de 2011, 11.578, de 26 de novembro de 2007, 11.977, de 7 de julho de 2009, e 10.188, de 12 de fevereiro de 2001.

Publicada no *DOU* de 08/03/2012.

Corte Especial

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0009520-67.2010.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes
Requerente: União Federal
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Requerido: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Santarém/PA
Autor: Ministério Público Federal
Agravante: Ministério Público Federal
Publicação: e-DJF1 de 17/02/2012, p. 6

Ementa

Agravo regimental. Suspensão de liminar. Unidades de manejo florestal. Atribuições da Administração Pública. Ingerência do Poder Judiciário. Grave lesão à ordem e à economia públicas.

I. A ingerência da atividade jurisdicional nas atribuições da Administração Pública, importando alterações na condução do planejamento da sua atuação, deve ser feita com critério e prudência e deve estar calcada em dados objetivos, fáticos e técnicos que a justifiquem. Determinação judicial fixando limites e regras para concessão de manejo florestal sustentável, com observância das disposições da Convenção 169 da OIT, em área delimitada por indicação das próprias comunidades quilombolas e ribeirinhas, de forma democrática e participativa, tem aptidão para acarretar grave lesão à ordem e à economia públicas.

II. O mesmo se diga de decisão que impede a consecução de projeto que busca trazer o desenvolvimento ecologicamente sustentável, possibilitando ao Poder Público exercer um maior controle da região, a fim de coibir as atividades predatórias ao meio ambiente, e fomentando a oferta de emprego e fonte de renda em região, cuja população é notoriamente carente.

III. Improvimento do agravo regimental.

Acórdão

Decide a Corte Especial, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 02/02/2012.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, presidente.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Trata-se de agravo regimental do Ministério Público Federal contra decisão do então Presidente deste Tribunal, Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, que suspendeu a execução da medida liminar deferida pelo Juízo Federal de Santarém – PA, nos autos da Ação Civil Pública 1516-09.2009.4.01.3902/PA.

A liminar suspensa fora para afastar

[...] todos os efeitos já implementados e os atos subseqüentes do procedimento licitatório impugnado nesta sede processual até posterior definição judicial, salvante a possibilidade de reajustamento administrativo dos termos da licitação ao procedimento finalizado de identificação

e delimitação dos territórios das comunidades envolvidas que ocupam e utilizam a região abrangida e bem assim a revisão do Plano de Manejo da Floresta Nacional Saracá-Taquera, todos publicados na Imprensa Oficial. (Cf. peça de fls. 15-17).

Sustenta que,

Diferentemente do que atestado na decisão agravada, o procedimento licitatório da concessão da Floresta Nacional Saracá-Taquera não foi procedido dos *estudos e cautelas legais* que visam a assegurar a preservação das 12 (doze) comunidades quilombolas e ribeirinhas no interior da referida floresta nacional (Decreto 98.704/1989), mas tão somente de *estudo unilateral* formulado pelo Serviço Florestal Brasileiro (fl. 897);

[...] e que o atual desenho das unidades de manejo efetivado pelo Serviço Florestal Brasileiro, objeto do processo licitatório em questão

[...] foi todo realizado à revelia do Relatório de Identificação e Delimitação (RTID), *documento prévio à publicação da portaria de reconhecimento e declaração dos limites do Território Quilombola e que aborda informações cartográficas, fundiárias, agronômicas, ecológicas, geográficas, sócio-econômicas, históricas, etnográficas e antropológicas* [...], imprescindível para que o Inbra possa publicar a Portaria de Reconhecimento e Declaração dos Limites do Território Quilombola [...] (fl. 898).

Assevera que

[...] *não há que se falar em grave lesão à ordem e à economia públicas*, haja vista que a decisão agravada parte do pressuposto equivocado de que foram observadas as formalidades legais visando o processo licitatório questionado [...] (fl. 904); que a violação ao devido processo de regularização fundiária das comunidades remanescentes de quilombo na Floresta Nacional Saracá-Taquera é tão patente que o próprio edital licitatório reconhece a possibilidade de sobreposição de áreas (fl. 904); que há necessidade de suspensão do processo licitatório até que venha à tona, com a publicação na imprensa oficial, o Relatório Técnico de Identificação e Delimitação elaborado pelo INCRA, definindo qual é exatamente o território das comunidades quilombolas, e o plano de manejo devidamente revisado, atendendo-se aos ditames da Lei 9.985/2000" (fl. 905); e que, no caso, deve prevalecer o princípio da precaução/prevenção, a fim "de se evitar na origem as transformações deletérias à saúde humana e ao meio ambiente (fl. 906).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — A decisão ora agravada está fundamentada nos seguintes termos:

[...]

15. O MM. Juízo de primeiro grau deferiu a medida liminar sob o argumento de que "a exploração florestal desprovida de planejamento cauteloso constitui potencial risco de depauperação ou dizimação dos componentes físicos daqueles valores dantes enumerados (fauna, flora e recursos hídricos), vindo mesmo a esvaziar a base empírica

da promessa constitucional de resguardar ou minorar gravames impostos aos descendentes de quilombolas, cuja supremacia jamais pode ser considerada Inconsequente ou meramente declaratória", e que "...referida tutela constitucional não pode estar dissociada dos mesmos valores que presidiram a formulação do preceito do art. 231, 'caput', ou seja, prestigiando ou tentando minimizar os impactos que "organização social, costumes, línguas, crenças e tradições" sofreram com a segregação racial e o tratamento escravagista, os quais, por sua vez, devem nortear a identificação das comunidades de remanescentes quilombolas dentro de um contexto multidisciplinar, com superlativo destaque para a conformação precedida de sondagem antropológica".

16. Contudo, observo, em um exame preliminar, pela análise dos documentos acostados à peça inicial, que todas as cautelas foram adotadas, após estudos minuciosos que levaram em consideração as comunidades quilombolas e ribeirinhas existentes na área da Floresta Nacional Saracá-Taquera.

17. No documento de fls. 18 e seguintes – Informações de viabilidade técnica, econômica, sociocultural e ambiental do lote de concessão florestal –, temos, inicialmente, um estudo sobre os tipos de formações vegetais existentes na região e, entre elas, as que devem ser preservadas e aquelas passíveis de exploração (fls. 31-33).

18. Já as fls. 39-41, temos um estudo sobre as áreas de uso comunitário e de conservação. Vê-se. À fl. 40, que "Visando identificar as áreas comunitárias e garantir a não sobreposição destas com as UMFs, foram realizadas diversas reuniões com tais comunidades, algumas preliminares ao lançamento do pré-edital e outras posteriores a este, audiências e consultas públicas e verificações em campo, onde foram devidamente georreferenciadas as áreas comunitárias (moradias e áreas de uso de cada família). Assim, quando do desenho final das UMFs essas áreas comunitárias foram consideradas, guardado sempre uma distância mínima de 3 quilômetros da eventual área da UMF".

19. A partir da fl. 54, verifica-se um estudo sobre a socioeconomia e população dos municípios sob influência da Flona Saracá-Taquera, o qual abrange desde as origens da ocupação territorial na região até o quantitativo populacional atual e os aspectos sociais, econômicos dos povos da região.

20. Tem-se, às fls. 56-57 que, "Dentre as áreas pleiteadas, quatro se encontram fora da Flona (Território Trombetas, Erepecurú, Água Fria e Boa Vista). São três os pleitos que incluem área da Flona: a) Território Moura, abrangendo a comunidade do Moura, localizada integralmente dentro da Flona; b) Território Jamari, envolvendo as comunidades do Jamari, Palhal, Juquiri Grande, Juquirizinho e Último Quilombo do Erepecurú, residentes principalmente em área da Rebio mas vivendo do roçado e extrativismo também da área da FLONA;

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves, Cândido Ribeiro, Ítalo Mendes, Carlos Olavo, Daniel Paes Ribeiro, Selene Almeida, Maria do Carmo Cardoso, Neuza Alves, Reynaldo Fonseca e Néviton Guedes.

e c) Território Alto Trombetas, correspondendo às comunidades de Tapagem, Sagrado Coração de Jesus, Curuçá-Mirim, Mãe-Cué e Palhal, residentes na Fiona”, sendo que:

“De todos estes territórios, somente Água Fria e Boa Vista já foram titulados. Este último recebeu a primeira titulação concedida em favor de quilombos no Brasil, reforçando a importância histórica dessas comunidades na região.

Por tal razão, buscando garantir a integridade dos territórios pleiteados por estas comunidades, as UMFs foram delimitadas respeitando tais limites e sempre a uma distância de aproximadamente três quilômetros do limite do território proposto pelas comunidades quilombolas. Ademais, os limites da UMF I foram traçados tendo como base o divisor de águas, de forma a atender a dois objetivos: a) o de seguir a mesma lógica prevista no laudo antropológico já realizado para o Território do Alto Trombetas, cujo limite é o divisor de águas, quando da definição dos territórios das duas comunidades remanescentes de quilombos na região (comunidades do Jamari e do Moura); e b) o de propiciar condições para que não haja escoamento de sedimentos e rejeitos da exploração florestal nos igarapés que deságuam diretamente no Rio Trombetas, evitando, assim, que possíveis impactos ambientais dessa exploração venham a ocorrer nas áreas quilombolas.”

21. Das fls. 82 e seguintes, temos um levantamento minucioso sobre as comunidades residentes na Floresta Nacional de Saracá-Taquera, compostas por algumas comunidades de remanescentes quilombolas e outras comunidades ribeirinhas, localizadas ao longo do rio Trombetas, além da comunidade Jamari, ao sul da Floresta Nacional, já sob a jurisdição do Município de Terra Santa, o qual analisa os principais aspectos referentes à demografia, infra-estrutura e atividades sócio-econômicas.

22. Apesar de se tratar de exame de mérito do decisor, o que se faz tão somente para vislumbrar a existência ou não do fumus boni iuris, item 14 retro, é de se depreender que, em princípio, o procedimento licitatório da concessão da Floresta Nacional Saracá-Taquera foi precedido de estudos e de cautelas que visam a assegurar a preservação dos componentes culturais das comunidades quilombolas e ribeirinhas dentro ou sob sua área de influência procedimento.

23. Ademais, a cautela também foi no sentido de evitar a sobreposição das áreas ocupadas com essas comunidades com aquelas objeto das Unidades de Manejo Florestal.

24. Verifico, portanto, que a decisão atacada tem o condão de causar grave lesão à ordem pública, pois interfere na esfera de atuação da administração pública de fixar os limites e regras para a concessão do manejo florestal sustentável dessa floresta, concessão essa fundada no que dispõe a Lei 11.284/2006.

25. Observo, também, a possibilidade de ocorrência de grave lesão à ordem e à economia públicas, na medida em que impede a consecução de projeto que busca trazer o desenvolvimento ecologicamente sustentável e a oportunidade do oferecimento de emprego e fonte de renda em região cuja população é notoriamente carente e desenvolve apenas atividades de subsistência.

26. Vislumbro, outrossim, que a grave lesão à ordem e à segurança públicas também estão caracterizadas, pois o projeto ora vetado pela decisão sub examine trará o desenvolvimento sustentável à região, ao mesmo tempo em que possibilitará um maior controle por parte do Poder Público e se constituirá em obstáculo para a continuidade de atividades predatórias ao meio ambiente, como é a extração irregular de madeiras e de outros recursos florestais.

27. Por último, também é patente a possibilidade de ocorrência do chamado efeito multiplicador de decisões semelhantes, pois outras unidades de conservação também deverão ser objeto de licitação para fins de manejo florestal sustentável, nos termos da Lei 11.284/2006.

Pelo exposto, DEFIRO o pedido e suspendo a medida liminar deferida na Ação Civil Pública 1516-09.2009.4.01.3902/PA, em trâmite na Subseção Judiciária de Santarém – PA.

Comunique-se, com urgência, ao MM. Juízo Federal prolator do ato impugnado, encaminhando-se-lhe cópia desta decisão.

Publique-se. Intimem-se.

Decorrido o prazo legal sem manifestação, dê-se baixa e arquivem-se.

Brasília, DF, 1º de março de 2010.

Em face do tempo transcorrido desde a decisão que suspendeu a liminar, e tendo em vista os fundamentos expostos no agravo regimental, foram solicitadas informações à União sobre a situação atual do processo, do que sobreveio o Ofício 919/2011-GAB/SFB/MMA, do Serviço Florestal Brasileiro, contendo os seguintes dados técnicos que, segundo a parte agravada, demonstram a improcedência dos fundamentos do recurso:

a) segundo documentos anexos, houve amplo estudo técnico sobre a região de abrangência da Floresta Nacional Saracá-Taquera, no qual foram analisadas as características do ecossistema da área e das comunidades indígenas da região, dos benefícios que advirão da concessão da Floresta Nacional, das medidas a serem implementadas para evitar qualquer restrição e dano à vida das comunidades indígenas locais;

b) nos mesmos documentos acima mencionados, consta plano de trabalho para revisão do Plano de

Manejo da Flona Saracá-Taquera, com previsão de conclusão dos trabalhos para o próximo mês e fevereiro de 2012;

c) relativamente à delimitação das áreas de manejo florestal, a Nota Informativa 64/2011/AJUR/SFB/MMA aduziu que:

18. Como se depreende, o Serviço Florestal Brasileiro não detém a competência para o reconhecimento das comunidades quilombolas, nem a delimitação e titulação de seus territórios, tampouco é o órgão gestor das Unidades de Conservação Federais, a quem cabe a elaboração e aprovação dos respectivos planos de manejo.

19. Em razão de suas próprias competências, contudo, verifica-se que o SFB tem pautado a sua atuação em respeito e apoio às comunidades tradicionais, dispondo, inclusive, de uma Gerência específica para tratar do fomento às atividades florestais dessas comunidades, especialmente as não-madereiras. Ademais, previamente às atividades de concessão florestal, o SFB busca reconhecer os direitos de tais comunidades, a exemplo do que ocorreu no caso em questão.

20. Além disso, visando integrar as atividades dos órgãos e entidades envolvidas, — que muitas vezes atuam de modo estanque, dificultando que as respectivas políticas públicas cheguem até as comunidades que deveriam ser beneficiárias —, o SFB tem atuado de forma a buscar com que cada um exerça de fato o seu papel institucional. O caso em análise é também um exemplo dessa atuação, pois o SFB tem realizado gestão junto à FCP, Incra e ICMBio, na tentativa de melhoria e solução das questões apontadas.

21. Nesse sentido, o SFB tem atuado junto à FCP para que a entidade certifique as comunidades, o que é pré-requisito essencial para o acesso a várias políticas públicas, a exemplo do reconhecimento e eventual titulação de seus territórios. Junto ao ICMBio, para que novo plano de manejo da FLONA seja efetivamente elaborado e aprovado, de forma democrática e participativa. E junto ao INCRA, para que o Relatório Técnico de Identificação e Delimitação dos territórios quilombolas seja elaborado.

22. Resta ressaltar, que no caso em questão, a maioria das comunidades sequer encontram-se certificadas pela Fundação Cultural Palmares, o que inviabiliza, inclusive, o prosseguimento das ações do INCRA no que pertine à identificação e delimitação dos territórios. Ainda assim, o SFB, ao reconhecer os direitos de tais comunidades, promoveu diversos estudos e audiências públicas quando da definição das áreas a serem objeto de manejo florestal na FLONA, visando resguardá-las.

23. Desta feita, ao contrário do que alega o MPF, em nenhum momento pretendeu o SFB identificar e delimitar territórios quilombolas —

o que, obviamente, não é da sua competência institucional —, e sim reconhecer e resguardar o direito das comunidades. A Área delimitada não foi, com isso, identificada pelo SFB e sim indicada pelas próprias comunidades, em processo de auto-afirmação consoante com o disposto na Convenção 169 da OIT. Mais do que isso, foi o primeiro órgão da Administração a materializar num mapa as áreas pleiteadas pelas comunidades, o que é um grande avanço no caminho pelo reconhecimento de seus direitos pela sociedade e demais órgãos públicos, a exemplo do Ministério de Minas e Energia que mantém autorizações e concessões de lavra na área indicada.

24. Além de respeitar a área pleiteada pelas comunidades, o SFB ainda manteve uma margem de segurança entre os limitrofes apontados e as Unidades de Manejo licitadas, conforme se verifica dos mapas apresentados pela Gerência de Concessões Florestais em suas manifestações. De se destacar, também, que a licitação para a concessão da Unidade de Manejo 02 e 03, que se distanciam em cerca de trinta quilômetros da área indicada pelas comunidades. Tal fato amplia, ainda mais, a margem de segurança que o SFB estabeleceu ao delimitar às áreas da Unidades de Manejo, pois a de 01 era a mais próxima, como se verifica dos mapas já acostados.

25. Quanto ao respeito às disposições da Convenção 169 da OIT, o SFB tem prezado sempre pela sua efetividade, não só quanto às consultas prévias e informadas às comunidades, como se depreende das inúmeras audiências públicas realizadas, mas também pelo auto-reconhecimento e afirmação de suas identidades e direitos.

Sobre o fundamento da suposta sobreposição de áreas, é afirmado, no mesmo:

9. Além disso, da norma acima transcrita, constata-se que a própria Lei do SNUC admite a permanência de comunidades tradicionais no seu interior, reconhecendo as práticas de tais comunidades são consoantes à finalidade das FLONAS, ou seja, ao uso múltiplo e sustentável dos seus recursos naturais. Com isso, a convivência das concessões florestais com comunidades tradicionais numa mesma FLONA é previsão da própria Lei do SNUC, não existindo qualquer irregularidade nesse sentido.

10. Ademais, em sendo prevista a convivência das comunidades na FLONA, passa a ser possível a dupla afetação da área, como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal – STF, o conhecido caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, que se sobrepunha a um parque nacional [...]

As informações trazidas pela União, embasadas em documentação — notas técnicas; plano de trabalho e revisão do plano de manejo; diagnóstico organizacional participativo em comunidades do projeto de assentamento estadual agroextrativista

Sapucaá e Trombetas, na área de entorno da Flona Saracá-Taquera; quadros demonstrativos das atividades realizadas pelo Serviço Florestal Brasileiro junto às comunidades Quilombanas, no período de 2008 a agosto 2011; relatórios técnicos com registros fotográficos; termos de referência; planos de ações etc. —; etc), refutam as alegações do agravo, que se utiliza apenas da visão doutrinária do princípio da precaução/prevenção para evitar supostos prejuízos ao meio ambiente.

Segundo a agravada, já houve adjudicação e homologação para as duas concessionárias que atuarão nas UMF II E UMF III, cujos planos de manejo florestal estão em fase final de aprovação pelo Ibama. Eventual reforma da decisão acarretaria, de um lado, prejuízos ainda maiores para as comunidades locais, que perderiam benefícios concretos com a concessão das unidades de manejo, como oferta de empregos formais e recebimento de investimentos diretos, para a preservação do meio ambiente, abrindo-se a

possibilidade de instalação de atividades privadas predatórias dos recursos naturais; e de outro, para a Administração Pública, que deixaria de cumprir contratos já assumidos e desperdiçaria todo o trabalho humano e recursos materiais utilizados em estudos, consultas, pesquisas e procedimentos necessários à criação da unidade de conservação e concessão para exploração racional dos seus recursos naturais.

Ressalte-se que o processo licitatório ocorrido em 06/07/2011 excluiu a UMF I, por ausência de interessados, única unidade que fazia limite com a área autodelimitada pelas comunidades quilombolas, ampliando ainda mais a distância entre as UMFs e as áreas autodelimitadas e eliminando o risco de sobreposição.

Assim posta a questão — os fundamentos do recurso não infirmam os da decisão agravada —, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

Primeira Seção

Numeração única: 0023274-86.2004.4.01.0000

Mandado de Segurança 2004.01.00.035997-0/PI

Relatora:	Desembargadora Federal Neuza Alves
Impetrante:	Fundação Nacional de Saúde – Funasa
Procurador:	Dr. Adriano Antônio de Souza
Impetrado:	Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de São Raimundo Nonato/PI
Interessada:	Rosa Paula da Silveira
Publicação:	e-DJF1 de 08/02/2012, p. 3

Ementa

Processual Civil. Mandado de segurança. Ato de juízo estadual. Usurpação da competência federal. Tribunal Regional Federal. Competência para processamento e julgamento do mandamus. Ação de alimentos. Pensão alimentícia. Conversão em pensão por morte. Alvará judicial. Via processual inadequada. Ausência do contraditório e da ampla defesa. Segurança concedida.

I. Tratando-se de ato judicial proferido por juízo estadual, mesmo não investido de competência delegada, mormente no presente caso, em que houve usurpação da competência federal, é competente este TRF 1ª Região para o processamento e julgamento do mandado de segurança.

II. A ação de alimentos na qual a beneficiária obteve pensão alimentícia, é insusceptível de obrigar a Funasa a efetuar pagamentos de alvarás oriundos de decisão de juízo estadual que converteu o benefício anterior em pensão por morte, mormente sem o devido processo legal.

III. Segurança concedida para anular os procedimentos que redundaram na conversão da pensão alimentícia em pensão por morte, levados a efeito na ação de alimentos.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conceder a segurança.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 22/11/2011.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Trata-se de mandado de segurança impetrado originariamente no Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, pela Fundação Nacional de Saúde – Funasa, contra despacho (fl. 8) proferido pelo Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de São Raimundo Nonato/PI, proferido nos autos da Ação de Alimentos 673/1980, determinando o imediato restabelecimento dos valores correspondentes a 15% (quinze por cento) dos proventos de aposentadoria do servidor Raimundo Paulo da Silveira.

Sustenta o impetrante, inicialmente, sua condição de terceiro prejudicado, haja vista que não compôs a lide na Ação de Alimentos 673/1980, esta que se deu entre o alimentante e Rosa Paula da Silveira, ex-companheira do então servidor.

Alega a impetrante que suspendeu o pagamento da pensão alimentícia “... tão logo tomou conhecimento do falecimento do alimentante, o que inclusive foi comunicado ao Impetrado, embora não conste do Processo 673/1980 – Ação de Alimentos” (cf. fl. 4), porque, por se revestir de caráter personalíssimo, a obrigação extingue-se com a morte do devedor.

Aduz que o ente público não pode ser alçado à condição de devedor da obrigação alimentícia após a morte do instituidor, já que tal condição é inerente a seus substitutos legítimos, quais sejam, o espólio ou os sucessores, e não a entidade empregadora, sendo certo que “[...] a sucessão do alimentante pela Funasa na obrigação alimentar é hipótese material e processualmente inexistente e inviável” (cf. fl. 6).

Pleiteia a anulação da decisão objurgada.

Impetrado o *writ* no Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, manifestou-se aquela eg. Corte, em 26/04/2001, no sentido de conceder a liminar para suspender os efeitos da decisão de primeira instância que determinou o restabelecimento de descontos (fls. 23-24).

O magistrado *mandou* cumprir a ordem superior, mas na mesma decisão disse que a liminar estava prejudicada porque ele já havia proferido outra decisão nos autos. Tal decisão está a fls. 47-50, datada de 29/05/2001, na qual o magistrado da Justiça

Estadual *converteu a pensão alimentícia em pensão vitalícia* e tornou definitiva a liminar, determinando o autarquia a manutenção do pagamento do percentual dos 15% (quinze por cento) tal como acordado na ação de alimentos, retroativo à data do cancelamento que considerou indevido.

A fls. 72-76 o eg. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí declinou da competência para este TRF 1ª Região, ao entendimento de que trata a espécie de ato emanado de Juiz de Direito investido de jurisdição federal (fl. 72).

Nesta Corte, o Ministério Público Federal manifestou-se no sentido de ser suscitado conflito negativo de competência perante o eg. Superior Tribunal de Justiça, por não vislumbrar exercício de jurisdição federal pelo magistrado quando este

[...] *impõe à impetrante a obrigação de manter, a título de pensão por morte, os pagamentos que vinha realizando em favor de terceiro, por meio de descontos na remuneração do servidor que fora condenado à prestação de alimentos* (cf. fl. 88).

Seguiu-se manifestação do MM. Juiz Federal da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Piauí, que a esta altura já estava processando a execução da determinação do juiz estadual (que disse cumprir a ordem do TJPI mas lavrou outra decisão, apreiciando o mérito, convertendo a pensão de alimentos em pensão por morte), reconhecendo haver prejudicialidade no prosseguimento da execução e a suspendeu até o julgamento do presente mandado de segurança.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Trata-se, como visto, de mandado de segurança no qual se pretende a anulação da decisão proferida em ação de alimentos, na qual foi requerido o restabelecimento do benefício de pensão alimentícia, à razão de 15% (quinze por cento), mesmo após a ocorrência do evento

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Francisco de Assis Betti, Ângela Catão, Mônica Sifuentes, Kássio Marques e Néviton Guedes.

morte do servidor, tendo o MM. juiz, sem que a Funasa participasse da lide, convertido a pensão de alimentos em pensão por morte.

Entenda-se o imbróglgio.

Na Ação de Alimentos 673/1980 havia sido concedida pensão alimentícia à *Rosa Paula da Silveira*, ex-companheira do servidor Raimundo Paulo da Silva (fl. 18). Em razão do óbito do segurado, ocorrido em 06/01/2000, a Funasa cancelou o desconto (fl. 17).

A motivação de tal cancelamento foi comunicado ao MM. juiz que havia ordenado a retenção mensal do percentual requerido, em benefício da pensionista, ocasião em que se requereu o reconhecimento da incompetência do juízo estadual para apreciação do feito e a remessa dos autos à Justiça Federal, em 20/12/2000 (fls. 13-19).

Quando do cancelamento do benefício da pensão percebida a título de alimentos, a ex-companheira peticionara junto à Funasa para obter a pensão vitalícia (processo 25235.000049/00-86), cujo pedido foi indeferido sob os seguintes fundamentos:

7. Para habilitar-se na alínea “a” faz-se necessário a apresentação da certidão de casamento civil; para a alínea “b”, também seria necessário que ocorresse em primeiro lugar o casamento civil, e posteriormente, o desquite, a separação judicial ou o divórcio; para a alínea “c”, seria necessário designação expressa nos assentamentos funcionais do servidor, e comprovação de “união estável”, conforme esclarece o Parecer SAF 264/91, anexo; as demais alíneas não se aplicam ao caso. A qualidade de “ex-companheira” com percepção de pensão alimentícia não está contemplada na Lei 8.112/90. (cf. fl. 18).

8. Não apresentando os documentos necessários à comprovação da condição alegada foi expedida a Carta 20/SACAD/SEREH/CORE-PI/FUNASA-182, para comunicar à requerente do indeferimento do pedido.

9. Através da Portaria CORE-PI/FUNASA-182, de 14 de agosto de 2000, publicada no DOU-159, DE 17/08/00, foi concedida pensão vitalícia, na qualidade de companheira, à Regina Pereira Marques [...] (cf. fl. 18).

Em virtude do indeferimento do pleito na via administrativa, ao invés de manejar a ação própria contra a Funasa, a autora requereu, *por simples petição nos autos findos da ação de alimentos* (fl. 10),

[...] o cumprimento da sentença de fls. 38, datada de 15 de fevereiro de 1993, (*Pensão Alimentícia*), na base de 15% ‘quinze por cento’ do vencimento do requerido, haja vista que desde janeiro do ano em curso não recebe a devida pensão (cf. fl. 10).

Por despacho a fl. 8 (fl. 51 dos autos originais), em 13/02/2001, o magistrado determinou o imediato restabelecimento do pagamento.

Foi contra esse comando judicial que a Funasa impetrou o presente mandado de segurança no Tribunal de Justiça do Piauí, que concedeu a liminar para suspender os efeitos da decisão do magistrado *a quo*, em 26/04/2001 (fls. 23-24).

Apesar do equívoco em que incorreu o magistrado estadual ao proferir a decisão de fls. 47-50, em 29/05/2001, de vez que já havia manifestação da instância superior em sentido contrário desde 26/04/2001, o prolator da decisão restabeleceu a ordem pelo despacho de fl. 55, proferido em 1º/06/2001.

Entendendo que o juiz prolator da decisão, ao converter a pensão alimentícia em pensão vitalícia, *agiu no exercício de jurisdição federal*, o Tribunal de Justiça do Piauí declinou da competência para apreciação do mandado de segurança, e determinou a remessa dos autos a este Regional Federal (fls. 72-76).

Nesta Corte, o Ministério Público Federal exarou parecer conforme segue, nos pontos mais relevantes:

Não se pode dizer que age no exercício de jurisdição federal o magistrado estadual que impõe à impetrante a obrigação de manter, a título de pensão por morte, os pagamentos que vinha realizando em favor de terceiro, por meio de descontos na remuneração do servidor que fora condenado à prestação de alimentos

[...]

Assim, entende o Ministério Público Federal que a competência para o julgamento da causa é do Tribunal de Justiça do Piauí, a quem cabe, se for o caso, declarar a incompetência da Justiça Estadual para apreciar o pedido de pensão por morte ou a ilegalidade da determinação dirigida à impetrante de efetuar o pagamento do benefício, de índole estatutária, sem o devido processo legal.

Nessas condições, o parecer é no sentido de que seja suscitado conflito negativo de competência perante o Eg. Superior Tribunal de Justiça.

Prolatada a decisão que se convolou em título judicial (fls. 47-50), a ação de execução de obrigação de fazer foi remetida à Justiça Federal, recebendo o n. 2004.40.00.000075-2. Daí, foram gerados a Execução contra a Fazenda Pública 2004.40.00.004523-4 e os Embargos à Execução 2004.40.00.003517-5, conforme andamento processual anexo.

A fls. 100-101, o MM. Juízo da 1ª Vara da Seção Judiciária do Piauí comunica o despacho exarado nos autos dos Embargos à Execução 2004.40.00.003517-5/PI em que reconhece a prejudicialidade entre aquela

ação e este *writ*, *determinando a suspensão do feito executivo*, dizendo que o fazia em virtude da liminar deferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

Solicitada informação ao Juízo Federal quanto à situação dos embargos à execução (fl. 107), foi relatado que se encontram suspensos até o julgamento do presente *mandamus* (fl. 123).

Passo à análise do feito.

De início, afasto a preliminar de incompetência da Justiça estadual por reconhecer que, inexistente vara federal na Comarca de São Raimundo Nonato/PI, o juízo de direito encontra-se investido de jurisdição federal, sendo que, embora inadequada a forma processual utilizada pela parte autora para pleitear seu suposto direito, era ele o juízo competente para apreciar a causa previdenciária.

Cabível o manejo do presente mandado de segurança por se voltar contra ato teratológico do qual não cabe recurso.

Com efeito, descabida a solução dada pelo magistrado estadual nos autos já findos da ação de alimentos, não podendo a beneficiária da pensão alimentícia dela se valer para buscar o restabelecimento do benefício que deixou de existir no momento do óbito do instituidor, por serem institutos diferentes a pensão alimentícia e a pensão por morte. Apenas a segunda tem cunho previdenciário.

Nesse sentido:

Administrativo. Pensão por morte. Viúva e ex-esposa, divorciada, com percepção de pensão alimentícia. Divisão da pensão vitalícia em partes iguais. Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, artigos 217, inciso I alíneas “a” e “b”, e 218, §1º.

1. Com o falecimento do alimentante, funcionário público federal, cessou a relação jurídica de que decorria o direito da ex-esposa à percepção de pensão alimentícia e nasceu, para ela, nova relação jurídica, de índole previdenciária, em face da qualidade de dependente outorgada pelo artigo 217, inciso I, alínea “b”, da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, sujeita, por isso mesmo, à disciplina das normas da legislação específica.

2. Expresso o parágrafo 1º do artigo 218 do citado diploma legal no sentido de que, ocorrendo habilitação de vários titulares à pensão vitalícia, o respectivo valor será distribuído em partes iguais entre os beneficiários habilitados, faz jus a viúva a pensionamento no mesmo percentual a que tem direito a ex-esposa, divorciada, com percepção de pensão alimentícia.

3. Recursos de apelação e remessa oficial a que se dá provimento.

(AC 2000.34.00.044041-4/DF; rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves, Segunda Turma, DJ de 18/10/2004, p. 66.)

Conforme noticiam os autos, a Funasa indeferiu o pedido de pensão vitalícia feito pela alimentada, em razão de já ter sido habilitada ao benefício outra companheira do instituidor. Deveria tal negativa ter sido questionada na via judicial própria, o que, de fato, não ocorreu, transformando-se o caso na presente perplexidade processual.

Passo ao exame do mérito.

Considero que é de todo equivocada a ordem judicial endereçada à autarquia para que *restabeleça* um benefício que ainda era inexistente, qual seja, a pensão por morte, de vez que a obrigação de alimentos cessou com a morte do alimentante. Ressalte-se que tal determinação foi feita sem que ao menos se estabelecesse o indispensável contraditório.

Nessa diretriz, confira-se o excerto oriundo desta Seção, proferido em caso símile:

Mandado de segurança. Alvará judicial. Ausência de citação do INSS.

1. Por força do quanto disposto no artigo 1.105 do Código de Processo Civil, serão citados, sob pena de nulidade, nos procedimentos de jurisdição voluntária, todos os interessados e o Ministério Público.

2. *Illegitimidade de se compelir o órgão previdenciário ao cumprimento de sentença proferida em processo do qual não participou, ainda quando o seja de jurisdição graciosa, até porque não se lhe foi permitido deduzir, naquele feito, a impugnação que deduziu, nesta ação mandamental, a propósito da inadequação da via eleita, ao fundamento de que os valores reclamados não se encontram creditados em nome da falecida segurada, substanciando o pedido verdadeira ação de cobrança, bem como ao de que prescrita a pretensão veiculada.*

3. Segurança concedida.

(MS2000.01.00.106580-2/MG; rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves, DJ 03/05/2005, p. 2.)

Dessa forma, não prospera a pretensão de revigorar os descontos efetuados a título de alimentos com a sua conversão automática em pensão por morte, de vez que, em assim procedendo, ignorou-se a exigência do devido processo legal, no qual seria citada a autarquia, com direito a ampla defesa, quiçá com o chamamento ao processo da outra pensionista interessada.

De fato, ao apresentar petição nos autos da ação de alimentos para restabelecer os descontos devidos por força da referida ação, olvidou-se que a

relação desenvolvida ali dizia respeito a alimentante e alimentada. Ao ocorrer o evento morte, *cessou a obrigação do servidor em relação àquela prestação*, não sendo cabível substituir o prestador da obrigação pela Funasa.

In casu, pretendendo-se a inclusão entre os beneficiários da pensão por morte, tal deveria ser buscado em ação autônoma, na qual fosse instaurada o contraditório e garantido o amplo direito de defesa da autarquia, o que não ocorreu.

Sendo assim, não se há de cogitar em *aproveitar* o quanto decidido na ação que transcorreu na justiça estadual para converter a prestação inicial (alimentos) em pensão por morte, à revelia da entidade que deverá assumir o ônus da prestação, sob título totalmente diverso daquele que apenas repassava como empregadora.

Releva notar que, se investido na jurisdição federal o juiz estadual, e se tivesse sido proferida sentença de mérito em processo regular, nem ao menos deveriam ter sido remetidos os autos para ser processada a execução na Justiça Federal, porque tem competência delegada para tanto o juízo estadual que teria decidido o mérito *na ação de conhecimento, esta que, de fato, não existiu*.

Não posso deixar de registrar, entretanto, que a atitude da Funasa, ao indeferir sumariamente o requerimento da pensão vitalícia requerido por Rosa Paula da Silveira, ignorando solenemente o fato de que judicialmente lhe fora reconhecida a condição de companheira, tanto que recebia pensão de alimentos intermediada pela própria Funasa, foi efetivamente lamentável!

Não fez exigências para pagar à companheira Regina Pereira Marques, que se habilitou à metade da pensão, e ratear a outra metade com dois filhos: Ana Paula Mesquita Silva, filha de Terezinha Mesquita Araújo, e Rafael Marques da Silva, filho de Regina Pereira Marques (fl. 17). Deixou, no entanto, ao desabrigo, a ex-companheira, mãe de 5 (cinco) filhos do extinto servidor (fl. 46), sendo, muito provavelmente, pessoa já de idade avançada!!!

Bastaria, *in casu*, pedir cópias do processo da ação de alimentos em razão da qual descontou durante muito tempo dos proventos do servidor aposentado o valor determinado pelo juízo estadual, e instruir o requerimento que culminaria com a divisão da pensão entre os dependentes do *de cujus* – vale dizer, a companheira que se habilitou, a ex-companheira que já recebia pensão alimentícia e os filhos menores.

Espero que agora a Funasa o faça até administrativamente, independentemente de nova ação judicial, pois é indiscutível que a requerente da pensão vitalícia é detentora do direito vindicado.

Em face do exposto, *concedo* a segurança requerida para anular *ab initio* os procedimentos que redundaram na conversão da pensão alimentícia em pensão por morte, ficando desobrigada a Funasa ao pagamento dos alvarás judiciais objeto deste *writ*, de vez que gerados por título inexecuível, ficando facultado à ex-companheira Rosa Paula da Silveira o manejo das vias ordinárias ou mesmo da via administrativa, ambas adequadas para o fim pretendido.

Honorários incabíveis.

É o meu voto.

Segunda Seção

Conflito de Competência 0064521-03.2011.4.01.0000/PA

Relator:	Desembargador Federal Carlos Olavo
Autor:	Mário Roriz Soares de Carvalho
Réu:	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra
Procuradora:	Dra. Adriana Maia Venturini
Suscitante:	Juízo Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Marabá/PA
Suscitado:	Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Marabá/PA
Publicação:	e-DJF1 de 24/02/2012, p. 27

Ementa

Conflito negativo de competência. Vara agrária x vara de competência geral. Natureza agrária. Desapropriação indireta. Inexistência. Provimento Coger 59/2011.

I. A competência da vara federal especializada em ações de natureza agrária refere-se aos processos expropriatórios por interesse social para fins de reforma agrária, bem como aos feitos conexos. Provimento Coger 59/2011.

II. Tendo a ação por objeto desapropriação indireta, não há falar na natureza agrária da causa e, em consequência, a competência da vara federal especializada.

III. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 1ª Vara Federal de Marabá, suscitado.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conhecer do conflito para declarar a competência do Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Marabá, suscitado.

2ª Seção do TRF 1ª Região, 08/02/2012.

Desembargador Federal *Carlos Olavo*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Marabá, no Estado do Pará, nos autos da ação de desapropriação indireta ajuizada por Mário Roriz Soares e outros em face do Incra.

A ação foi ajuizada originalmente perante o Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Marabá/PA, que, no entanto, com base na Portaria/Presi/Cenag 229 de 17 de maio de 2011, remeteu o feito Juízo Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Marabá/PA.

O juízo federal suscitante, todavia, entendeu que a competência especializada da 2ª Vara em matéria agrária limita-se aos processos de desapropriação social para fins de reforma agrária, qualidade que não tem presente ação de desapropriação indireta.

Parecer do Ministério Público Federal pela competência do juízo federal suscitado, ou seja, o Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Marabá/PA.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — A questão gira em torno da competência para processar e julgar feito que versa sobre ação de desapropriação indireta.

Tenho que razão assiste ao suscitante. Vejamos.

O Provimento Coger 59, de 18 de maio de 2011, assim dispõe, no que interessa:

Art. 1º

[...]

§1º Serão distribuídos com exclusividade para a 2ª Vara Federal/MBA todos os processos de natureza ambiental ou agrária que possuam:

a) os assuntos constantes do anexo I deste provimento;

b) e/ou as classes processuais: 5118 Desapropriação imóvel rural por interesse social, 13.108 e 63.101 - Crimes Ambientais

[...]

Anexo I do Provimento/Coger 59 de 18 de maio de 2011.

Código Assunto - Agrário

168 TDA – Título de Dívida Agrária

1060400 – desapropriação por interesse social para reforma agrária - Intervenção do Estado na propriedade – Administrativo

5203900 – Crimes Agrários (art. 19 e 20 da lei 4.947/69) - Crimes previstos na legislação extravagante penal.

1090300 Títulos da Dívida Agrária - Dívida Pública Mobiliária

3111900 03.11.19 -- Títulos da Dívida Agrária - Crédito Tributário - Tributário

3110606 Toda / Títulos da Dívida Agrária - Extinção do Crédito Tributário - Crédito Tributário - Tributário

Assim, cumpre registrar que às varas especializadas agrárias compete o processamento e o julgamento das ações expropriatórias por interesse social para fins de reforma agrária, bem como os seus processos conexos. Desse modo, não se pode interpretar a norma de maneira extensiva, objetivando alcançar todas as ações de caráter desapropriatório. Há de se buscar, entretanto, a finalidade de cunho social do dispositivo, no sentido de agilizar os feitos de desapropriação para fins de reforma agrária.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Tourinho Neto, Hilton Queiroz e I'talo Mendes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida (convocado).

Como se pode observar, a demanda não se reveste de natureza agrária propriamente dita, ou seja, não está relacionada às políticas públicas de produção rural ou programa de distribuição de posse de terras ou bens agrícolas, uma vez que a área foi desapropriada por causa de demarcação de área indígena, passando a fazer parte dessa área.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

Conflito negativo de competência. Desapropriação indireta. Demarcação de área indígena. Vara especializada. Natureza agrária. Inexistência. Parágrafo único do art. 1º da resolução 006/2001.

I - A competência da Vara Federal especializada em ações de natureza agrária refere-se aos processos expropriatórios por interesse social para fins de reforma agrária, bem como aos feitos conexos.

II - Tendo a expropriatória por objeto a demarcação de área indígena, há de se afastar a natureza agrária da causa e, em consequência, a competência da Vara Federal especializada.

III - Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da Subseção Judiciária de Montes Claros/MG.

(CC 2008.01.00.068428-0/MG, rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, Segunda Seção, e-DJF1, p.159, de 27/04/2009.)

Agravo de instrumento. Desapropriação. Competência. Vara especializada. Natureza agrária. Inexistência.

I - Tendo a expropriatória por objeto a implementação de parques ecológicos, é deseafastar a natureza agrária da causa e, em consequência, a competência da Vara Federal especializada.
II - Agravo de instrumento desprovido.

(AG 2005.01.00.033096-2/BA, do qual fui o relator, DJ de 2/6/2006, p. 67.)

Processual penal. Conflito negativo de competência. Medida cautelar de produção antecipada de provas. Desapropriação para fins de utilidade pública. Vara especializada. Matéria agrária. Inocorrência.

1. A competência de vara federal especializada em ações de natureza agrária refere-se aos processos expropriatórios para fins de reforma agrária, bem como aos feitos conexos.

2. Uma vez que nos autos do processo em questão discute-se matéria pertinente à desapropriação por utilidade pública (fl. 24), verifica-se que se encontra afastada a competência exclusiva da Vara Federal especializada em matéria agrária.

3. Conflito de competência conhecido para declarar competente o MM. Juízo Federal suscitado.

(CC 2007.01.00.013609-9/BA, rel. Des. Federal l'talo Mendes, 2ª Seção, DJ de 24/8/2007, p. 9.)

Processo civil. Conflito de competência. Desapropriação. Sanção. Cultivo de plantas psicotrópicas. Maconha. Lei 8.257/1991, art. 1º.

Não é competente a Vara Especializada em matéria agrária, que abrange todo o território do estado, para processar e julgar as ações ajuizadas com o objetivo de expropriar terras que foram localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas.

(CC 2007.01.00.019147-9/BA, rel. Des. Tourinho Neto, 2ª Seção, DJ de 13/7/2007, p. 7.)

Ante o exposto, conheço do conflito para declarar a competência do Juízo Federal suscitado, ou seja, o Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Marabá/PA.

É como voto.

Terceira Seção

Numeração única: 0045443-77.1998.4.01.0000

Embargos Infringentes 1998.01.00.053400-2/RO

Relatora:	Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)
Embargante:	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama
Procuradora:	Dra. Adriana Maia Venturini
Embargante:	União Federal
Procuradora:	Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Embargante:	Fundação Nacional do Índio – Funai
Procuradores:	Dra. Adriana Maia Venturini Dr. Luiz Fernando Villares e Silva
Embargado:	Ministério Público Federal
Procurador:	Dr. Odim Brandão Ferreira
Publicação:	e-DJF1 de 08/02/2012, p. 5

Ementa

Constitucional. Embargos infringentes. Turbação de terra indígena por madeireiros, grileiros e garimpeiros. Ação civil pública para retirada dos invasores das áreas indígenas Zoró e Surui. Necessidade de assistência médico-sanitária em razão da presença de situação de saúde calamitosa: atrofia nutricional, tuberculose, nanismo.

I. É cabível a oposição de embargos infringentes nos casos em que, no julgamento da apelação, é afastada a extinção do processo, sem resolução do mérito e, por ser a matéria eminentemente de direito e encontrando-se a causa devidamente instruída, é julgado o mérito da controvérsia, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC.

II. Em princípio, não compete ao Poder Judiciário imiscuir-se no mérito administrativo, mas tão somente realizar o exame do ato administrativo quanto aos aspectos da legalidade e da moralidade, cabendo à Administração Pública decidir sobre os critérios de conveniência e oportunidade.

III. Contudo, em certos casos, faz-se necessária uma atuação pronta e urgente do Poder Judiciário, quando a demora na atuação da Administração Pública puder resultar em dano irreparável ou de difícil reparação, especialmente em risco para a saúde e a integridade física da coletividade.

IV. Se é certo que as ações governamentais dependem de prévio planejamento e de previsão orçamentária, tal argumento não servir como justificativa para que a administração se afaste de suas atribuições constitucionalmente previstas de assegurar a saúde e a segurança, principalmente para aquela parcela da população mais carente e desassistida, como é o caso das comunidades indígenas.

V. Diante de uma situação de grave violação a direitos fundamentais consignados pela Constituição Federal, tais como o direito à vida (art. 5º, *caput*), à saúde (art. 196 e 200, II), à identidade cultural dos índios (art. 231) e à posse e usufruto de suas terras (231, § 1º), temos que a inércia estatal na proteção dos indígenas, tornando efetivas as imposições constitucionais, merece sim a intervenção do Poder Judiciário. Precedentes.

VI. Embargos Infringentes aos quais se nega provimento.

Acórdão

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

3ª Seção do TRF 1ª Região – 31/01/2012.

Juíza Federal *Hind Ghassan Kayath*, relatora convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Hind Ghassan Kayath: — Trata-se de embargos infringentes interpostos pelo Ibama, pela União, pela Funai e pela Funasa contra acórdão proferido pela eg. 5ª Turma deste Tribunal que, à unanimidade, reconheceu a legitimidade passiva da União e, por maioria, deu parcial provimento ao apelo do Ministério Público Federal, nos termos do voto da Des. Federal Selene Maria de Almeida, vencido o relator, Juiz Federal Marcelo Albernaz, convocado para o gabinete do Des. Federal João Batista Moreira (fls. 629-644).

II. O recurso de apelação foi interposto de sentença que julgou extinto o feito, sem resolução do mérito (art. 267, VI, do CPC), em relação à União e, no mérito, julgou improcedentes os pedidos formulados em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal objetivando a adoção de medidas protetivas em favor das comunidades indígenas Zoró e Suruí, no Estado de Rondônia.

III. O voto do relator, Juiz Federal Marcelo Albernaz, está assim fundamentado:

[...]

Como se vê, tudo indica que a deficiência da atuação das rés no que tange à vigilância das áreas indígenas em questão e à assistência médico-sanitária aos seus habitantes decorre basicamente de limitações orçamentárias, não se afigurando desarrazoada nas circunstâncias do caso concreto.

Além disso, o acolhimento da pretensão deduzida na petição inicial quanto a tais atividades (aumento da vigilância e melhoria da assistência médico-sanitária em determinadas áreas indígenas) certamente implicará desvio de recursos destinados a outras atividades estatais, tornando estas deficientes ou aumentando sua deficiência. Quem sabe até em detrimento de outras comunidades indígenas.

A solução para o problema parece ser mais de natureza política do que jurídica. Envolve ampla discussão sobre a destinação dos recursos públicos, sopesando a relevância de cada área de atuação do Estado e as necessidades de cada comunidade -

indígena ou não -, sem perder de vista as restrições orçamentárias.

Improcedem, assim, tais pretensões.

De igual modo, não há como acolher o pedido de condenação da União a retirar todos os invasores da área indígena no prazo de 60 dias.

Afinal, a retirada forçada de muitas dessas pessoas pode, ao menos em tese, depender de ação judicial com oportunidade para o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Ademais, o próprio Ministério Público Federal ostenta legitimidade para promover ação contra possíveis invasores visando à desocupação indevida de terras indígenas, medida mais adequada para a solução do problema quando se depara com eventual omissão prolongada da FUNAI e da União.

Por derradeiro, os elementos dos autos também não permitem determinar, de forma genérica, o fechamento de “todas as estradas, picadas, carreadores e pontes construídas dentro das áreas indígenas Zoró e Suruí”.

Com efeito, não se sabe a situação específica de cada uma dessas vias de acesso às áreas indígenas, o que impossibilita o reconhecimento de seu caráter lesivo para as respectivas comunidades e a aferição da ausência de eventual interesse público legítimo na sua manutenção.

Note-se que é possível que algumas dessas estradas, picadas, carreadores e pontes tenham sido construídos pelos próprios índios visando a facilitar suas atividades na área.

Não bastasse isso, a destruição de todas as vias de acessos às áreas indígenas Zoró e Suruí poderia comprometer a prestação de serviços relevantes aos seus habitantes, inclusive na área de saúde.

Enfim, ao menos como formulados, não procedem os pedidos deduzidos na petição inicial.

[...]

IV. Já o voto vencedor, da lavra da Des. Federal Selene Maria de Almeida, foi proferido nesses termos:

[...]

Foi instaurado inquérito civil para a apuração da situação das comunidades indígenas Zoró e Suruí e se comprovou a situação crítica dessas comunidades por meio de estudos da Fundação Oswaldo Cruz (fls 33/185).

Os documentos dos autos de fls 121/123 da FUNAI mostram que as áreas indígenas Zoró e Suruí foram invadidas por madeireiros e garimpeiros.

Áreas de preservação permanente estão sendo devastadas em Cacoal e Espigão D'Oeste.

A situação é caótica, mais da metade das comunidades apresentam soropositividade (67,8% e 77,4%).

Além disso, as crianças das comunidades apresentam desnutrição alarmante; sendo detectadas atrofia nutricional e tuberculose.

[...]

É patente a omissão da Fundação Nacional de Saúde em assistir às duas comunidades indígenas. Não é possível apenas se alegar que não há recursos para se evitar a mortandade dessas duas tribos. A morte de crianças indígenas brasileiros causadas pela fome é notória comum na programação internacional da BBC e de outras redes de TV.

A repetição com que o fenômeno ocorre não deve ser visto com naturalidade pelos juizes. A morte de crianças indígenas por falta de medicamentos e de alimentos é um escândalo e uma vergonha nacionais.

A afirmação de que a FUNAI está cuidando da saúde dessas comunidades não é verdadeira, do contrário, os indígenas não estariam na situação acima descrita.

A União deve dar recursos à FUNAI para fornecer os medicamentos para combater as doenças a que são acometidos os membros dessas comunidades.

Pelo que dos autos consta, além das doenças, as comunidades objeto dessa demanda sofrem amiúde com outras pestes mais danosas, como o narcotráfico, prostituição e alcoolismo.

As áreas estão sendo depredadas pelas ações de madeireiros e garimpeiros na região de Espigão D'Oeste e Cacoal.

O caso dos autos não retrata não apenas a omissão e negligência dos órgãos responsáveis pela fiscalização da área de preservação permanente. Os fatos todos em conjunto retratam um pesadelo sombrio em razão de cada qual não fazer a sua parte.

A apelação do parquet deve ser provida para que o IBAMA feche as picadas, destrua pontes construídas dentro das áreas indígenas Zoró e Suruí devendo retirar todos os invasores da área, no prazo de 60 (sessenta) dias. Os ocupantes ilegais são madeireiros, grileiros, garimpeiros e outros que agem na surdina e de forma ilícita contribuem para o caos.

O exercício do poder de polícia do Estado não requer o ajuizamento de anterior ação judicial contra os delinqüentes. A auto-tutela e a auto-executoriedade dos atos administrativos são aplicáveis à espécie.

Se algum esbulhador considerar que possui melhor direito que as comunidades indígenas é que deve vir à juízo defender 'o seu direito'.

[...]

V. Em seus embargos infringentes (fls. 675-688), o Ibama sustenta que o entendimento esposado no voto vencido é o mais acertado para o caso, pois a questão

envolve uma ampla discussão sobre a destinação dos recursos públicos, sopesando a relevância de cada área de atuação do Estado e as necessidades de cada comunidade, de acordo com as disponibilidades orçamentárias; que a destinação das receitas públicas depende de prévia dotação orçamentária; e que a decisão embargada viola o princípio da autonomia dos poderes.

VI. Já a União, em seu recurso (fls. 695-700), argumenta que a deficiência da atuação dos entes estatais responsáveis decorre da limitação orçamentária e que a determinação do acórdão representa indevida interferência do Poder Judiciário na atuação do Poder Executivo, criando obrigações não previstas no planejamento feito pelo Estado e obrigando a realocação de recursos já destinados para outras áreas.

VII. A Fundação Nacional do Índio, por seu turno, aduz que (fls. 701-706) compete à Administração Pública, com base nos critérios de conveniência e oportunidade, definir as medidas necessárias à preservação da saúde e à proteção dos direitos indígenas, bem assim que não houve omissão administrativa, mas sim escassez orçamentária.

VIII. Por fim, a Fundação Nacional de Saúde – Funasa, em seu recurso (fls. 712-722), além de reafirmar a argumentação posta nos recursos anteriores, assevera que o Poder Judiciário só pode impor à Administração o cumprimento de obrigação não prevista em lei nos casos em que se mostrar desarrazoada a inércia administrativa e que, no caso, a atuação dos órgãos responsáveis só não é mais efetiva em razão das restrições materiais e humanas.

IX. Contrarrazões às fls. 724-747, oportunidade em que o Ministério Público Federal aduz, em preliminar, que o recurso da União não pode ser conhecido, já que, quanto a ela, a sentença extinguiu o processo sem resolução do mérito e, no mais, reafirma os termos do acórdão embargado.

X. Dispensada a revisão (art. 29, XX, do RITRF – 1ª Região).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Hind Ghassan Kayath: — Inicialmente, afasto a preliminar de não cabimento dos embargos infringentes da União.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro e Selene Almeida e os Exmos. Srs. Juízes Federais Evaldo de Oliveira Fernandes, filho e Ricardo Machado Rabelo (convocados).

II. Com efeito, o art. 530 do CPC dispõe que

Art. 530

Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

III. Ocorre que, ao julgar o apelo do Ministério Público Federal, a eg. 5ª Turma afastou a preliminar de ilegitimidade passiva da União e, por entender ser a matéria eminentemente de direito e que a causa estava devidamente instruída, aplicou a disposição do art. 515, § 3º, do CPC e procedeu ao exame imediato dos pedidos formulados em face da União, conforme se infere do voto do relator, fl. 631, *verbis*:

[...]

Nesse contexto, impõe-se reconhecer que a União ostenta legitimidade passiva para a causa.

A causa encontra-se devidamente instruída, possibilitando o julgamento imediato da lide quanto aos pedidos formulados em detrimento da União, conforme inteligência do art. 515, §3º, CPC.

[...]

IV. A propósito, vejamos-se os seguintes julgados:

Recurso especial. Processual Civil. Embargos infringentes. Acórdão que, por maioria, reforma sentença terminativa e adentra o julgamento do mérito. Cabimento.

I.- Conforme estabelecido pelo artigo 530 do CPC, com a redação atualizada pela Lei 10.352/01, são cabíveis Embargos Infringentes contra Acórdão não unânime que reforme, em grau de Apelação, sentença de mérito.

II.- A jurisprudência desta Corte reconhece o cabimento dos Embargos Infringentes na hipótese em que o Tribunal, no julgamento da apelação, afasta a extinção do processo e aplica a regra do art.

515, § 3º, do Código de Processo Civil, julgando o mérito da causa, havendo divergência de votos.

Recurso Especial provido.

(REsp 1111012/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 22/02/2011, DJ-e 02/03/2011.)

Processual Civil. Embargos infringentes. Acórdão que, por maioria, reforma sentença terminativa e adentra o julgamento do mérito. Cabimento.

- Nem sempre é meramente terminativo o acórdão que julga apelação contra sentença terminativa, eis que, nos termos do § 3º do art. 515, 'nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde

logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento’.

- Se apenas o Tribunal julga o mérito, não se aplica o critério de dupla sucumbência, segundo o qual a parte vencida por um julgamento não-unânime em apelação não terá direito aos embargos infringentes se houver sido vencida também na sentença.

- Assim, em respeito ao devido processo legal, o art. 530 deve ser interpretado harmoniosamente e sistematicamente com o restante do CPC, em especial o § 3º do art. 515, admitindo-se os embargos infringentes opostos contra acórdão que, por maioria, reforma sentença terminativa e adentra a análise do mérito da ação.

- Aplica-se à hipótese, ainda, a teoria da asserção, segundo a qual, se o juiz realizar cognição profunda sobre as alegações contidas na petição, após esgotados os meios probatórios, terá, na verdade, proferido juízo sobre o mérito da questão.

- A natureza da sentença, se processual ou de mérito, é definida por seu conteúdo e não pela mera qualificação ou nomen juris atribuído ao julgado, seja na fundamentação ou na parte dispositiva. Portanto, entendida como de mérito a sentença proferida nos autos, indiscutível o cabimento dos embargos infringentes.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 832370/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 02/08/2007, DJ 13/08/2007, p. 366 RSTJ vol. 208, p. 381.)

Processual Civil. Recurso especial. Embargos infringentes. Apelação julgada na forma do art. 515, § 3º, do cpc. Acórdão não unânime. Cabimento. Ação declaratória. Pretensão que abrange relações jurídicas futuras. Pedido genérico e abstrato. Inviabilidade.

1. O art. 530 deve ser interpretado em harmonia com o art. 515, § 3º, ambos do CPC (um modificado e o outro introduzido pela Lei 10.352/2001), para que seja admitida a apresentação de embargos infringentes em face de acórdão não unânime que, em sede de apelação, tenha reformado a sentença e analisado o mérito da causa, ainda que tal recurso tenha sido interposto em face de sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito (Doutrina de Cândido Rangel Dinamarco).

Precedentes citados: REsp 503.073/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 6.10.2003; REsp 832.370/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 13.8.2007.

2. A orientação desta Corte firmou-se no sentido do não cabimento da utilização da ação declaratória quando versar sobre situação hipotética ou futura, contendo pedido genérico e abstrato, sem a delimitação de uma relação jurídica concreta, ou seja, “a ação declaratória não consubstancia via adequada para obter-se pronunciamento judicial acerca da existência ou inexistência de relação

jurídica genérica e abstrata, lastreada unicamente na interpretação em tese de dispositivo legal, sem que se indique a repercussão do provimento postulado na esfera jurídica da parte interessada” (REsp 1.041.079/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ-e de 10.11.2008).

3. Recurso especial não provido.

(REsp 870445/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/12/2010, DJ-e 08/02/2011.)

V. Também nesse sentido, veja-se o magistério de Cássio Scarpinella Bueno, *in* Curso Sistematizado de Direito Processual Civil (3 ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 243):

[...]

Diferentemente, contudo, deve-se entender quando, além da reforma da sentença, passa-se ao julgamento da causa por força do disposto no § 3º do art. 515 (v. 8.1 do Capítulo 4), não obstante a letra do art. 530. Embora seja pressuposto de incidência daquele dispositivo o proferimento de sentença terminativa – o que afastaria o art. 530 –, a melhor interpretação é a que admite os infringentes para viabilizar uma mais ampla discussão da causa, já que, pela primeira vez, o mérito foi analisado e decidido e, tratando-se de acórdão de mérito, inviável a sua renovada discussão em juízo sem ofensa à coisa julgada (art. 268). Trata-se de interpretação que já recebeu o apoio da 3ª Turma do STJ (REsp 832.370/MG, j.un. 2.8.2007, DJ 13.8.2007, p. 366) em extenso e muito bem fundamentado acórdão relatado pela Ministra Nancy Andrighi, que deve ser prestigiado porque afinadíssimo ao ‘modelo constitucional do processo civil’.

[...]

VI. Quanto ao mérito, saliento que, em diversos julgados, o Des. Federal Jirair Aram Meguerian tem decidido no sentido de que não compete ao Poder Judiciário imiscuir-se no mérito administrativo, mas tão somente realizar o exame do ato administrativo quanto aos aspectos da legalidade e da moralidade, cabendo à Administração Pública decidir sobre os critérios de conveniência e oportunidade. Nesse sentido:

Agravo. Deferimento do pedido de suspensão dos efeitos de liminar. Não provimento.

I - As audiências tiveram lugar nas comunidades mais atingidas, com ampla divulgação e disponibilização de transporte, alimentação e hospedagem, propiciando uma expressiva participação popular.

II - Ao determinar a realização de grande quantidade de audiências públicas, a decisão de primeiro grau invade a esfera de competência da administração pública, pois cabe ao IBAMA, órgão responsável pela realização das políticas públicas

nacionais ligadas ao meio ambiente, decidir, com base nos critérios de conveniência e oportunidade, a quantidade, o local e momento propício para a sua realização.

III - Sopesados os interesses em conflito, a decisão impugnada poderá acarretar prejuízo maior ao meio ambiente, caso o Governo Federal tenha de lançar mão de energia termoelétrica, sabidamente mais cara e mais poluente) devido à escassez de energia hidrelétrica.

IV - Agravo a que se nega provimento.

(AGRSLT 0067730-48.2009.4.01.0000/PA, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Corte Especial, e-DJF1, p. 40, de 26/04/2010.)

VII. Esse também é o posicionamento desta eg. 3ª Seção, senão vejamos:

Administrativo. Mandado de segurança. Secretaria de estado de saúde. Processo seletivo. Cargo de farmacêutico-bioquímico. Edital que limita a participação aos farmacêuticos com habilitação em bioquímica. Conselho Regional de Biomedicina. Pretensão de inclusão dos biomédicos na concorrência. Discricionariedade da administração pública. Juízo de conveniência e oportunidade. Inexistência de ilegalidade. Segurança denegada.

1. A administração pública, a partir de um juízo de conveniência e oportunidade, tem liberdade para disciplinar o provimento dos cargos públicos de acordo com as profissões que mais atendam às necessidades da coletividade, haja vista a maior abrangência no exercício de suas funções.

2. As atividades de Biomédico e Farmacêutico Bioquímico possuem regulamentação própria, assim como graduações distintas, não havendo ilegalidade no ato administrativo que limita a participação em processo seletivo para o cargo de Farmacêutico Bioquímico, aos profissionais dessa especialidade.

3. Segurança denegada.

(MS 0027170-30.2010.4.01.0000/AM, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, Terceira Seção, e-DJF1, p. 022, de 05/09/2011.)

VIII. Contudo, em certos casos, entende o eminente desembargador federal ser necessária uma atuação pronta e urgente do Poder Judiciário, quando a demora na atuação da administração pública puder resultar em dano irreparável ou de difícil reparação, especialmente em risco para a saúde e a integridade física, como são aqueles casos em que se pleiteia o fornecimento de medicamento essencial ou tratamento médico urgente, consoante se infere dos julgados abaixo:

Processual Civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Ilegitimidade passiva da União. Fornecimento de medicamento. Irreversibilidade do

provimento jurisdicional. Princípio da separação dos poderes.

I. É responsabilidade da União, enquanto ente integrante do Sistema Único de Saúde - SUS o custeio e fornecimento de medicamentos ao hipossuficiente.

II. É legítima a prestação jurisdicional toda vez que provocado o judiciário, inclusive interferindo na eficácia ou nulidade do ato administrativo.

III. Deve-se observar o direito inalienável à vida, mesmo que, em decisão liminar, resulte o caráter satisfativo.

IV. Agravo regimental a que se nega provimento. (AGA 0033503-95.2010.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1, p. 580, de 20/10/2011.)

IX. Também no presente caso, a omissão, a deficiência e a demora da Administração Pública – Funai, Funasa, Ibama e União –, na prestação da assistência e segurança aos índios, estão colocando em risco a saúde e a integridade física daquelas comunidades, fato que exige uma resposta urgente do Poder Judiciário, não servindo como escusas os argumentos de ausência de previsão orçamentária ou de violação ao princípio da autonomia do Poder Executivo.

X. É o se verifica de trecho da peça inicial da ação civil pública citado no voto da Des. Federal Selene Maria de Almeida, o qual também ora transcrevo (fls. 04-06):

[...]

5. Chegando ao conhecimento do Ministério Público Federal, através dos veículos da imprensa, que componentes de nações indígenas Zoró e Suruí estavam sendo vítimas de contaminações e moléstias graves, causadoras de morte, bem como para investigar a exploração ilegal de áreas indígenas localizadas em Cacoal e Espigão D'Oeste por madeireiros, garimpeiros e posseiros, foi instaurado Inquérito Civil Público para apuração dos fatos.

6. No presente Inquérito Civil Público (documentos anexos) para apuração dos fatos comprovou-se a situação crítica das nações indígenas com o aparecimento de surto de doenças e conseqüente queda da saúde indígena.

7. Conforme estudos da Fundação Oswaldo Cruz às fls. 22, foram detectados anticorpos anti-rotavírus produzidos entre os grupos Suruí e Karitiána. Pela técnica Elisa 67,8% do grupo Suruí e 77,4% do grupo Karitiána apresentaram soropositividade elevadas. No método de imunofluorescência indireta 45,5% do grupo Suruí e 56,7% dos Karitiána apresentaram anticorpos anti-rotavírus.

8. Nos estudos epidemiológicos entre os grupos indígenas às fls. 21/30 foram verificadas prevalências de soropositividade paranticorpus anti-rotavírus (infecções diarreicas). Tal fato se

deu devido às populações estarem expostas aos microorganismos e a condições sanitárias precárias nas aldeias, o que favorece em muito a transmissão de bactérias e parasitas intestinais.

9. Outro fato de relevância se encontra nas mudanças sócio-culturais e biológicas, pois com adoção da vida sedentária houve um aumento acentuado de contaminação perodomiciliar, por restos alimentares e dejetos fecais.

10. Às fls. 172/191 constam os resultados feitos em crianças da Comunidade Indígena Suruí. Verifica-se o precário estado nutricional devido às condições sanitárias e carência alimentar. O nanismo, atrofia nutricional e anemia entre crianças indígenas apresentaram um índice bastante elevado.

11. Como se vê, os resultados alcançados em 147 crianças de 0-8-9 da comunidade indígena Suruí, localizada no Parque Indígena Aripuanã, indicaram elevadas prevalências de nanismo nutricional (46,3%), atrofia nutricional (6,6%), anemia (71,2%) e parasitismo intestinal.

12. Casos de tuberculose seguidos de morte foram detectados às fls. 214/220.

13. As informações prestadas pela FUNAI, em resposta ao ofício 699/92/PR/RO/GAB, mostra claramente a situação caótica e o total abandono em que se encontram as sociedades indígenas.

14. Como se vê, existe uma enorme carência em termos de remédio (falta antibióticos, analgésico, anti-térmico e vermífugos) e de pessoal técnico nos postos de saúde localizados nas comunidades indígenas.

15. Segundo as alegações da FUNAI no relatório do 1º Encontro Nacional dos Administradores Executivos Regionais da Fundação Nacional do Índio às fls. 230/233, a criação da Fundação Nacional de Saúde através do Decreto 23 para desempenhar atribuições relacionadas à saúde das Comunidades Indígenas – Cosai, criou uma duplicidade de ações sanitárias entre as duas fundações sem alcançar, no entanto, os objetivos propostos no Decreto.

16. A criação da Coordenadoria, segundo a FUNAI, não contribuiu em nada para a saúde das comunidades indígenas, sendo motivo apenas para a diminuição dos seus recursos.

17. Todavia, a própria FUNAI confirma sua omissão, quando alega que os programas não foram obedecidos nos locais que exigiam certa urgência para obtenção de recurso, e ainda, que os índios com um quadro clínico grave ficaram sem assistência médico-hospitalar.

18. Às fls. 107/109, do Inquérito Civil Público, constam ofícios da Fundação Nacional do Índio onde comprova-se que áreas indígenas Zoró e Suruí foram invadidas por madeireiros e garimpeiros.

19. Segundo as informações do Sr. Wilson Teixeira Soares – Chefe GAB/PRESI, às fls. 134/135, ficou comprovada a invasão dos posseiros e o

conflito existente entre os posseiros e os índios na área.

[...]

XI. Como se vê, a situação é de caos nas referidas comunidades indígenas, com invasão de posseiros e exploração ilegal por madeireiros e garimpeiros. Ademais, o contato dos índios com os invasores tem resultado em contaminação por moléstias graves e em mudanças em seu modo de vida.

XII. Não bastasse isso, são graves os casos de nanismo, atrofia nutricional e anemia em razão da carência alimentar nas crianças indígenas.

XIII. Tais fatos demonstram a necessidade de uma atuação urgente e coordenada de todos os órgãos públicos envolvidos.

XIV. Se é certo que as ações governamentais dependem de prévio planejamento e de previsão orçamentária, tal argumento não pode servir de justificativa para que a administração se afaste de suas atribuições constitucionalmente previstas de assegurar a saúde e a segurança, principalmente para aquela parcela da população mais carente e desassistida, como é o caso das comunidades indígenas.

XV. Mais relevante se torna essa urgência na atuação do Estado quando que se verifica que essa omissão está resultando em graves problemas de mortalidade e de saúde, principalmente para as crianças, o que trará maiores reflexos para a sociedade quando essas crianças, caso sobrevivam, atingirem a idade adulta.

XVI. Nesse contexto, diante de uma situação de grave violação a direitos fundamentais consignados pela Constituição Federal, tais como o direito à vida (art. 5º, *caput*), à saúde (art. 196 e 200, II), à identidade cultural dos índios (art. 231) e à posse e usufruto de suas terras (231, § 1º), temos que a inércia estatal na proteção dos indígenas, tornando efetivas as imposições constitucionais, merece sim a intervenção do Poder Judiciário. Nesse sentido, já teve oportunidade de se manifestar o Min. Celso de Mello no julgamento do AgRg na SL 47/PE (Relator Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, *DJ-e-076*, div. em 29/04/2010, public. em 30/04/2010)¹:

¹ Ementa: Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde.

[...]

Em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente nas áreas de educação infantil, (RTJ 199/1219-1220) e de saúde pública (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213), a Corte Suprema brasileira tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representa um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal.

O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, colmatou a omissão governamental e conferiu efetividade a direitos essenciais, dando-lhes concreção e, desse modo, viabilizando o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estavam sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público.

[...]

XVII. Ainda nesse sentido:

EMENTA: Criança de até cinco anos de idade Atendimento em creche e em pré-escola. Sentença que obriga o Município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida. Legitimidade jurídica da utilização das “astreintes” contra o Poder Público. Doutrina. Jurisprudência. Obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio Texto Constitucional (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC 53/2006). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, art. 211, § 2º). Legitimidade constitucional da intervenção do poder judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na constituição. Inocorrência de transgressão ao postulado da separação de poderes. Proteção judicial de direitos sociais, escassez de recursos e a questão das “escolhas trágicas. Reserva do possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e vedação do retrocesso social. Pretendida exoneração do encargo constitucional por efeito de superveniência de nova realidade fática. Questão que sequer foi suscitada nas razões de recurso

extraordinário. Princípio “jura novit curia”. Invocação em sede de apelo extremo. Impossibilidade. Recurso de agravo improvido. Políticas públicas, omissão estatal injustificável e intervenção concretizadora do Poder Judiciário em tema de educação infantil: possibilidade constitucional.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional.

Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de

prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A ‘astreinte’ - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência.

(ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJE-177 DIVULG 14-09-2011 publicado em 15-09-2011, Ement vol. 02587-01, p. 00125.)

Pelo exposto, nego provimento aos embargos infringentes, para confirmar o acórdão embargado que deu parcial provimento ao apelo do Ministério Público Federal.

É como voto.

Quarta Seção

Numeração única: 0024060-42.2009.4.01.3400

Embargos Infringentes 2009.34.00.024216-0/DF

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca
 Embargante: Fazenda Nacional
 Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
 Embargado: Emmanoel Pereira
 Advogados: Dr. Emmanoel Campelo Pereira e outro
 Publicação: e-DJF1 de 08/02/2012, p. 10

Ementa

Embargos infringentes. Imposto de Renda. Não incidência sobre o abono de permanência em serviço. Matéria de índole constitucional. Precedentes.

I. As Sétima e Oitava Turmas desta Corte, na esteira da diretriz pretoriana dos tribunais pátrios, consolidaram a diretriz no sentido da não incidência do Imposto de Renda sobre o benefício do abono de permanência (EC 41/2003), em razão de sua natureza indenizatória/compensatória. Inteligência dos arts. 43, II e 176 do CTN.

II. Tal abono, instituído pelo art. 3º, § 1º, da EC 41/2003, o qual acrescentou o § 19 ao art. 40, II, da CF, tem natureza indenizatória, tendo o legislador, no uso do poder constituinte reformador derivado, o intuito de incentivar a permanência em atividade e recompor o patrimônio do servidor que, em condições de se aposentar, continua trabalhando, obstaculizando o gasto, cumulativo, entre provento da inatividade e remuneração do novo servidor. Precedentes jurisprudenciais. Orientação da Suprema Corte de Justiça Nacional sobre a não incidência de tributação sobre verbas de natureza indenizatória/compensatória.

III. “As garantias e direitos individuais consagrados na Constituição Federal, entre esses inserido o ‘abono de permanência’, no nível de direito individual constitucional, devem ser interpretados, como ditam a doutrina e vasta jurisprudência do STF, com a largueza do ideário constitucional.” (AC 2009.34.00.033570-9/DF, rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral; e-DJF1, p. 313, de 02/12/2011).

IV. Embargos infringentes não providos.

Acórdão

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

4ª Seção do TRF 1ª Região – 1º/02/2012.

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Reynaldo Fonseca*: — Trata-se de embargos infringentes interpostos pela Fazenda Nacional (fls. 152-164), em face de acórdão proferido pela eg. 8ª Turma deste Tribunal que, por unanimidade, não conheceu do agravo retido e, por maioria, deu provimento à apelação do autor para concluir que a verba recebida a título de abono de permanência “[...] tem natureza indenizatória e não configura acréscimo patrimonial, o que afasta a incidência do imposto de renda.” (fl. 149); vencido o relator convocado.

Eis a ementa do julgado, lavrada pela Des. Federal *Maria do Carmo Cardoso*:

Tributário. Imposto de renda sobre abono permanência. Natureza indenizatória. Não incidência. Art. 3º, § 1º da EC 41/2003.

1. O abono de permanência instituído pelo art. 3º, § 1º, da EC 41/2003, que acrescentou o § 19 ao art. 40, II, da CF, tem natureza indenizatória e não configura acréscimo patrimonial, o que afasta a incidência do imposto de renda.

2. Agravo retido não conhecido.

3. Apelação a que se dá provimento. Ônus da sucumbência invertidos. (fl. 149)

A Fazenda Nacional requer, em síntese, a prevalência do voto vencido da lavra do relator convocado, Juiz Federal Cleberon José da Rocha, alegando que

[...] ao contrário do afirmado no voto condutor do acórdão ora embargado, que incide imposto de renda sobre o do abono de permanência haja vista sua natureza remuneratória, bem como que existe previsão legal deste fato – art. 7º da Lei 10.887/2004 – além da ausência de norma isentiva (fl. 154).

Aduz que:

[...] o STJ pacificou a matéria em discussão nos autos, consolidando jurisprudência no sentido de que incide imposto de renda sobre abono de permanência. O tema foi apreciado na sistemática do art. 543-C do CPC, o que significa a eficácia vinculante, por se tratar de assunto idêntico àquele que é objeto do presente litígio (fl. 154).

Entende que não se trata de matéria de ordem constitucional,

[...] considerando a existência de disposição infralegal tratando do assunto (art. 7º da Lei 10.887/2004). Além disso, o fato de a questão ter sido julgada pelo STJ, inclusive em sede de recurso repetitivo, demonstra que não se trata de norma de natureza constitucional (fl. 157).

Assevera, mais,

[...] que o abono de permanência é obtido mediante requerimento expresso do servidor interessado em permanecer em atividade, procedimento completamente incompatível com a idéia de indenização. Não se afigura plausível que o servidor venha a requerer, espontaneamente, procedimento que possa lhe causar dano a ponto de ensejar uma futura indenização (fl. 159).

Contrarrazões apresentadas (cf. fls. 165-177).

Admitidos os embargos, foram distribuídos a este relator.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — A controvérsia que se coloca para apreciação deste

colegiado diz respeito a não incidência do Imposto de Renda sobre o abono de permanência em serviço.

No tocante à incidência de Imposto de Renda sobre o abono de permanência em serviço, é oportuno destacar que:

a) as Sétima e Oitava Turmas desta Corte, na esteira da diretriz pretoriana dos tribunais pátrios, consolidaram a diretriz no sentido da não incidência do Imposto de Renda sobre o benefício do abono de permanência (EC 41/2003), em razão de sua natureza indenizatória/compensatória. Inteligência dos arts. 43, II e 176 do CTN. Há, também, fundamento de natureza constitucional (CF/1988, arts. 40, § 19 e 145, § 1º). Nesse diapasão, o abono de permanência constitui forma de compensação ao servidor ou magistrado que permanece em atividade, mesmo após preencher os requisitos para aposentação voluntária, pelo não usufruto de direito já adquirido (percepção da aposentadoria). Revela, assim, sua nítida natureza indenizatória, uma vez que se equipara ao pagamento de férias ou licença-prêmio não gozadas (usufruídas);

b) tal abono instituído pelo art. 3º, § 1º, da EC 41/2003, o qual acrescentou o § 19 ao art. 40, II, da CF, tem natureza indenizatória, tendo o legislador, no uso do poder constituinte reformador derivado, o intuito de incentivar a permanência em atividade e recompor o patrimônio do servidor que, em condições de se aposentar, continua trabalhando, obstaculizando o gasto, cumulativo, entre provento da inatividade e remuneração do novo servidor. Precedentes jurisprudenciais. Orientação da Suprema Corte de Justiça Nacional sobre a não incidência de tributação sobre verbas de natureza indenizatória/compensatória.

É verdade que, recentemente, a Primeira Seção do colendo Superior Tribunal de Justiça proclamou a tese da incidência do imposto de renda sobre o referido abono de permanência (CPC, art. 543-C):

Tributário. Recurso especial. Abono de permanência. Incidência de imposto de renda.

1. Sujeitam-se incidência do Imposto de Renda os rendimentos recebidos a título de abono de permanência a que se referem o § 19 do art. 40 da Constituição Federal, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional 41/2003, e o art. 7º da Lei 10.887/2004. Não há lei que autorize considerar o abono de permanência como rendimento isento.

2. Recurso especial provido.

(REsp 1192556/PE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 25/08/2010, DJe 06/09/2010.)

*Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e os Exmos. Srs. Juizes Federais Francisco Neves da Cunha, Mônica Neves Aguiar da Silva e Cleberon José Rocha (convocados).

Acontece que, mesmo após o precedente acima transcrito, os próprios Ministros do colendo STJ têm reconhecido, na situação em foco, aspecto *de natureza constitucional*. A título de exemplo, veja-se a seguinte decisão recentíssima do eminente Min. Hamilton Carvalho:

Recurso Especial 1198536 - RS
(2010/0114230-5)

Relator : Min. Hamilton Carvalho

Recorrente : Fazenda Nacional

Advogado : Procuradoria-Geral Da Fazenda Nacional

Recorrido : Ana Luiza Heineck Kruse E Outros

Advogado : Rafael Pandolfo e outro(s)

Decisão

Recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão da 2ª Turma do Tribunal de Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

"tributário. Imposto de renda. Abono de permanência. Art. 40, § 19, CF/88. Natureza indenizatória.

1. Indevida a incidência do imposto de renda sobre o abono de permanência, previsto no artigo 40, § 19, da Constituição Federal, dada a sua natureza indenizatória.

2. Apelação e remessa oficial desprovidas." (fl. 140).

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados.

A insurgência especial está fundada na violação dos artigos 4º da Lei nº 10.887/2004, 43, 97 e 111 do Código Tributário Nacional, 6º da Lei nº 7.713/88, 25 da Lei nº 8.218/91, 39 do Decreto nº 3.000/99, e do artigo 8º da Lei nº 9.250/95, sustentando, em suma, "a natureza salarial do abono de permanência, pois é uma verba paga por liberalidade do empregador e que agrega valor à remuneração recebida, sem que constitua qualquer contrapartida a eventual perda ou dano sofridos pelo trabalhador, que permanece com o seu direito à aposentadoria plenamente preservado" (fl. 157).

Recurso tempestivo, respondido e inadmitido na origem.

Agravo de instrumento provido.

Tudo visto e examinado, decido.

O recurso não reúne condições de admissibilidade, pois que a natureza compensatória do abono de permanência foi afirmada pelo acórdão recorrido com fundamento constitucional, e não houve a interposição do competente recurso extraordinário.

Para certeza das coisas, vale conferir o acórdão recorrido:

"[...]

Do abono de permanência

O abono de permanência, originário de Decreto expedido por D. Pedro de Alcântara, em 1º-10-1821 e, após sucessivas alterações legislativas, extinto pela Lei nº 8.870/94, foi reintroduzido no sistema jurídico nacional pela Reforma da Previdência, implementada pela Emenda Constitucional n.º 41, de 19.12.2003, que conferiu a seguinte redação ao art. 40, § 19, da Constituição Federal, in verbis:

"Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

[...]

§ 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, 'a', e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II."

Observe-se, a propósito, a previsão do § 1º, II e III, "a", do mesmo dispositivo constitucional:

§ 1º. Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

[...]

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

Por sua vez, a Lei nº 10.887/04, que regulamenta a EC nº 41/2003, assim dispõe sobre o instituto:

Art. 7º - O servidor ocupante de cargo efetivo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas na alínea a do inciso III do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, no § 5º do art. 2º ou no § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional no 41, de 19 de dezembro de 2003, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal.

Assim sendo, ao servidor que preenche os requisitos à aposentadoria por tempo de contribuição, é facultado permanecer em serviço percebendo referida parcela em valor equivalente à contribuição previdenciária que seria descontada dos seus proventos, se optasse pela inativação. A razão de ser da benesse, portanto, é incentivar a permanência do servidor em atividade e neutralizar a contribuição previdenciária em sua remuneração.

Discorrendo sobre o instituto, afirma Marcelo Leonardo Tavares (in Comentários à Reforma da Previdência, Ed. Impetus, 2004, p. 54) que a lógica do abono reside na economia que a permanência do servidor traz para o orçamento da previdência do regime próprio. Quando o servidor, completou os pressupostos da aposentação integral voluntária permanece no trabalho, a Administração economiza duas vezes: por não ter que pagar a aposentadoria e também por não ter que pagar remuneração para o servidor que será investido no cargo público no lugar daquele que se aposentou.

Da natureza jurídica do abono de permanência.

Cabe, então, verificar a natureza jurídica da parcela em comento. De um lado, a parte autora defende a sua natureza indenizatória e a conseqüente inexigibilidade do imposto de renda. De outro, diz a União ser remuneratória, passível de incidência da exação. Verbas de caráter remuneratório são, segundo ensina Hely Lopes Meirelles (in Direito Administrativo Brasileiro, ed. Malheiros, 2003, p. 458) acréscimos ao vencimento do servidor, concedido a título definitivo ou transitório, pela decorrência do tempo de serviço (ex facto temporis), ou pelo desempenho de funções especiais (ex facto officii), ou em razão das condições anormais em que se realiza o serviço (propter laborem), ou, finalmente, em razão de condições pessoais do servidor (propter personam). Já nas parcelas com caráter indenizatório, segundo Roque Antônio Carrazza (in Imposto sobre a Renda (perfil constitucional e temas específicos). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 184) mostra-se de todo ausente este sentido de acréscimo patrimonial; transparece, ao revés a sua vocação meramente compensatória ou reparatória, por perdas sofridas. [...] a indenização serve para coibir os prejuízos causados, de forma que o equilíbrio patrimonial do credor lesado se restabeleça. O montante da indenização é correlato ao valor do bem lesado: restabelece o equilíbrio rompido pelo causador do dano. Quem indeniza repara - isto é, compensa - prejuízos.

Analisando-se as particularidades do instituto em tela, depreende-se que sua finalidade é indenizar o servidor que abre mão de sua aposentadoria para continuar prestando serviços ao Poder Público, assumindo clara feição de verba compensatória por não ter aderido à inatividade. Logo, indiscutível a sua natureza indenizatória.

Da incidência do imposto de renda sobre parcelas de caráter indenizatório

No ponto, o fato gerador do Imposto de Renda é assim definido no art. 43 do CTN:

“Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - da renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.”

Portanto, a idéia de acréscimo patrimonial é essencial na definição do fato gerador do imposto de renda. A incidência do imposto pressupõe sempre aumento patrimonial entre dois momentos de tempo.

Nessa perspectiva, todo pagamento que possua caráter indenizatório estará a salvo da incidência do referido tributo. A indenização representa reposição do patrimônio, e não acréscimo patrimonial.

Em sendo assim, sobre parcelas com natureza indenizatória não incide o imposto de renda.

Dos precedentes que reconhecem a natureza indenizatória do abono de

Permanência.

Esta é a linha de entendimento que vem sendo adotada pelos Tribunais pátrios, a exemplo dos seguintes julgados:

Processual Civil. Agravo regimental em agravo de instrumento. Art. 557 do CPC. Aplicabilidade. Imposto de renda. Abono de permanência.

1. Nos termos do art. 557 do CPC, poderá o Relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

2. Não incide imposto de renda sobre o abono de permanência, pois tal verba não se traduz em acréscimo patrimonial, mas em indenização ao servidor, que permanece em atividade, ainda que apto a se aposentar.

3. Tratando-se de não incidência do imposto de renda sobre verba indenizatória não há de se falar em ofensa aos arts. 43, II, e 176 do CTN.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(TRF 1ª Região, Agravo Regimental no AI - 200701000514980, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, DJ 06/06/2008.)

Tributário. Abono de permanência. Art. 40, § 19 da CF/88 - EC 41/2003. Inexistência de hipótese de incidência do imposto de renda. Verba de natureza indenizatória. Presunção da necessidade de continuidade da prestação do serviço público em face do princípio da eficiência da administração pública.

Devolução dos valores indevidamente recolhidos que devem ser apurados na liquidação da sentença.

1. Cuida a hipótese de apelação interposta pela União contra a sentença que julgou procedente a ação, para determinar a não incidência do imposto de renda sobre o abono de permanência, bem como condenou a União Federal à repetição dos valores arrecadados indevidamente.

2. A questão cinge-se na incidência ou não do imposto de renda sobre o abono de permanência recebido pelos agentes públicos. Para tanto, necessário se impõe analisar se o chamado “abono de permanência” possui natureza salarial ou natureza indenizatória.

3. Segundo a norma do art. 43 do CTN, renda tem sentido restrito (produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos) e provento tem sentido residual (outros acréscimos patrimoniais, não decorrentes do capital nem do trabalho).

4. A indenização visa ressarcir direito não fruído em sua integralidade, seja para reparar garantia jurídica desrespeitada, seja em face de outros fundamentos normativamente tidos como relevantes.

5. Diante da análise dos conceitos de renda e proventos de qualquer natureza e de indenização, à luz do ordenamento jurídico brasileiro e da EC 41/2003 que instituiu o “abono de permanência”, bem como, da interpretação exegética da voluntas legis, conclui-se que a natureza jurídica do abono de permanência é eminentemente indenizatória, na medida em que representa uma compensação em favor do agente público que permanece prestando serviços, indiscutivelmente, no interesse da Administração.

6. Pode-se ainda aplicar ao caso presente o mesmo entendimento pertinente a natureza indenizatória das férias e licença-prêmio não gozadas por interesse da Administração, no sentido de que em relação a estas não deve incidir imposto de renda, entendimento este já sumulado pelo STJ, através das Súmulas 125 e 136.

7. Portanto, o agente público que preencher os requisitos para se aposentar, mas que permanecer prestando seus serviços à Administração Pública, tem direito a receber os valores retroativos à data em que cumpriu todos os requisitos da regra de aposentadoria, a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41/2003.

8. No caso presente, os autores requerem a restituição dos valores recolhidos indevidamente a partir de 2004, quando já vigente a EC nº 41/2003, sendo-lhes devidos tais valores a serem apurados em liquidação de sentença.

9. Apelação e Remessa Oficial improvidas.

(TRF5ª Região, AC 405252, rel. Des. Federal Petrucio Ferreira, DJ 09/08/2007.)

No âmbito deste Tribunal a matéria também já foi analisada, como segue:

Tributário. Imposto de renda. Abono de permanência. Art. 40, § 19, CF/1988. Natureza indenizatória.

O abono de permanência previsto no artigo 40, § 19, da Constituição, pago ao servidor que já satisfaz as condições exigidas para a aposentadoria, mas que opta por continuar em atividade, detém natureza indenizatória, sendo, por isto, indevida a sua tributação pelo imposto de renda (AC 2007.71.00.016473-1/RS, rel. Juiz Federal Roger Raupp Rios, DE de 16/07/2008).

Tributário. Imposto de renda. Abono de permanência. Art. 40, § 19, CF/1988. Natureza indenizatória.

1. O abono de permanência, previsto no artigo 40, § 19, da Constituição, pago ao servidor que já satisfaz as condições exigidas para a aposentadoria, mas que opta por continuar em atividade, detém natureza indenizatória, assim, indevida a sua tributação pelo imposto de renda.

2. Apelação e remessa oficial improvidas.”

(AC/RN 2007.71.00.016471-8/RS, rel. Des. Federal Álvaro Eduardo Junqueira, DE 22/10/2008)

Finalmente, assim decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Tributário e Processual Civil. Abono Permanência. CF, Art. 40, § 19. Imposto de Renda. Não Incidência. CPC, Art. 535. Ofensa não caracterizada. CPC, Art. 273. Matéria não prequestionada. Súmula 211/STJ.

I - Não ficou demonstrada a alegada violação ao art. 535, do Código de Processo Civil.

II - Não está prequestionada a matéria atinente aos requisitos para a antecipação dos efeitos da tutela (CPC, art. 273), sendo inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo (Súmula 211/STJ).

III - O constituinte reformador, ao instituir o chamado “abono de permanência” em favor do servidor que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária, em valor equivalente ao da sua contribuição previdenciária (CF, art. 40, § 19, acrescentado pela EC 41/2003), pretendeu, a propósito de incentivo ao adiamento da inatividade, anular o desconto da referida contribuição. Sendo assim, admitir a tributação desse adicional pelo imposto de renda, representaria o desvirtuamento da norma constitucional.

IV - Agravo regimental improvido.

(AgRg no Resp 1.021.817-MG, rel. Min. Francisco Falcão, DJe 1º/09/2008.)

Da conclusão

Dessarte, possuindo o abono de permanência natureza jurídica indenizatória, resta inexistente a incidência do imposto de renda, a contar da data em que preenchidos os requisitos legais previstos pela EC nº 41/2003. (fls. 133/137).

Pelo exposto, com fundamento no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso especial.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 14 de setembro de 2010.

Ministro Hamilton Carvalhido, relator.

(Ministro Hamilton Carvalhido, *DJe* de 20/09/2010.)

Nessa linha de raciocínio, recorde-se que o STJ reformulou seu entendimento anterior, a respeito da incidência da contribuição previdenciária sobre terço constitucional de férias, diante do pronunciamento do colendo STF (AgRg nos EDcl no AgRg no Ag 1280900/CE, rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24/08/2010, *DJe* 08/09/2010). O mesmo ocorreu com a Súmula 276 superada por decisão superveniente do STF (AgRg no Ag 1152369/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 23/03/2010, *DJe* 16/04/2010).

Fico, portanto, *data venia*, com a postura que vem sendo tomada pelo colendo STF.

A propósito, ressalto que, recentemente, a Sétima Turma desta Corte, quando do julgamento da AC 2009.34.00.033570-9/DF, voto-vencedor da lavratura do e. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, firmou entendimento de que:

As garantias e direitos individuais consagrados na Constituição Federal, entre esses inserido o ‘abono de permanência’, no nível de direito individual constitucional, devem ser interpretados, como ditam a doutrina e vasta jurisprudência do STF, com a largueza do ideário constitucional.

Ressaltou o relator para acórdão, no voto-vencedor, que:

[...] o tema é de índole constitucional.

A Emenda Constitucional diz: “Ao servidor que, preenchendo as condições de aposentadoria, permanecer em serviço, receberá um abono de permanência equivalente à contribuição previdenciária”. A expressão “equivalente” ali empregada não pode ter sua exegese apenas na vertente matemática, igualdade de valor, mas numa compreensão maior, equivalente juridicamente, também, ou seja, dentro do mesmo conceito da contribuição previdenciária, que não suporta a incidência do IR, ao contrário, tem seu valor abatido do valor bruto recebido para que, após tal abatimento, calcule-se o montante devido a título de IRRF.

Não o bastante, a parcela “abono de permanência” tem ares de incentivo, paga, então, como compensação para o servidor não se

aposentar, minimizando os custos da Administração Pública.

Enxergo, então, como um direito individual, ou seja, um direito constitucionalmente estabelecido de equivalência com a contribuição previdenciária, que, se for reduzido em 27,5%, deixa de ser “equivalente”.

A imposição tributária somente pode ocorrer em razão de lei, não sendo possível sua exigência por mero Ato Declaratório dito “Interpretativo” (ADI/SRF nº 24, de 04 OUT 2004), cuja função primeira, de esclarecer, foi alçada à de, “regulamentando a Constituição”, determinar, em afronta à CF/88, que:

“sujeitam-se à incidência do imposto de renda [...] os rendimentos recebidos a título de [...] Abono de Permanência, a que se referem o §19 do art. 40 da Constituição Federal, o §5º do art. 2º e o §1º do art. 3º da Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003, e o art. 7º da Lei n.º 10.887, de 18 de junho de 2004.”

Sobre não ter o condão de regulamentar a Constituição, repito, não tem, nem o pode ter, o poder normativo de declarar tributável o que a Lei Maior nem a Lei n.º 10.887, de 18 JUN 2004, podendo fazê-lo, não o fizeram. Tenho, pois, que nulo por ilegalidade, o Ato Declaratório Interpretativo SRF n.º 24, de 04 OUT 2004, vindo a lume meses após a EC n.º 41/2003 que é autoaplicável.

Em suma e em lógica primária, a incidência do IR sobre o “abono de permanência” reduz seu valor nominal e o descaracteriza como “equivalente” na definição constitucional.

A lei, aí incluída com razão maior a Constituição, não pode conter disposição do tipo “pegadinha”, pedindo licença para o uso da expressão vulgar, que induza, sendo eu redundante, a engodo seus destinatários.

Como as garantias e direitos individuais consagrados na Constituição, também o “abono de permanência”, no nível de direito individual constitucional, deve ser interpretado, como o ditam a doutrina e vasta jurisprudência do STF, com a largueza do ideário constitucional.

Eis a ementa do julgado:

Constitucional e Tributário. Ação ordinária. Imposto de Renda: não incidência. Abono de permanência: direito individual constitucional. Natureza jurídica. Restituição: decadência não ocorrente.

1. Aos fatores geradores anteriores a JUN/2005, aplica-se a decadência na modalidade 5+5, ou seja, não há falar em decadência porque o recolhimento mais antigo data de MAI 2004 e a ação foi ajuizada em OUT 2009. Aos fatos geradores posteriores a JUN/2005 aplica-se a LC nº 118/2005, ou seja a decadência é quinqüenal. Ajuizada a ação em OUT 2009, também não há falar em decadência.

2. Toda isenção de imposto há de ser prevista em lei. A isenção, quicá “imunidade”, do imposto de renda sobre o “abono de permanência” decorre da própria disposição constitucional que o criou como compensação e incentivo à não aposentação com a qualificadora “equivalente”. Se a “contribuição previdenciária”, por sua definição legal, não só não é tributável como é parcela dedutível do IR, o pagamento se realiza por mera operação contábil, a saber, entra como “abono” e sai como “contribuição previdenciária” em absoluta condição de compensação em números absolutos, ou seja, pelo seu valor bruto, dado que não caberá distinguir onde não o fez a Lei Maior.

3. A “compensação” entre o “abono de permanência” e a contribuição previdenciária, contida na expressão constitucional de “equivalente”, obrigatoriamente afasta, já pela equiparação da mesma natureza jurídica, qualquer redução do valor nominal do abono pela incidência do IR, porque, a ser assim, o valor “líquido” desse abono jamais será, ou seria, “equivalente” à contribuição previdenciária como o define a Constituição Federal.

4. A imposição tributária somente pode ocorrer em razão de lei, não sendo possível sua exigência por mero Ato Declaratório dito “Interpretativo” (ADI/SRF nº 24, de 04 OUT 2004), cuja função primeira, apenas de esclarecer, foi alçada à de, “regulamentan-

do a Constituição”, determinar, em afronta à CF/88 e à Lei n.º 10.887/2004, que “sujeitam-se à incidência do imposto de renda [...] os rendimentos recebidos a título de [...] Abono de Permanência”.

5. As garantias e direitos individuais consagrados na Constituição Federal, entre esses inserido o “abono de permanência”, no nível de direito individual constitucional, devem ser interpretados, como o ditam a doutrina e vasta jurisprudência do STF, com a largueza do ideário constitucional.

6. Aos valores restituendos aplica-se apenas a taxa SELIC.

7. Apelação e remessa oficial não providas.

8. Autos recebidos em Gabinete, em 17/11/2011, para lavratura do acórdão. Peças liberadas em 22/11/2011, para publicação do acórdão.

Ante estes fundamentos, *nego provimento* aos embargos infringentes da Fazenda Nacional para que prevaleça o voto vencedor, cuja conclusão é no sentido da não incidência do Imposto de Renda sobre as verbas recebidas a título de abono de permanência em serviço.

É como voto.

Primeira Turma

Numeração única: 0044263-28.2005.4.01.3800

Apelação/Reexame Necessário 2005.38.00.044868-8/MG

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão
 Apelante: Comissão Nacional de Energia Nuclear – Cnen
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Apelados: Paulo Ney de Araújo Barros e outros
 Advogados: Dr. Ricardo Soares Moreira dos Santos e outros
 Remetente: Juízo Federal da 8ª Vara – MG
 Publicação: e-DJF1 de 03/02/2012, p. 416

Ementa

Administrativo. Servidor público. Comissão Nacional de Energia Nuclear. Redução de jornada sem reflexos na remuneração e pagamento de horas extras. Lei 1.234/1950. Gratificação de Desempenho de Atividade de Ciência e Tecnologia. Dedicção exclusiva ao trabalho. MP 2.229-43/2001. Extinção da GDTC. Criação de gratificação vinculada ao desempenho. Procedência parcial do pedido.

I. Tendo os autores exercido atividades em contato permanente e habitual com raios X e radiações ionizantes, percebendo, inclusive, as gratificações correspondentes, a eles aplicáveis as disposições da Lei 1.234/1950 e do Decreto 81.384/1978. Os servidores que mantêm contato direto, permanente e habitual com raios X e radiações ionizantes detêm o direito à jornada reduzida de vinte e quatro horas, independentemente da qualificação profissional, em face do risco à saúde a que ficam expostos.

II. No entanto, a opção feita pelos servidores da Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN de percepção da Gratificação de Desempenho de Atividade de Ciência e Tecnologia – GDTC, com regime de trabalho de dedicação exclusiva, impede o pagamento de horas extras e diferenças decorrentes ou reflexas relativamente à jornada excedente a 24 horas semanais previstas no art. 1º, a, da Lei 1.234/1950, enquanto paga a referida gratificação (ou seja, no período entre 30/10/1997 a 05/09/2001).

III. Com a extinção da GDCT, que remunerava as horas excedentes à jornada especial, é devida a redução da jornada de trabalho para as 24 horas semanais, sem decesso remuneratório, inclusive porque a gratificação criada em 06/09/2001 (GDACT) foi vinculada ao desempenho do servidor, e, ainda, porque a Medida Provisória 2.229-43/2001, que reestruturou a carreira do CNEN, expressamente ressalvou a jornada de trabalho para os cargos amparados por legislação específica (art. 5º), que é o caso dos que expostos permanente e habitualmente a raios X e radiação ionizante.

IV. Apelação improvida. Remessa oficial provida parcialmente, tão somente para excluir da condenação o pagamento de horas extras no período de 30/10/1997 a 05/09/2001.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação e dar parcial provimento à remessa oficial.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 09/11/2011.

Desembargadora Federal *Ângela Catão*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Paulo Ney de Araújo Barros e outros, qualificados nos autos, ajuizaram a presente ação ordinária contra a Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN, objetivando a redução de jornada de trabalho para 24 horas semanais e pagamento da gratificação por trabalhos com raios X em percentual de 40% sobre os vencimentos, acrescidos das horas extras e adicional, bem como para condenação da ré a pagar a cada um dos autores as 16 horas extras trabalhadas por semana, acrescidas de adicional de 50%, com todos os reflexos remuneratórios.

Narram que são servidores da CNEN, sujeitos ao Regime Jurídico Único, e que nos exercícios de suas atividades profissionais têm contato direto com substâncias radioativas.

Os autores afirmam que a legislação prevê que as pessoas que trabalham com esse tipo de material devem receber vantagens pecuniárias e ter uma jornada de trabalho reduzida, e que a Lei 1.234/1950 determina (art. 1º) que a jornada de trabalho das pessoas que trabalham com radiação deve ser de 24 horas semanais. Porém, os autores alegam que se submetem a uma jornada de trabalho de 8 horas diárias com remuneração pela hora normal, com o que não concordam.

Alegam que a Lei 1.234/1950 estabelece jornada especial para as pessoas que trabalham com radiação e que o Regime Jurídico Único e o Plano de Carreiras

da CNEN não alteraram os fundamentos da citada legislação, defendendo, ainda, que a Lei 1.234/1950 permanece em vigor e tem compatibilidade com os arts. 7º, XXII, e 39, § 3º, ambos da CR/1988, e fundamentalmente com as exceções contidas no RJU (art. 19, § 2º), e seu Decreto regulamentador (art. 1º, I, do Decreto 1.590/1995).

Após o processamento do feito, foi proferida a sentença de fls. 275-286 que julgou parcialmente procedente o pedido, para assegurar aos autores o cumprimento de jornada de trabalho de 24 horas semanais, sem redução da remuneração, e condenar a ré no pagamento das diferenças remuneratórias decorrentes das dezesseis horas semanais laboradas pelos autores além da carga máxima de trabalho prevista no art. 1º, da Lei 1.234/1950, como horas suplementares, inclusive com a incidência do adicional de serviço extraordinário de 50% de que trata o art. 73 da Lei 8.112/1990, respeitada a prescrição das parcelas vencidas no quinquênio que antecedeu o ajuizamento da ação. Condenou a CNEN ao pagamento das parcelas pretéritas acrescidas de correção monetária e juros de mora de 0,5% a.m, a partir da citação. Por fim, considerando que os autores decaíram de parte mínima do pedido, condenou a autarquia no pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor a ser liquidado.

Houve remessa oficial.

A Comissão Nacional de Energia Nuclear apresenta apelação às fls. 288-297 sustentando, em

síntese, a inexistência de comprovação da efetiva exposição à irradiação por período habitual, na forma com que exigida pela Lei 1.234/1950, regulamentada pelo Decreto 81.384/1978. Alega que a Lei 1.234/1950 em destinação exclusiva aos trabalhadores regidos pela CLT, sendo inaplicável aos servidores submetidos à Lei 8.112/1990. Afirma a incompatibilidade da Lei 1.234/1950 com a Lei 8.460/1993, já que este diploma, tratando do plano de carreira específico para a área de Ciência e Tecnologia, incluídos os servidores do CNEN, prevê expressamente a jornada de 30 e 40 horas semanais, devendo, portanto, ante a especificidade e posterioridade àquela, prevalecer. Tece considerações sobre a incompatibilidade entre dedicação exclusiva, para a qual percebem gratificação, e regime reduzido/especial de 24 horas semanais. Requer o provimento do recurso, reformando-se a sentença para que seja julgado improcedente o pedido dos autores.

Os autores apresentaram contrarrazões às fls. 307-318, pugnando pelo não provimento do recurso.

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do apelo (fls. 357-359-v).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Trata-se de remessa oficial e apelação contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, para assegurar aos autores o cumprimento de jornada de trabalho de 24 horas semanais, sem redução da remuneração, e condenar a ré no pagamento da diferenças remuneratórias decorrentes das dezesseis horas semanais laboradas pelos autores além da carga máxima de trabalho prevista no art. 1º, da Lei 1.234/1950, como horas suplementares, inclusive com a incidência do adicional de serviço extraordinário de 50% de que trata o art. 73 da Lei 8.112/1990.

A Comissão Nacional de Energia Nuclear apresenta apelação às fls. 288-297 sustentando, em síntese, a inexistência de comprovação da efetiva exposição à irradiação por período habitual, na forma com que exigida pela Lei 1.234/1950, regulamentada pelo Decreto 81.384/1978. Alega que a Lei 1.234/1950 em destinação exclusiva aos trabalhadores regidos pela CLT, sendo inaplicável aos servidores submetidos à Lei 8.112/1990. Afirma a incompatibilidade da Lei 1.234/1950 com a Lei 8.460/1993, já que este diploma,

tratando do plano de carreira específico para a área de Ciência e Tecnologia, incluídos os servidores do CNEN, prevê expressamente a jornada de 30 e 40 horas semanais, devendo, portanto, ante a especificidade e posterioridade àquela, prevalecer. Tece considerações sobre a incompatibilidade entre dedicação exclusiva, para a qual percebem gratificação, e regime reduzido/especial de 24 horas semanais.

Quanto à ausência de comprovação de exposição à irradiação por período habitual, não merece trânsito a alegação da CNEN.

Isto porque a questão restou incontroversa e, também, comprovada nos autos (p. ex. fls. 36-56), tendo, inclusive, a parte ré expressamente manifestado pela desnecessidade de produção de prova pericial que anteriormente havia requerido (cf. fl. 233), já que “a questão controversa nos autos é somente de matéria de direito e não de questão de fato que já está cabalmente provada nos autos através dos documentos juntados” (fl. 250).

No mais, sobre a jornada de trabalho dos servidores federais, assim dispõe o Decreto 1.590/1995:

Art. 1º. A jornada de trabalho dos servidores da Administração Pública Federal Direta, das autarquias e das fundações públicas federais, será de 08 horas diárias, e:

I - carga horária de 40 horas semanais, exceto nos casos previstos em lei específica, para os ocupantes de cargos de provimento efetivo.

Tal ato normativo, de natureza geral, mas paralelamente de efeitos concretos, teve sua origem no disposto no art. 19 da Lei 8.112/1990, com nova redação dada pelo art. 22 da Lei 8.270/1991, cujo teor é o seguinte:

Art. 19. Os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis e oito horas diárias, respectivamente.

§1º - O ocupante de cargo em comissão ou função de confiança é submetido ao regime de integral dedicação ao serviço, podendo ser convocado sempre que houver interesse da Administração.

§2º - O disposto neste artigo não se aplica à duração de trabalho estabelecida em leis especiais.

Nos termos da legislação em vigor, a jornada de trabalho dos servidores públicos federais, *salvo em casos especiais*, pode variar de seis a oito horas diárias,

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Kassio Nunes Marques e Néviton Guedes.

respeitado sempre o limite máximo de quarenta horas semanais.

Tendo os autores exercido atividades em contato permanente e habitual com raios X e radiações ionizantes, percebendo, inclusive, as gratificações correspondentes, a eles aplicáveis as disposições da Lei 1.234/1950 e do Decreto 81.384/1978. Os servidores que mantêm contato direto, permanente e habitual com raios X e radiações ionizantes detêm o direito à jornada reduzida de vinte e quatro horas, independentemente da qualificação profissional, em face do risco à saúde a que ficam expostos, de acordo com legislação especial.

Também reconhecendo a imperiosidade de máxima proteção aos servidores submetidos à exposição de raios X, inclusive, a própria Lei 8.112/1990 reconheceu-lhes, além dos direitos previstos em legislação específica, como já visto, direito ao gozo de 20 (vinte) dias consecutivos de férias, por semestre de atividade profissional, proibida em qualquer hipótese a acumulação (art. 79).

Mister frisar que tem os tribunais federais pátrios entendido que

[...] a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer a garantia constitucional à jornada de trabalho não superior a 44 horas semanais, prevista em seu artigo 7º, XIII, e estendida aos servidores públicos por força do artigo 39, §3º, o fez a fim de instituir uma proteção constitucional mínima dos servidores públicos, possibilitando que referida garantia seja ampliada pelo legislador infraconstitucional. Dessa forma, não há que se falar em incompatibilidade entre a Lei 1.234/1950 e a Carta Maior. - Compete salientar que a Lei 1.234/1950 é uma lei especial em relação à Lei 8.112/1990, conferindo regulamentação específica aos danos que a radiação pode causar, estabelecendo direitos e vantagens aos servidores que operem diretamente, de modo não esporádico e nem ocasional, com Raio X e substâncias radioativas. Dentre esses direitos, inclui-se o regime máximo de 24 horas semanais de trabalho. Destarte, em face de suas atividades, por possuírem jornada de trabalho própria, devem os autores seguir, nesse aspecto, aos ditames da lei especial e não a regra geral prevista no Estatuto dos Servidores Públicos Federais (APELRE 200651010039302, Des. Federal Vera Lucia Lima, TRF2 - Oitava Turma Especializada, 03/06/2011.)

Mutatis mutandis, confira-se o seguinte julgado:

Recurso especial. Administrativo. Servidores operadores de Raio-X. Jornada semanal. Lei 1.234/1950 e Lei 8.112/1990.

Inviável a pretensão de que os servidores que operam com raio-x cumpram a jornada semanal de 24 horas junto às fontes de radiação, e

complementem o que faltar, até atingir a jornada de 40 horas, em outros setores. Não se caracteriza a alegada contrariedade aos dispositivos das mencionadas leis, tendo em conta a expressa disposição do art. 19 do RJU em relação à duração de trabalho estabelecida em leis especiais, no caso, a de 1.234/50. Recurso desprovido.

(REsp 200101366470, Min. José Arnaldo da Fonseca, STJ - Quinta Turma, 05/08/2002.)

No mesmo sentido, os seguintes julgados:

Administrativo. Servidor público. Horas extras. Raios X. Substâncias radioativas. Lei 1.234/1950. Jornada de trabalho de 24h.

1. Os servidores federais operadores de raio-x estão sujeitos a regime horário da lei especial, e não ao regime geral. Assim, correta a sentença que albergou, em favor de servidores do Instituto Nacional do Câncer - INCA, e na trilha de vários julgados, o pagamento das horas-extras entre setembro/2000 e agosto/2001, quando erradamente se lhes impôs jornada excedente à de 24h semanais.

2. Os autores provaram os requisitos necessários para que sejam beneficiários do regime previsto na Lei 1.234/50. Foram comprovadas as jornadas de trabalho de 40h semanais e a exposição aos riscos dos raios X e das substâncias radioativas, de forma direta e permanente.

(...omissis...) (APELRE 200451010090165, Desembargador Federal Guilherme Couto, Trf2 - Sexta Turma Especializada, 03/08/2010) (grifos não constam do original)

Administrativo. Servidor público. Atribuições de técnico em radiologia. Manuseio de equipamento de Raio-X. Exposição habitual a elementos radioativos. Prescrição quinqüenal. Adicional de periculosidade. Vantagens pessoais. Reajuste. Jornada especial de 24 horas semanais prevista na Lei 1.234/1950. Férias de 20 dias consecutivos por semestre. Direito à remuneração das horas excedentes e das férias não gozadas. Correção monetária. Juros moratórios.

Às obrigações de trato sucessivo, como entende a jurisprudência dominante, deve-se aplicar a súmula 85 do STJ, que afasta a prescrição do fundo de direito, porém, prevê a prescrição das parcelas vencidas há mais de cinco anos do ajuizamento da ação. Com o advento da Lei 8.270, de 17 de dezembro de 1991, que dispôs sobre reajuste da remuneração dos servidores públicos, correção e reestruturação de tabelas de vencimentos, os índices dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, bem como a gratificação de raio X, percebidos pelos servidores federais foram reduzidos. A diferença existente entre o antigo percentual e o novo foi transformada em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI. É assegurada ao funcionário público a irredutibilidade de vencimentos, não havendo impedimento para que a Administração altere a composição dos seus vencimentos, retirando vantagens, gratificações, reajustes, desde que não

haja redução do montante até então percebido. Tendo sido observada tal regra, a manutenção da sentença se impõe. A jurisprudência consolidou-se no sentido de que sobre a vantagem pessoal derivada da diferença da aplicação dos novos percentuais, somente devem incidir os reajustes em caso de aumento ou revisão de vencimentos concedidos de forma indistinta a todos os servidores. A legislação especial é clara ao estabelecer a carga horária máxima de 24 (vinte e quatro) horas semanais de trabalho, bastando para tal a habitual exposição a radiações radioativas. No caso, o reclamante laborava por 40 (quarenta) horas semanais, motivo pelo qual lhe advém o direito de ser ressarcido pelas horas extras trabalhadas. O requerente tem direito a 20 (vinte) dias consecutivos de férias, por semestre de atividade profissional, vedada a acumulação, conforme disposto no art. 79 da Lei n.º 8.112/90. Tendo o autor gozado apenas 30 dias de férias por ano, impõe-se a condenação da reclamada a lhe pagar as diferenças relativas aos períodos impagos, acrescidas do adicional de um terço.

(...omissis...). (Ac 200071000291837, Vânia Hack de Almeida, Trf4 - Terceira Turma, 11/10/2006) (grifos não constam do original)

Administrativo. Servidor Público. Prescrição Quinquenal. Inocorrência. Raio-X. Exposição Habitual. Comprovação. Jornada Semanal Reduzida e Pagamento de Horas Excedentes. Direito. Honorários Advocatícios. Majoração. Descabimento.

1. Embora a pretensão deduzida trate de relação jurídica de trato sucessivo, como no quinquênio anterior à propositura da ação a postulante sequer ocupava o cargo cuja carga horária ora questiona, não há parcelas prescritas.

2. A jornada de trabalho dos servidores que operam diretamente com Raios-X e substâncias radioativas, próximo às fontes de irradiação, rege-se pelo comando do art. 1º, "a", da Lei 1.234/50.

3. Hipótese em que a postulante acha-se lotada no Centro Regional de Ciências Nucleares da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN, atendendo a emergências radiológicas, inspecionando as instalações radiativas e monitorando a área, percebendo em seus contracheques Gratificação de Raios-X e adicional de irradiação ionizante.

4. Demonstrada a exposição habitual e permanente da autora ao agente agressivo, faz jus à jornada de trabalho reduzida, tal como previsto no citado diploma.

5. Por estar sujeita a uma carga de trabalho semanal de 40 horas, conforme comprovado nos autos, há direito ao pagamento das horas excedentes trabalhadas.

(...omissis...) (APELREEX 200983000096470, Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, TRF5 - Terceira Turma, 10/06/2011) (grifos não constam do original)

Administrativo. Militar. Operação de raio-x. Submissão ao regime da lei 1.234/50. Jornada de trabalho de 24 horas semanais. Descumprimento. Imposição de jornada de 40 horas semanais. Horas extraordinárias. Retribuição patrimonial.

1. O art. 1o. da Lei 1.234/50 limitou a 24 horas semanais a jornada de trabalho de servidores civis e militares que exercem atividades ligadas à operação com aparelhos de Raio-X.

2. Estando o servidor submetido a uma jornada de trabalho de 24 horas semanais, esta carga horária deve ser respeitada. Caso contrário, se a Administração Pública impõe uma jornada superior à fixada em Lei, as horas trabalhadas a mais devem ser indenizadas, independentemente da atividade desempenhada. Precedente: AC 231.853-PE, Des. Federal PETRUCIO FERREIRA, DJU. 09.11.01, p. 717.

3. Remessa Oficial e Apelação improvias.

(AC 200483000124892, Des. Federal Manoel Erhardt, TRF5 - Segunda Turma, 15/04/2008.)

No caso concreto, no entanto, de acordo com o confessado pelos autores (fl. 220), eles optaram pelo recebimento da Gratificação de Desempenho de Atividade de Ciência e Tecnologia – GDTC, instituída pelo art. 15 da Medida Provisória 1.548-37, de 30/10/1997, pelo regime de trabalho com dedicação exclusiva, que implica na obrigação de prestar 40 horas semanais de trabalho.

Embora os autores aleguem estarem sujeitos a duração de trabalho prevista em lei especial (24 horas semanais, conforme art. 1º, *a*, da Lei 1.234/1950), não se pode olvidar que também lhes é aplicável subsidiariamente o § 1º do art. 19 referido, segundo o qual o ocupante do cargo em regime integral de dedicação exclusiva pode ser convocado sempre que houver interesse da administração.

Assim, não há que se falar no pagamento de horas extras, acrescidas do respectivo adicional, bem como sua incorporação à remuneração mensal, durante o período de percepção da GDTC.

Isto porque, durante o período em que perceberam a referida Gratificação de Desempenho de Atividade de Ciência e Tecnologia – GDTC, pelo regime de trabalho com dedicação exclusiva, ou seja, para as horas que superam as 24 horas semanais previstas no art. 1º, *a*, da Lei 1.234/1950, a pretensão implica receber duplamente pelo mesmo período, representando locupletamento ilícito, o que é de todo inadmissível.

Assim, é de se concluir que a jornada de trabalho dos autores originou-se do poder discricionário conferido ao legislador e da própria vontade dos servidores, estando, pois, em absoluta harmonia com o art. 19 da Lei 8.112/1990, não havendo que se falar em pagamento de horas suplementares, adicionais, juros

e diferenças decorrentes ou reflexas, no período entre 30/10/1997 a 05/09/2001.

Sobre a matéria destes autos, confirmam-se os seguintes julgados desta c. Turma:

Administrativo. Servidor público federal. CNEN. Pagamento de horas extras cumulativamente com gratificação de desempenho de atividade de ciência e tecnologia. Regime de dedicação exclusiva. Impossibilidade. Lei. 1234/1950. Remessa oficial e apelação acolhidas. Sentença reformada.

1. Pretensão cujo objeto é o recebimento de diferença remuneratória a título de hora extra decorrente de jornada de trabalho fixada em tempo superior a 24 horas semanais, previsto na Lei 1.234/50.

2. Por força da regra geral prevista no artigo 19 da Lei 8.112/90, “os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente.”

3. “A opção feita pelos servidores da comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN de percepção da Gratificação de Desempenho de Atividade de Ciência e Tecnologia - GDTC com regime de trabalho com dedicação exclusiva, impede o pagamento de horas extras e diferenças decorrentes ou reflexas relativamente à jornada excedente a 24 horas semanais previstas no art. 1º, a, da Lei 1.234/50.” (TRF 1ª Região, AC 199938000374721, Primeira Turma, Relator: Juiz Federal Miguel Ângelo Alvarenga Lopes, julgado em 22.03.2006, publicado no DJ de 24.04.2006)

(...omissis...).

(AC 200438000282867, Juiz Federal Antônio Francisco do Nascimento (convocado), Trf1 - Primeira Turma, 02/03/2010) (grifos não constam do original)

Administrativo. Servidor público. Pagamento de horas extras. CNEN. Gratificação de desempenho de atividade de ciência e tecnologia. Dedicação exclusiva ao trabalho. Lei 1.234/50. Improcedência do pedido.

1. A opção feita pelos servidores da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN de percepção da Gratificação de Desempenho de Atividade de Ciência e Tecnologia - GDTC com regime de trabalho com dedicação exclusiva, impede o pagamento de horas extras e diferenças decorrentes ou reflexas relativamente à jornada excedente a 24 horas semanais previstas no art. 1º, a, da Lei 1.234/50.

2. Apelação não provida.

(AC 1999.38.00.037472-1/MG, rel. Juiz Federal Miguel Ângelo Alvarenga Lopes (convocado), Primeira Turma, DJ, p. 67, de 24/04/2006.) (grifos não constam do original.)

No entanto, com a extinção da GDCT, que remunerava as horas excedentes à jornada especial, é devida a redução da jornada de trabalho, sem decesso remuneratório, inclusive porque a gratificação criada (GDACT) foi vinculada ao desempenho do servidor, não mais substituindo a sobre-jornada.

Por oportuno, ressalto que não há que se falar em repristinação de lei uma vez que a Medida Provisória 229-43/2001 expressamente ressaltou a jornada de trabalho para os cargos amparados por legislação específica (art. 5º), que é o caso dos que expostos permanente e habitualmente a raios X e radiação ionizante, e extinguiu a gratificação que compensava as horas extras.

Ante todo o exposto, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial, tão somente para excluir da condenação o pagamento de horas extras no período de 30/10/1997 a 05/09/2001.

É como voto.

Segunda Turma

Numeração única: 0004290-54.2009.4.01.3500

Apelação Cível 2009.35.00.004344-0/GO

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves
 Apelante: Sindicato dos Servidores Públicos Federais do Estado de Goiás
 Advogado: Dr. Cleiton Kennidy Aires Rodrigues
 Apelante: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Apelante: União Federal
 Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
 Apelados: os mesmos
 Remetente: Juízo Federal da 8ª Vara SJ/GO
 Publicação: e-DJF1 de 16/02/2012, p. 72

Ementa

Constitucional e Administrativo. Servidor público. Extinção do DNER. Redistribuição dos servidores da ativa para o DNIT. Quadro específico. Criação de plano especial de cargos na nova autarquia. Extensão de vantagens para os servidores aposentados do DNER. Ilegitimidade passiva do DNIT. Possibilidade de deferimento do pleito. Aplicação do art. 40, § 8º, da Constituição Federal, c/c art. 7º da Emenda Constitucional 41/2003. Imputação da obrigação à União. Lei 10.233/2001, art. 117.

I. Por ocasião da edição da Lei 10.233/2001, foram criados o Departamento Nacional de Infraestrutura Terrestre – DNIT e a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, para assumirem as tarefas até então desempenhadas pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER, extinto com base no mesmo diploma legal que criou as autarquias acima mencionadas.

II. Coube ao DNIT assumir a quase totalidade das atribuições da entidade extinta, tanto assim que dela recebeu para seu quadro específico cerca de 2.500 servidores.

III. Instituído pela Lei 11.171/2005 o plano especial de cargos voltado, também, ao benefício de todos os servidores do DNIT originariamente vinculados ao DNER, os servidores dessa autarquia já aposentados antes de sua extinção devem ser igualmente beneficiados pelo aludido plano vencimental, em atenção ao que dispõem o art. 40, § 8º, da CF/1988, com a redação que lhe foi dada pelo art. 1º da EC 20/1998, e o art. 7º, da EC 41/2003.

IV. De fato, a possibilidade de secessão da vinculação que unia os servidores ativos e inativos do DNER, em face de sua extinção, não tem o condão de vulnerar a garantia isonômica a esses conferida pelos dispositivos constitucionais acima gizados. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

V. Cabendo ao Ministério dos Transportes a responsabilidade pelo pagamento das aposentadorias e pensões dos servidores aposentados pelo DNER (art. 117 da Lei 10.233/2001), é da União o ônus de efetivar o pagamento das vantagens financeiras a eles reconhecidas, já que, estando inativados, não podem ser transferidos, por redistribuição, para os quadros do DNIT, eis porque a nova Autarquia instituída é parte ilegítima para compor a relação processual.

VI. Honorários advocatícios, a cargo da União, arbitrados em R\$ 10.000,00, e a cargo do sindicato autor, em relação ao DNIT, fixados em R\$ 3.000,00.

VII. Apelação da União desprovida.

VIII. Provimento integral da apelação do DNIT.

IX. Apelação do sindicato autor e remessa oficial parcialmente providas.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação da União, dar provimento à apelação do DNIT e dar parcial provimento à apelação do sindicato autor e à remessa oficial.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 1º/02/2012.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Trata-se de apelações interpostas pelo Sindicato dos Servidores Públicos Federais do Estado de Goiás, pelo Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT e pela União, contra a sentença (fls. 425-435, integrada a fls. 444-446) proferida pelo Juízo Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, que julgou procedentes os pedidos formulados na inicial com vistas ao enquadramento dos associados do sindicato autor, servidores aposentados do

extinto DNER, no plano especial de cargos do DNIT, implantado pela Lei 11.171/2005, com condenação dos demandados ao pagamento das diferenças resultantes.

Honorários em favor do autor arbitrados em R\$ 1.000,00 (R\$ 500,00 para cada réu).

O Sintsep/GO recorre da sentença apenas com vista à majoração da verba advocatícia, por ele considerada incompatível com as prescrições do art. 20, §§ 3º e 4º do CPC, pugnando, pois, pela fixação de

tal parcela em 10% do valor apurado na liquidação do julgado (fls. 453-459).

O DNIT, a seu turno, recorre a fls. 465-487, aduzindo, *em resumo*:

- que é parte ilegítima para compor a relação processual, uma vez que os servidores aposentados do DNER jamais foram transferidos para os seus quadros, ficando, isto sim, sob responsabilidade do Ministério dos Transportes;

- que não foi aplicada corretamente a prescrição, já consumada à época do ajuizamento da ação, já que reduzido o prazo correlato para três anos, em razão do advento do novo Código Civil;

- que os associados do sindicato autor não têm direito ao enquadramento no plano especial de cargos instituído pela Lei 11.171/2005, porque o DNIT não foi sucessor do DNER, sendo que os servidores aposentados desse extinto departamento passaram, por força da Lei 10.233/2001, a ficar sob a responsabilidade funcional do Ministério dos Transportes;

- que o instituto da redistribuição de servidores não se aplica aos mencionados associados, visto que apenas aqueles em atividade por ocasião da extinção de uma determinada entidade é que podem ser reaproveitados pela Administração, o que não ocorre em relação aos servidores inativos.

A União manifestou apelação a fls. 544-549, aduzindo a impossibilidade de acolhimento da pretensão exordiana em face da necessidade de obediência ao princípio da legalidade, agredido pela sentença proferida na origem, uma vez que a Lei 11.171/2005 permitiu a inclusão no Plano Especial de cargos do DNIT apenas para os servidores que ali estivessem lotados até 1º de outubro de 2004, ou que viessem a ser redistribuídos com base em pedidos formulados até 31 de julho de 2004.

Alega ainda que não houve, na situação em apreço, ofensa ao princípio da isonomia, visto que o DNIT não foi criado com o fim de suceder ou substituir o DNER e que, portanto, apenas os servidores que prestam serviço efetivo para essa nova autarquia é que podem ser enquadrados no sobredito plano de cargos.

Contrarrazões a fls. 501-515, 519-537, 540-543 e 552-566.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Analiso primeiro, porque pertinente, os recursos aviados pelas partes demandadas.

Em primeiro lugar, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva do DNIT porque, como melhor explicitado na fundamentação que se seguirá, estando aposentados os associados do sindicato autor quando da criação do referido departamento, não poderiam ser aqueles contemplados por nenhuma espécie de procedimento que lhes permitisse vir a ser *funcionalmente* vinculados à novel entidade, sendo igualmente certo que, o só fato de terem eles sido transferidos à responsabilidade do Ministério dos Transportes não importa, *per si*, em nenhuma violação a direito adquirido.

Aprecio ainda a questão relativa à prescrição quinquenal, questão cognoscível até mesmo de ofício, para de pronto rejeitar a aplicação desse instituto no caso dos autos, tendo em vista que o Decreto 20.910/32 não foi, por óbvio, revogado pelo Código Civil de 2002, tendo em vista que, consubstanciando norma de natureza especial quando comparado com Diploma Substantivo, em relação a este, prevalece no que se refere à prescrição relativa a créditos ostentados em face da Fazenda Pública.

A propósito:

Processual Civil e Administrativo. Execução de título judicial contra a Fazenda Pública. Prescrição. Não ocorrência. Ação de conhecimento e execução. Prazos autônomos. Termo inicial. Trânsito em julgado da sentença no processo de conhecimento. Inaplicabilidade do Código Civil. Matéria de Direito Público. Decreto 20.910/1932. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial.

1. A Primeira Seção, no julgamento dos EREsp 1.081.885/RR, rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 13.12.2010, Dje 1º.2.2011, consolidou o entendimento segundo qual nas ações contra a Fazenda Pública aplica-se o prazo prescricional quinquenal nos termos do art. 1º do Decreto n. 20.910/32, pois o Código Civil é um “diploma legislativo destinado a regular as relações entre particulares, não tendo invocação nas relações do Estado com o particular”.

2. Ressalta que tais precedentes referem-se aos casos de responsabilidade civil do Estado, porém tal entendimento aplica-se ao caso dos autos, porquanto o cerne da questão refere-se ao

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Renato Martins Prates e Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocados).

prazo prescricional nas ações contra a Fazenda Pública e aplicabilidade dos prazos prescricionais estabelecidos no Código Civil, não influenciando a natureza da causa.

3. O art. 1º do Decreto n. 20.910/32 deve ser aplicado a todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública, seja ela federal, estadual ou municipal, independentemente da natureza da relação jurídica. Assim, é inaplicável ao caso o art. 206, § 2º, do Código Civil.

4. No caso dos autos, a sentença na fase de conhecimento transitou em julgado em 31.8.2005, e a execução foi proposta no dia 2.4.2009, ou seja, dentro do prazo prescricional de cinco anos.

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no AREsp 23.638/SC, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/11/2011, DJe 23/11/2011.)

Quanto mais, trago como razões de decidir a fundamentação por mim expendida nos autos da AC 2006.34.00.006627-7/DF cujo acórdão, já transitado em julgado, encontra-se em fase de execução:

Com a edição da Lei 10.233/2001 foi determinada a extinção do DNER, imputando-se ao DNIT (principalmente) e à ANTT a atribuição de seguir desempenhando as mesmas atividades da autarquia extinta.

Com efeito, assim dispôs a Lei 10.233/2001:

Art. 79. Fica criado o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT, pessoa jurídica de direito público, submetido ao regime de autarquia, vinculado ao Ministério dos Transportes.

Art. 102-A. Instaladas a ANTT, a ANTAQ e o DNIT, ficam extintos a Comissão Federal de Transportes Ferroviários - COFER e o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER e dissolvida a Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes - GEIPOT.

(nosso o destaque)

O que postula a apelante, em resumo, é a extensão aos seus associados da vantagem pecuniária decorrente da edição da Lei 11.171/2005, no que se refere ao padrão remuneratório concedido aos servidores oriundos do DNER que passaram a fazer parte do quadro específico do DNIT, nos moldes preconizados pelo art. 113 da Lei 10.233/2001, verbis:

Art. 113. Ficam criados os quadros de Pessoal Específico na ANTT, na ANTAQ e no DNIT, com a finalidade de absorver servidores do Regime Jurídico Único, dos quadros de pessoal do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER e do Ministério dos Transportes

Tais servidores, segundo o que dispôs o art. 3º da Lei 11.171/2005, foram contemplados com o Plano Especial de Cargos do DNIT, estabelecido, este, nos seguintes moldes:

Art. 3º. Fica criado, a partir de 1º de janeiro de 2005, o Plano Especial de Cargos do Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT, composto pelos cargos de provimento efetivo do Plano de Classificação de Cargos - PCC, instituído pela Lei no 5.645, de 10 de dezembro de 1970, ou de planos correlatos das autarquias e fundações públicas não integrantes de carreiras estruturadas, regidos pela Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990, pertencentes ao Quadro de Pessoal do DNIT, nele lotados em 1º de outubro de 2004, ou que venham a ser para ele redistribuídos, desde que as respectivas redistribuições tenham sido requeridas até 31 de julho de 2004.

Pois bem, a questão relativa à paridade vencimental entre servidores ativos e inativos recebeu tratamento constitucional desde a origem do sistema jurídico superior inaugurado em outubro de 1988, sendo assim tratada pelo legislador constituinte originário:

Art. 40. O servidor será aposentado:

§ 4º Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.

Com o advento da Emenda Constitucional 20/98, a redação do art. 40, § 4º, do Diploma Político foi materialmente alterada, passando a disciplina nele contida a ser tratada na forma do § 8º do mesmo artigo, senão, vejamos:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 8º Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

A regra paritária entre servidores ativos e inativos permaneceu alçada à condição de garantia constitucional até o advento da Emenda Constitucional 41/2003, a partir de quando deixou de receber assento em nosso Livro Regra.

Todavia, o Legislador Derivado estabeleceu um mecanismo de transição, a fim de salvaguardar o direito isonômico aos servidores já aposentados por ocasião da edição do referido texto reformador, consoante se extrai da dicção contida no art. 7º da já mencionada EC 41/2003, *in verbis*:

Art. 7º Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

Registro, por oportuno, que a perda do status constitucional do mecanismo isonômico dos servidores federais aposentados não lhes retirou por completo esse direito, porquanto o art. 189, parágrafo único, da Lei 8.112/1990, plenamente em vigor, ainda o mantém hígido em nosso ordenamento jurídico.

Eis a dicção do referido texto legal:

Art. 189. O provento da aposentadoria será calculado com observância do disposto no § 3º do art. 41, e revisto na mesma data e proporção, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade.

Parágrafo único. São estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidas aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes de transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria.

Como visto, malgrado rebaixado à ordem de garantia legal, o direito dos servidores aposentados à paridade permanece íntegro, vinculando a pública administração, enquanto não houver efetiva revogação do preceito legal acima transcrito.

Na espécie, pretende a Associação apelante obter a reforma da sentença que rejeitou o pedido por ela formulado no sentido de assegurar aos seus associados, aposentados até a edição da EC 41/2003, o direito de serem contemplados com as vantagens pecuniárias inauguradas com a edição da Lei 11.171/2005.

Nesse contexto, análise de início as alegações contidas na sentença ora examinada para, com a devida vênia do seu ilustre prolator, concluir em sentido distinto do que nela foi consignado.

Em primeiro lugar, entendo que o aspecto formal de todo o procedimento de extinção do DNER e da conseqüente criação do DNIT e da ANTT não pode prevalecer diante do que materialmente se concretizou.

De fato, malgrado não tivesse formalmente ocorrido uma sucessão jurídica entre o DNER e, principalmente, o DNIT, não foi outra a conseqüência prática de toda a engenharia levada a efeito pela Lei 10.233/2001.

Aliás, assim o reconhece o próprio DNIT em suas contra-razões, quando textualmente afirma que ele próprio e a ANTT foram criados pela Lei 10.233/2001 para absorver, cada uma em sua área de atuação específica, as atribuições do extinto DNER.

Mais que isso, deixa entrever o DNIT que a opção pela inexistência de sucessão pura e simples teve por finalidade precípua o afastamento de todo o passivo da autarquia extinta, este que teria ficado a cargo da União.

Ora, o maior passivo que o DNER poderia ter, observada a grandiosidade de seu quadro funcional, seria justamente aquele relativo às ações judiciais contra ele ajuizadas, por seus servidores, além do pagamento das aposentadorias e pensões aos servidores inativos e seus dependentes, dispêndio considerado como passivo em razão da inexistência de contraprestação laboral que o justificasse.

Disso resulta que a criação de duas novas autarquias com vistas à assunção das atribuições daquela que foi extinta, se mostraria economicamente mais viável para o Governo Federal, porque assim o fazendo poderia deixar para a administração central o custo das aposentadorias e pensões, permitindo assim, por uma via oblíqua, a possibilidade de majoração dos vencimentos dos servidores em atividade do órgão extinto, que em sua imensa maioria foram aproveitados no DNIT.

Observe-se, por importante, que se a criação do DNIT objetivasse de fato apenas repelir o passivo do DNER referente às ações judiciais então em curso ou aos demais débitos de natureza administrativa, bastaria que a administração levasse a efeito ato normativo com essa finalidade, transferindo para a União todo esse custo, sem a necessidade de extinção do DNER. Todavia, essa medida não surtiria o efeito de afastar dos quadros da autarquia as despesas com os servidores inativos, estes que, então albergados pelo art. 40, § 8º, da Constituição Federal, permaneceriam tendo sua remuneração vinculada à dos servidores em atividade.

Portanto, a única forma de se tentar evitar a manutenção da referida paridade seria a extinção do DNER, com a redistribuição dos servidores em atividade para a entidade que foi criada com a finalidade de substituir o ente extinto, transferindo-se os ônus do pagamento dos benefícios previdenciários deste para um órgão da administração central, no caso, o Ministério dos Transportes.

Além de se me afigurar irregular, por configurar uma burla à regra superior inserida no prefalado art. 40, § 8º, da CF, com a redação que lhe foi dada pela EC 20/98, a chancela judicial à adoção desse procedimento transverso importaria em perigoso precedente, já que diante do sucesso do procedimento levado a cabo com a extinção do DNER e criação do DNIT, poderia vir a Administração a adotar idêntica postura em outras entidades administrativas, prejudicando, assim, um sem número de servidores aposentados e pensionistas.

Imagine-se, por exemplo, que o INSS seja extinto e em seu lugar criado outra autarquia com idêntica finalidade, para lá se redistribuindo os servidores em atividade do instituto findo, mas transferindo-se para o Ministério da Previdência os custos relativos às aposentadorias e pensões dos servidores aposentados até o momento da sobredita extinção.

Veríamos, nessa hipótese, milhares de servidores aposentados desvinculados da remuneração paga a todos aqueles que seguiram exercendo funções idênticas às suas, mas que, por terem ingressado no serviço público em momento posterior, terminaram contemplados com uma alteração que lhes permitiria usufruir das benesses de todos os planos de cargos inaugurados após o advento da nova entidade.

A hipótese, portanto, seria de clara burla à regra constitucional em comento, esta que não pode ser subjugada por uma norma de quilate inferior, ainda que a agressão constatada não tenha sido frontal, mas, antes, engendrada de forma a aparentar uma inexistente compatibilidade vertical.

Em abono do que até agora foi dito, observe-se que tanto no âmbito do direito tributário, quanto na esfera do direito trabalhista, a questão relativa à responsabilidade por sucessão é tratada com todo o cuidado, sempre com a preocupação de se evitar a possibilidade de falseamento da realidade fática mediante estratégias jurídicas que levassem a esse caminho.

Veja-se, pois, o que dispõem os arts. 132 e 133 do Código Tributário Nacional:

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual. Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos

ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

Note-se, principalmente com os olhos postos na redação contida no parágrafo único do art. 132 acima transcrito, ser clara a preocupação do legislador com a imputação da responsabilidade tributária para o ex-sócio da pessoa jurídica extinta, quando ele permanecer na exploração da atividade econômica por aquela desempenhada.

E essa preocupação se justifica plenamente na medida em que se diferente fosse, os empresários menos sérios teriam facilitada a possibilidade de se furta de cumprir as obrigações tributárias a eles impostas, a partir da simples extinção da pessoa jurídica, fosse porque deficitária, fosse porque, mesmo eficiente, assoberbada de débitos fiscais, criando em seguida uma nova pessoa jurídica não contaminada pelo passivo tributário da anterior.

Já na esfera trabalhista, preceitua o art. 448 da CLT que:

Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

A proteção conferida ao trabalhador pela norma em comento também deriva da finalidade de se impedir o mau empregador de fechar as portas de sua pessoa jurídica, criando outra em seu lugar, para ato contínuo desempenhar as mesmas atividades da anterior, mas sem a mácula dos débitos trabalhistas por aquela contraídos.

Não se olvida o fato de não ter ocorrido, na espécie, a sucessão formal do DNER pelo DNIT. Todavia, calha à fiveleta a transcrição do seguinte precedente jurisprudencial oriundo do TRT de São Paulo, com relatoria do insigne e operoso magistrado e doutrinador, Valentin Carrion:

“A sucessão de empresas dispensa formalidade especial mesmo em se tratando de pessoas jurídicas de direito público. Basta que se considerem os elementos que integram a atividade empresarial: ramo, elementos do negócio, ponto, clientela, móveis, máquinas, organização e empregados”.

(AP 2.988/88, ac. 8º t.)

Ora, outra não é a hipótese dos autos, porque verificando-se que o acervo mobiliário, imobiliário e, principalmente, o corpo técnico do DNER (2446 servidores), foram transferidos para o DNIT, resulta evidente a sucessão da atividade por aquele exercida, pela nova entidade descentralizada, o que só vem a corroborar a tese aqui apresentada.

As prevalentes e ordinárias atividades públicas desempenhadas pelo DNER não sofreram solução de continuidade com a sua extinção, mas, ao contrário, continuaram sendo desempenhadas nos mesmos locais, com os mesmos bens permanentes, e com a utilização da mesma mão-de-obra anteriormente utilizada, pela nova longa manus criada, em seus próprios dizeres, a fim de absorver as atribuições do extinto DNER.

E é mesmo verdadeira essa afirmação, efetivamente comprovada a partir daquilo que foi consignado no art. 4º do Decreto 4.128/2002:

Art. 4º Durante o processo de inventariança, serão transferidos:

I - à União, na condição de sucessora, representada pela Advocacia-Geral da União, toda e qualquer ação judicial em curso, de qualquer natureza, em qualquer instância ou tribunal, no estado em que se encontrem, inclusive as em fase de execução, abrangendo os precatórios pendentes e os que vierem a ser expedidos, em que for parte ou interessada a Autarquia em extinção;

II - à União, na condição de sucessora, representada pelo Ministério da Fazenda, as obrigações financeiras decorrentes dos contratos firmados pela Autarquia em extinção, relativos aos refinanciamentos da dívida externa, bem como aqueles junto a organismos financeiros nacionais e internacionais, que estejam totalmente desembolsados;

III - ao DNIT:

a) contratos de projetos celebrados com organismos financeiros internacionais, ouvido previamente o Ministério dos Transportes, a fim de evitar solução de continuidade;

b) as obrigações financeiras relativas ao exercício de 2002, administradas pelo DNER, decorrentes de empréstimos com organismos financeiros nacionais e internacionais;

c) contratos, convênios e acervos técnicos, incluindo registros, dados e informações relativos à administração direta ou delegada de programas, projetos, obras e serviços, bem assim aqueles acessórios, pertinentes a infra-estrutura viária, que contenham recursos no Orçamento da União para 2001 ou 2002 e estejam em execução;

d) instalações, bens móveis e equipamentos pertencentes à Autarquia em extinção, localizados em todo o território nacional, utilizados pela Administração Central, pelo Instituto de Pesquisas Rodoviárias, pelos Distritos Rodoviários Federais e por suas Residências, assim como aqueles utilizados, a qualquer título, por serviços e repartições públicas municipais, estaduais e federais; (Redação dada pelo Decreto 4.234, de 15.5.2002)

e) licitações em andamento, na fase em que se encontrem, e que estejam na esfera de competência do DNIT, ouvido previamente o Ministério dos Transportes; e

f) a guarda e o controle de demais documentos integrantes do acervo documental da Autarquia em extinção, relativos a áreas de competência do DNIT, que, pelos termos da legislação aplicável, devam ainda ser conservados;

Ou seja, o DNIT adquiriu todas as instalações e bens móveis do DNER, além de ter assumido a responsabilidade pelos contratos, convênios e acervos técnicos da extinta autarquia.

Em relação ao acervo humano do DNER, é de se ver que nos termos das informações requestadas por esta Corte ao DNIT, ANTT e ANTAQ, percebe-se que a primeira entidade conta hoje com 2.446 servidores do DNER (sem ser informado se nesse rol estão incluídos aqueles aposentados após a sua instituição, ou nesse número deve ser acrescida lista dos servidores inativados já pelo DNIT), a ANTT com 188 servidores (sendo 10 já aposentados) e a ANTAQ, com 18 servidores da extinta autarquia.

Como visto, a esmagadora maioria dos servidores do DNER foi, sim, remanejada para o DNIT, sendo que menos de 10% deles foram encaminhados à ANTAQ e à ANTT, esta que também foi instituída para exercer pequeno percentual das funções outrora a cargo do desenhado Departamento. Vista a questão sob outro enfoque, a criação da ANTT, uma autarquia especial vinculada ao Ministério dos Transportes, resultou da simples subtração de um pequeno nicho de atuação do DNER, acrescida de outras atribuições que antes não ficavam a cargo do sobredito Departamento, donde se conclui que no caso da criação da ANTT, sem a extinção do DNER, não haveria comprometimento da natureza, tampouco da magnitude das atividades por ele desempenhadas e que, como regra, foram transferidas para o DNIT.

Voltando ao que foi dito pelo DNIT em suas contra-razões, é fato que houve uma verdadeira ruptura de atribuições, cindindo-se a extinta autarquia e criando-se dois novos entes descentralizados. Entretanto, antes de militar em favor da tese apresentada, a conclusão há de ser diametralmente oposta ao que sustenta o recorrente, porque em sendo assim, resulta claro que o DNER foi extinto não em razão do esgotamento de suas atribuições, mas por força de mera opção burocrática da administração, que resolveu dividir as atividades desenvolvidas pela autarquia então existente, imputando uma pequena parte delas à ANTT, e a sua grande maioria ao DNIT.

Obviamente é lícito ao administrador, com o devido aval do Poder Legislativo, alterar a estrutura organizacional da pública administração, ao considerar que assim atuando estará implementando maior eficiência para a desincumbência do múnus que lhe foi atribuído. Todavia, não poderá, jamais, à guisa de atender a esse objetivo, vulnerar uma garantia qualificada por seu status constitucional, repita-se, ainda que essa vulneração não tenha ocorrido de maneira frontal.

Por outro lado, não se me afigura correta a assertiva apresentada no sentido de que o art. 113

da Lei 10.233/2001 demonstraria a existência de redistribuição de servidores do DNER para outros órgãos da administração direta. Além de tal afirmação não ter sido acompanhada de nenhum documento que apontasse nesse sentido, a própria dicção do texto legal indica em sentido diverso. Senão, vejamos:

Art. 113. Ficam criados os quadros de Pessoal Específico na ANTT, na ANTAQ e no DNIT, com a finalidade de absorver servidores do Regime Jurídico Único, dos quadros de pessoal do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER e do Ministério dos Transportes.

Segundo a regra legal trazida a lume, os quadros de pessoal específicos nela referidos foram criados com a finalidade de absorver os servidores do RJU oriundos do DNER, sem nenhuma ressalva quanto ao seu quantitativo, ou mesmo referência de que a absorção então delineada seria limitada àqueles servidores necessários ao desempenho das funções na nova autarquia, até porque, se assim o fosse, nova ofensa ao princípio isonômico teria lugar, na medida em que se uma parte dos servidores do DNER fosse direcionada ao DNIT e outra parte à administração direta, estes últimos (ou mesmo os primeiros, conforme o caso) poderiam vir a ser prejudicados em relação aos demais.

Vale a ressalva de que essa linha de inteligência não induz à conclusão de que, em se tratando de redistribuição, todos os servidores do órgão extinto devem, sempre, seguir o mesmo caminho, porque na hipótese de ter havido verdadeira solução de continuidade da atividade exercida pela entidade extinta, é intuitivo que seus servidores seriam aproveitados nos demais quadros da administração, conforme a sua capacitação e a necessidade dos diversos órgãos.

Mas essa não é a hipótese dos autos, visto não ter havido extinção da atividade prestada, mas tão somente da entidade que a desempenhava, daí porque, se no novo ente criado em substituição ao anterior houver a disponibilidade para a “contratação” de todos os servidores vinculados àquele findo, todos eles deverão seguir o mesmo caminho, observadas as peculiaridades das atividades que desenvolviam.

Por isso é que não há irregularidade no desmembramento de servidores do DNER para a ANTT e para o DNIT, porque absorvendo essas autarquias as funções daquel'outra, os servidores que desempenhavam múnus correlato com as atribuições da ANTT foram para ela encaminhados, e aqueles que trabalhavam em área correlata às atribuições do DNIT, a esse Departamento se vincularam.

Apenas para constar, sendo ínfimo o número de servidores redistribuídos à ANTAQ, sequer pode se cogitar que a ocorrência dessa redistribuição seria contraprova ao fato de que o DNIT, em termos práticos, verdadeiramente sucedeu ao DNER, extirpando-se pequena parte de sua competência com a instituição da ANTT.

Argumenta-se, ainda, que a absorção de pessoal do DNER pelo DNIT ocorreu mediante redistribuição, que implica o deslocamento do cargo de provimento efetivo, ocupado ou vago, daí porque deveria se pressupor que somente os servidores em atividade, porque titulares de cargo público, poderiam ser redistribuídos ao DNIT. Assim, não podendo ser redistribuídos ao DNIT, os servidores aposentados não poderiam ser contemplados pelo plano de cargos relativo aos seus servidores...

Data vênia, penso tratar-se de mero sofisma.

Em primeiro lugar, a transposição dos servidores do DNER para o DNIT ocorreu mediante redistribuição, porque essa seria a única forma legal para se operacionalizar esse procedimento, em razão do que dispõe o art. 37, § 1º, da Lei 8.112/1990.

Ora, mesmo se o DNER tivesse sido extinto e criada outra autarquia em seu lugar com, por exemplo, o nome de “Novo DNER” (apenas para deixar mais clara a hipótese de simples alteração de entidades, sem modificação de sua competência), o aproveitamento de todos os servidores da longa manus extinta deveria ser feito mediante redistribuição, isso porque é ela o único mecanismo previsto para os casos de ajustamento de lotação em razão da extinção ou criação de órgão ou entidade.

A redistribuição dos servidores do DNER, portanto, não foi uma opção conferida ao administrador para aproveitá-los no DNIT. Não, foi a única forma de operacionalizar a engenharia necessária à manutenção das atividades desempenhadas pela entidade extinta, naquela que foi criada tão-somente para lhe dar continuidade, mas sem o “oneroso passivo” então existente.

Além disso, não se pode perder de vista que o instrumento da redistribuição é voltado, como visto adrede, ao ajustamento de lotação e da força de trabalho às necessidades do serviço, podendo ser discricionariamente usado pela administração com essa finalidade. Entretanto, não pode o poder público se valer de tal prerrogativa, para manietar a aplicação de um comando constitucional mais benéfico ao servidor, transmutando-o em prejuízo.

Da leitura atenta dos autos, verifico ainda ser efetivamente pertinente a remissão feita pela apelante à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do RE380233/PB, com acórdão publicado no DJ de 05/11/2004, com o devido registro de que, se no caso em comento havia justificativa suficiente para a Suprema Corte estender aos servidores inativos do extinto Instituto do Açúcar e do Alcool – IAA, as vantagens decorrentes do aproveitamento dos servidores em atividade para os cargos de Auditores Fiscais do Tesouro Nacional, muito mais se verifica na hipótese ora em apreço.

Vejamos, pois, a diretriz impelida pelo STF ao feito tido como paradigma:

RE 380233/PB,

Primeira Turma, Relator: Min. MARCO AURÉLIO

DJ 05-11-2004 PP-00028

Aposentados - Benefício outorgado ao pessoal ativo e princípio isonômico.

Constando do acórdão impugnado mediante o extraordinário que os cargos de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, segundo legislação ordinária, fizeram-se preenchidos mediante aproveitamento de fiscais de tributos federais, forçoso é concluir pela incidência da isonomia consagrada na Carta da República - § 8º do artigo 40. Isso ocorre relativamente aos fiscais de tributos do extinto Instituto do Açúcar e do Alcool, considerado até mesmo procedimento adotado, de forma parcial, pela Administração Pública.

A questão analisada no processo trazido a exame foi minudentemente dissecada no âmbito do Pretório excelso, mediante a realização de debates orais entre os Exmos. Ministros que participaram da assentada.

Na oportunidade, foram feitas as seguintes e importantes observações, extraídas dos aludidos debates orais então realizados, aqui transcritos nos pontos que considero mais relevantes:

[...]

Do Exmo. Ministro Cezar Peluso: *Todos passaram a receber de acordo com a nova carreira, inclusive os que foram aposentados depois. Ou seja, temos dois quadros de aposentados: uns que estão recebendo, segundo o reenquadramento da nova carreira, e outros que foram aposentados anteriormente e estão recebendo como se fossem da carreira antiga.*

[...]

Do Exmo. Ministro Carlos Ayres Brito: *Ministro-Relator, todos os aposentados que conseguiram essa paridade – vamos chamar assim – o fizeram pela via judicial, não foi por efeito de lei?*

Do Exmo. Ministro Marco Aurélio (Relator): *Não, há notícia, no acórdão, de que a União teria beneficiado, espontaneamente, uma gama de servidores. [...] Leio à fl. 229: No caso presente, se a Administração procedeu à transposição de determinado servidor do ex-IAA – o qual se encontrava nas mesmas condições dos embargados, Fiscal de Tributos de Açúcar e do Alcool –, para o cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, vantagem esta concedida posterior à aposentação dos ora embargados, há de se estender tal vantagem, também, a estes e aos outros servidores que se encontravam na mesma situação, em estrita obediência ao princípio da isonomia, consagrado na CF/1988.*

[...]

Do Exmo. Ministro Marco Aurélio (Relator): *Seria um benefício extensivo, pelo § 4º do art. 40 da Constituição Federal, na redação primitiva, aos aposentados, porque, se estivessem em atividade, teriam sido beneficiados. Aí é que está o problema.*

Do Exmo. Ministro Carlos Ayres Brito: *O critério passa a ser esse.*

[...]

Do Exmo. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): *Embora não se fale exatamente na hipótese de disponibilidade, o que houve, na realidade, foi uma transformação de cargos; quer dizer, em razão da extinção dos cargos de que eles eram titulares, foram, os da ativa, transpostos para os quadros da Receita Federal como auditores.*

Do Exmo. Ministro Marco Aurélio (Relator): *Como os antigos fiscais da Receita.*

Do Exmo. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): *Então, os aposentados, como auditores.*

Do Exmo. Ministro Marco Aurélio (Relator): *Podem ser beneficiados com base no antigo § 4º do art. 40.*

[...]

Do Exmo. Ministro Carlos Ayres Brito: *Senhor Presidente, nesse caso, vou acompanhar o Relator. Não há que se falar de aproveitamento, porque não se aproveitam servidores inativos, que é o caso dele.*

Do Exmo. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): *Sim, é benefício de revisão de proventos.*

Do Exmo. Ministro Carlos Ayres Brito: *É o benefício da revisão de proventos em igualdade de condição com os que estavam na atividade e que foram beneficiados pela transposição."*

Pois bem, verifica-se do quanto foi concluído no aresto trazido à colação, que o STF considerou irregular a transposição dos servidores da ativa do extinto IAA para os quadros da Receita Federal, sem que tal procedimento, por mais vantajoso, fosse estendido aos fiscais do IAA que já haviam se aposentado antes de sua extinção.

Mutatis mutandis, não é outra a hipótese dos autos, quando se constata que em ambas as situações a questão de fundo é idêntica: servidores da ativa, de entidade extinta, foram direcionados para outra, sendo beneficiados pela alteração vencial decorrente dessa mudança, o que não ocorreu em relação aos servidores que, à época da extinção, já se encontravam aposentados.

Como dito no início da referência feita à precisa manifestação da Corte Constitucional, creio que a hipótese dos autos possui ainda um elemento diferencial que vem a reforçar a necessidade de extensão de tratamento que aqui se busca.

Explique-se: é que enquanto a extinção do IAA não ensejou a criação de nenhuma outra entidade voltada à execução das atividades até então desempenhadas, a extinção do DNER não teve sua justificativa no fato de a Administração considerar sobejante o múnus por ele desempenhado, mas sim na opção de que essa atividade passasse a ser desenvolvida por outra(s) entidade(s) de idêntica natureza, criada(s) pela mesma norma extintiva, e determinando a utilização de todo o material humano e estrutural daquela que havia sido extinta.

Claro está, portanto, que os servidores aposentados do DNER merecem tratamento isonômico em relação àqueles que ainda estavam em atividade quando foram redistribuídos para o DNIT, porque esses servidores continuaram desempenhando as

mesmas atividades que realizavam antes da extinção de sua entidade de origem.

É saber, se os servidores aposentados da IAA tiveram garantida a isonomia em relação aos servidores da ativa que passaram para outro órgão da administração, desempenhando atividades relativamente diferenciadas das anteriores, muito mais direito tem aqueles servidores que vêem seus paradigmas guindados ao quadro de outra autarquia criada com finalidade idêntica à da que foi extinta, para desempenhar idênticas atividades, nos mesmos locais de trabalho de outrora.

Parafraseando o eminente Ministro Carlos Ayres Brito, não há que se falar em redistribuição. “É o benefício da revisão de proventos em igualdade de condição com os que estavam na atividade e que foram beneficiados” pela postura adotada pela Administração.

Fixado o direito dos associados da apelante a obterem a vantagem pecuniária a que se refere o art. 3º da Lei 11.171/2005, incumbe agora aferir-se a titularidade da responsabilidade pelo pagamento dos valores decorrentes do aludido benefício legal.

Nesse contexto, tendo o art. 117 da Lei 10.223/2001 estabelecido a responsabilidade do Ministério dos Transportes pelo pagamento dos inativos e pensionistas oriundos do DNER e, como visto adrede, inexistindo irregularidade na adoção de tal procedimento, entendo deva ser da União o ônus de assumir os custos financeiros da extensão aqui assegurada aos substituídos da apelante.

De fato, muito embora lhes seja assegurado o direito à isonomia remuneratória em relação aos servidores oriundos do DNER, não podem ser eles redistribuídos ao DNIT, simplesmente porque não são mais titulares de cargos públicos, estes sim que são o objeto da redistribuição.

Nesse viés, o enquadramento a que fazem jus os associados da apelante é meramente aquele de natureza remuneratória, tomando-se como paradigma o plano especial de cargos disciplinado pelo art. 3º da Lei 11.171/2005, sem que isso signifique a sua redistribuição para os quadros do DNIT, como se fosse essa entidade a responsável pelo pagamento das diferenças devidas.

Por essa razão, é possível a secessão entre os servidores ativos e inativos, no que toca à personalização de seu vínculo com a administração, desde que a esses últimos – quando albergados pela regra do art. 40, § 4º da CF, em sua redação primeva, art. 40, § 8º, da CF, com redação conferida pela EC 20/1998, e art. 7º, da EC 41/2003 – seja assegurada a isonomia remuneratória em relação aos primeiros.

Dito isso, refuto de pronto a preliminar de ilegitimidade passiva com a qual esgrime a União em seu recurso de apelação, já que a ela caberá implementar o pagamento das diferenças, vencidas e vincendas, devidas aos associados da apelante, cabendo ao DNIT, tão somente, o ônus de fornecer todas as informações que se mostrarem necessárias à operacionalização do referido pagamento.

Em face do exposto, dou parcial provimento à apelação da ASDNER, para condenar a União a

estender aos substituídos da referida associação todas as vantagens financeiras decorrentes do Plano Especial de Cargos do DNIT, previsto pelo art. 3º da Lei 11.171/2005, que tiverem sido concedidas aos servidores do quadro específico dessa autarquia, oriundos do DNER, observada a situação individual de cada um deles, em relação ao enquadramento funcional a que seriam submetidos caso ainda estivessem em atividade quando da extinção da mencionada autarquia.

Forte nos argumentos supra, considero prevalente a condenação imposta à União, para o pagamento das diferenças devidas.

Em relação ao recurso interposto pelo sindicato autor, reputo ter sido demasiadamente singela a quantificação dos honorários levada a efeito na origem, com a ressalva agora aposta no sentido de que apenas a União é a responsável pelo pagamento desta verba.

Assim, e levando em conta as estipulações insertas no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, majoro a parcela dos honorários advocatícios para R\$ 10.000,00, por ser tal valor compatível com a complexidade da questão controversa e com o trabalho desempenhado pelos patronos da parte autora, ao que se contrapõe o fato, igualmente sopesado, de se tratar de condenação imposta à Fazenda Pública.

A propósito da declaração de ilegitimidade passiva do DNIT, fica o sindicato autor condenado ao pagamento de R\$ 3.000,00 a título de verba advocatícia, sendo tal quantificação decorrente do fato de não ter sido o referido sindicato condenado ao pagamento de nenhum valor a guisa de condenação *principal* (art. 20, § 4º, do CPC).

As parcelas devidas serão monetariamente corrigidas com base nos índices constantes do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aplicando-se o IPCA-E a partir da entrada em vigor da Lei 11.960/2009 (que deu nova redação ao art. 1º-F, da Lei 9.494/1997), visto que a TR é imprestável para fins de atualização de débitos *judiciais*.

Juros de mora de 0,5% ao mês, a partir da citação, observados os respectivos vencimentos.

Em face do exposto, nego provimento à apelação da União; dou provimento à apelação do DNIT para declarar a sua ilegitimidade passiva para compor a lide; dou parcial provimento à apelação do sindicato autor para majorar os honorários advocatícios na forma acima delineada, e dou parcial provimento à remessa oficial para que a correção monetária e os juros de mora incidam nos moldes da fundamentação.

É o voto.

Terceira Turma

Recurso em Sentido Estrito 0029664-47.2010.4.01.3400/DF

Relator:	Desembargador Federal Carlos Olavo
Recorrente:	Justiça Pública
Procurador:	Dr. Francisco Guilherme Vollstedt Bastos
Recorrido:	Luciano Pestana Barbosa
Advogados:	Dr. Diogo Henrique de Oliveira Brandão e outros
Recorrente <i>ex-officio</i> :	Juízo Federal da 12ª Vara/DF
Publicação:	<i>e-DJF1</i> de 10/02/2012, p. 1.200

Ementa

Penal. Habeas corpus. Recurso em sentido estrito. Busca e apreensão. Computadores do Ministério da Justiça. Ausência de autorização judicial. Concessão da ordem. Recurso do MPF desprovido.

I. A busca e apreensão dos bens, ainda que seja de propriedade da pessoa jurídica de direito público, sem autorização judicial, viola direitos e garantias fundamentais expressos no art. 5º da CF/1988, como bem fundamentou a d. magistrada de primeiro grau, uma vez que os computadores eram de uso restrito dos pacientes dentro do órgão público.

II. O conteúdo existente nos computadores dos pacientes, não obstante ser de propriedade do órgão público, somente poderia ser analisado em caso de expressa renúncia dos pacientes ao seu direito à inviolabilidade ou mediante expressa autorização judicial, diante do resguardo à inviolabilidade.

III. Conclui-se pela ilegalidade da busca e apreensão dos computadores, não havendo outra alternativa se não a recomposição da situação anterior, com a restituição dos arquivos indevidamente apreendidos.

IV. Recurso em sentido estrito desprovido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso em sentido estrito.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 23/01/2012.

Desembargador Federal *Carlos Olavo*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — Trata-se de recurso em sentido estrito, interposto pelo Ministério Público Federal, contra a r. decisão do MM. Juiz Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal/DF, que concedeu a ordem de *habeas corpus*, para o fim de determinar a restituição dos computadores apreendidos sem ordem judicial e eventual cópia que tenha sido feita.

Conforme consta dos autos, o delegado da Polícia Federal instaurou inquérito policial para investigar supostos crimes contra a Administração

Pública Federal, praticados, em tese, por servidores públicos da Secretaria Nacional de Justiça. Para tanto, procedeu a arrecadação do computador utilizado pelo paciente Luciano Pestana Barbosa no Ministério da Justiça, com o assentimento do ministro daquela pasta, do secretário executivo e da assessoria jurídica, tendo feito o espelhamento do seu conteúdo com a posterior restituição do bem. Na mesma ocasião, procedeu também a arrecadação e espelhamento do HD do computador de Romeu Tuma Júnior, então Secretário Nacional de Justiça.

A i. julgadora *a quo* concedeu a ordem para restituir os computadores, sob os seguintes fundamentos:

[...] a busca e apreensão realizada do bem, ainda que o bem em questão seja de propriedade de pessoa jurídica de direito público e utilizada por servidor público, não poderia prescindir de autorização judicial sob pena de afronta aos princípios da reserva de jurisdição, do devido processo legal e da inviolabilidade do domicílio, extensível ao ambiente funcional do paciente.

Com efeito, o computador utilizado pelo paciente em seu ambiente funcional é bem de uso restrito do paciente, em que pese pertencer ao ente público, não se tratando de bem de uso e acesso irrestrito. O resguardo à inviolabilidade do conteúdo existente no computador do paciente somente pode ceder em caso de expressa renúncia do paciente ao seu direito à inviolabilidade ou mediante expressa autorização judicial. (fl. 108)

Inconformado, o Ministério Público apresenta recurso em sentido estrito às fls. 110-122, alegando que a apreensão dos computadores do Ministério da Justiça se mostra possível sem mandado judicial, desde que a autoridade administrativa competente tenha poder sobre os bens, materiais e equipamentos do órgão público, como no caso em tela. Afirma que por se tratar de bem integrante do patrimônio público e por haver a concordância do órgão ministerial a autorização judicial se revela dispensável.

Sustenta, assim, que a arrecadação foi plenamente legítima, sendo mantido sob sigilo o conteúdo dos dados dos computadores apreendidos até a efetiva autorização judicial para a análise do material arrecadado.

Requer, assim, o reconhecimento da legalidade da arrecadação dos bens junto ao Ministério da Justiça, com a consequente denegação da ordem.

Contrarrazões apresentadas às fls. 139-163.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 181/195, da lavra do Dr. José Alves Paulino, opinou pelo improvimento do recurso, na forma da ementa abaixo:

RHC. Matéria idêntica. HC originário do tribunal. Mesmos fundamentos. Improvimento do recurso.

I. A questão objeto do recurso é idêntica àquela examinada pelo Tribunal nos autos do HC 0072244-10.2010.4.01.0000/DF, cujo pronunciamento é idêntico.

II. Pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — O MPF pretende o reconhecimento da legalidade da arrecadação dos computadores de propriedade do Ministério da Justiça, mas de uso pessoal do paciente Luciano Pestana Barbosa e de Romeu Tuma Júnior, sem autorização judicial, mas com o consentimento do Ministro da Justiça.

Ora, a busca e apreensão dos bens, ainda que seja de propriedade da pessoa jurídica de direito público, sem autorização judicial, viola direitos e garantias fundamentais expressos no art. 5º da CF/88, como bem fundamentou a d. magistrada de primeiro grau, uma vez que os computadores eram de uso restrito dos pacientes dentro do órgão público.

Dessa forma, a busca e apreensão em tela não poderia prescindir de autorização judicial, sob pena da inviolabilidade do domicílio, extensível ao ambiente funcional dos pacientes, como bem esclareceu a i. julgadora na sentença de fls. 105-112, *in litteris*:

[...]

Nem se diga, por outro lado, que o fato de os equipamentos integrarem o patrimônio público da União/Ministério da Justiça e se encontrarem na repartição pública dispensaria a necessária autorização judicial para o alcance dos arquivos neles gravados. É que o termo 'domicílio' para fins de proteção constitucional, há de ser interpretado com a maior amplitude possível, abrangendo a sala (gabinete) da autoridade pública onde desempenhe as suas funções, cujo acesso, por natureza, é restrito aos funcionários do setor. A procura policial em local aberto ao público, de uso comum, dispensa autorização judicial: entretantes, em locais públicos restritos ou resguardados do público, exige-se a autorização do juiz, conforme supedâneo da mais abalizada doutrina.

(fls. 109/110)

Com efeito, a legítima autorização de ingresso do Delegado da Polícia Federal no gabinete dos pacientes não lhe permitia arrecadar computadores de uso pessoal e restrito do Secretário Nacional de Justiça e do diretor do Departamento de Estrangeiros, sem a competente autorização judicial, salvo se os mesmos abrissem mão do sigilo dos seus arquivos, o que não ocorreu no caso em tela.

*Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Assuete Magalhães e o Exmo. Sr. Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado).

Assim, o conteúdo existente nos computadores dos pacientes, não obstante ser de propriedade do órgão público, somente poderia ser analisado em caso de expressa renúncia dos pacientes ao seu direito à inviolabilidade ou mediante expressa autorização judicial, diante do resguardo à inviolabilidade.

Dessa forma, a autorização judicial deveria ter sido obtida antes da arrecadação dos computadores, não se podendo argumentar que os HDs dos computadores foram apreendidos e lacrados, aguardando-se a autorização para a análise dos seus conteúdos, já que o intuito da autoridade policial, ao proceder à busca e

apreensão dos bens, era justamente capturar os dados e submetê-los à perícia do conteúdo gravado.

Conclui-se, portanto, pela ilegalidade da busca e apreensão dos computadores, não havendo outra alternativa se não a recomposição da situação anterior, com a restituição dos arquivos indevidamente apreendidos.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso em sentido estrito do Ministério Público, mantendo a r. decisão recorrida que concedeu a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

Quarta Turma

Numeração única: 0007048-83.2008.4.01.4100

Apelação Criminal 2008.41.00.007051-9/RO

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz
 Apelante: Antônio das Neves
 Advogado: Dr. Maurício Tadeu da Cruz
 Apelada: Justiça Pública
 Procurador: Dr. Ercias Rodrigues de Sousa
 Publicação: e-DJF1 de 27/02/2012, p. 65

Ementa

Penal. Processual Penal. Crime de embriaguez ao volante (CTB: art. 306). Corrupção ativa. Art. 333 do Código Penal. Materialidade e autoria delitivas comprovadas. Conjunto probatório harmônico quanto aos fatos imputados ao réu. Dosimetria da pena. Modificação. Penas restritivas de direitos. Hipossuficiência. Juiz da execução. Apelação parcialmente provida.

I. As provas coligidas nos autos demonstram que o réu dirigiu sob a influência de álcool, tendo sido detectada uma concentração, por litro de sangue, superior ao limite tolerado pela lei penal de 6 (seis) decigramas. Restou, ainda, demonstrado o oferecimento de dinheiro a policial, com o escopo de se esquivar das consequências jurídicas, destarte cometendo o delito de corrupção ativa.

II. A materialidade e autoria delitivas restaram devidamente comprovadas, para ambos os crimes, pelo boletim de ocorrência, cédula apreendida, bem como pelo teste do bafômetro e pelo depoimento das testemunhas.

III. O crime de corrupção ativa é formal, caso em que a consumação ocorre com a mera oferta ou promessa da vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício, fato este amplamente demonstrado nos autos.

IV. Redução da pena prevista no art. 306 do Código de Trânsito, em observância ao princípio da proporcionalidade. Manutenção da pena arbitrada acima do mínimo legal correspondente ao crime do art. 333 do Código Penal, por estar dentro dos limites legais e ser necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

V. A gravidade do delito, no caso, não recomenda a suspensão do direito de dirigir do acusado por 6 (seis) meses, até porque inexistem elementos que a desautorizem.

VI. O pedido do apelante no sentido de que lhe sejam concedidas melhores condições para o cumprimento das prestações pecuniárias, em suaves parcelas, tendo em vista sua real situação econômica, deve ser dirigido ao juízo das execuções penais, quando terá a oportunidade de demonstrar o que alega.

VII. Apelação do acusado provida, em parte.

Acórdão

Decide a Turma dar parcial provimento à apelação do acusado, à unanimidade.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 31/01/2012.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Cuida-se de apelação interposta por Antônio das Neves (fls. 139 e 141-162) contra sentença (fls. 117-130), da lavra do Juiz Federal Élcio Arruda, que julgou procedente a pretensão punitiva deduzida na denúncia para condená-lo como incurso nas penas do art. 306 da Lei 9.503/1997 (crime de embriaguez ao volante) e do art. 333, *caput*, do Código Penal (corrupção ativa), tendo sido fixadas definitivamente as penas, respectivamente, em 2 (dois) anos de detenção e 2 (dois) anos e 4 meses de reclusão, no regime inicial aberto. O magistrado determinou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Determinou, ainda, a suspensão da habilitação do réu para dirigir veículo automotor pelo prazo de 6 (seis) meses, condenando-o, ademais, a título de reparação do dano, nos termos do art. 387, inciso IV, do Código Penal, no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais), a ser revertido em prol da Superintendência da Polícia Rodoviária Federal no Estado.

Inconformada, a defesa do réu aduz que o apelante não participou de qualquer evento para o crime de embriaguez, não havendo nos autos prova contundente da materialidade e autoria delitiva capaz de sustentar o decreto condenatório.

Quanto ao delito de embriaguez ao volante, sustenta existirem dúvidas quanto aos testes do bafômetro aos quais se submeteu o réu, uma vez que até mesmo os policiais confessaram que estavam aprendendo a mexer com o equipamento, e os que tiveram contato visual com o apelante declararam que não havia sinal nenhum de embriaguez.

No tocante ao crime de corrupção ativa, alega que jamais ofereceu para os policiais rodoviários federais qualquer vantagem.

Diz que o suposto suborno aos dois policiais não poderia ter ocorrido, até porque não tinha em seu poder o valor de R\$ 200,00 (duzentos reais) mencionado pelo policial Robson, e não manteve, por outro lado, qualquer contato com o policial Aparecido.

Aduz que a quantia do suposto suborno revelada, 7 (sete) meses depois, pelo policial Robson, não condiz com a realidade do acusado na época dos fatos que detinha no dia da apreensão o valor de 150,00 (cento e cinquenta reais).

Ressalta que a pena-base de 6 (seis) meses, prevista na norma penal, do crime de embriaguez ao volante foi fixada em 2 (dois) anos de detenção e a de 2 (dois) anos do delito de corrupção ativa estabelecida em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, todas de forma exacerbada, sem que houvesse qualquer justificativa para tanto.

Acrescenta que o acusado é motorista há mais de vinte anos e nunca se envolvera em nenhum tipo de acidente de trânsito. Possui família composta por três filhos, um neto e esposa, e que atualmente sobrevive e sustenta sua família com um salário e meio, de forma que sobrevive da profissão que exerce, não podendo suportar o pagamento de 52 (cinquenta e dois) dias-multa, à razão da trigésima parte do salário-mínimo vigente ao tempo dos fatos, além da multa de um salário-mínimo.

Insurge-se, ainda, contra a pena de suspensão do direito de dirigir, argumentando que nunca se envolvera em qualquer tipo de crime, doloso ou culposo, possuindo reputação ilibada e necessita dirigir veículos automotores para o desenvolvimento de suas atividades laborais.

Ao final, requer o provimento da apelação para que seja julgado improcedente o pedido inicial por não haver provas para a condenação, ou alternativamente, a redução da pena-base majorada acima do mínimo legal, diminuição das penas aplicadas, tendo em vista ter havido excesso de condenação, tanto de multa quanto da substituição das penas, bem como da aplicação da pena acessória condenatória e de suspensão do direito de dirigir, e, caso não seja esse o entendimento, que seja oportunizado mais condições ao apelante para o cumprimento das prestações pecuniárias, com suaves parcelamentos, tendo em vista sua real situação econômica.

As contrarrazões do Ministério Público Federal foram apresentadas, às fls. 166-178, onde pugna pela manutenção da sentença recorrida.

Nesta instância, a PRR 1ª Região opinou pelo desprovisionamento da apelação (fls. 186-188).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — A denúncia de iniciativa do Ministério Público do Estado de Rondônia (fls. 5-7), ratificada pelo Ministério Público Federal (fl. 108), contém a seguinte imputação:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE RONDÔNIA, por seu Promotor de Justiça no uso de uma de suas atribuições vem à presença de Vossa Excelência, oferecer DENÚNCIA em desfavor de

ANTÔNIO DAS NEVES, vulgo 'Calango', brasileiro, casado, motorista, filho de Maria das Dores das Neves, nascido aos 12.11.62, natural de Nossa Senhora das Dores/SE, residente na Rua Manoel Garincha, n. 171, Jardim Aeroporto, no município de Ouro Preto do Oeste/RO, podendo ser localizado na empresa J. S. Transportes em Ouro Oeste/RO, pela prática do seguinte fato delituoso:

EXPOSIÇÃO FÁTICA

No dia 22.12.2006, por volta das 15:50 horas, na BR 364, km 533, nesta cidade, o denunciado, por vontade livre e consciente, conduzia um veículo automotor, tipo caminhão, marca Mercedes Benz 1620 placa NCT 1766, em via pública, sob a influência do álcool, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem.

Consta dos autos que, no dia dos fatos, policiais rodoviários federais receberam a informação através de um motorista de uma empresa de ônibus, de que o condutor do veículo acima descrito havia passado por ele e colidido em seu retrovisor.

Diante da informação, os policiais rodoviários federais localizaram e abordaram o denunciado, ocasião em que constataram que o mesmo conduzia o veículo acima descrito em visível estado de embriaguez.

O denunciado foi submetido a exame de corpo de delito - Embriaguez, às fls. 6.

2º FATO

No mesmo dia acima mencionado, em horário não declinado nos autos, o denunciado ofereceu vantagem indevida, consistente na quantia de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 300,00 (trezentos reais), aos policiais rodoviários federais que efetuaram

a prisão em flagrante para que os mesmos deixassem de praticar ato de ofício.

Segundo se apurou nos autos, no dia dos fatos o denunciado ofereceu a quantia acima referida para que os policiais não registrassem ocorrência do fato e liberassem o mesmo do flagrante.

CONCLUSÃO

Com a sua conduta, o denunciado infringiu e está incurso nas penas do artigo 306 da Lei 9.503/97 e artigo 333, do Código Penal, na forma do artigo 69 do Estatuto Repressivo.

REQUERIMENTO

Face ao exposto, o Ministério Público requer que recebida e autuada a presente denúncia, seja o denunciado citado para interrogatório e demais atos processuais, sob pena de revelia, até final julgamento e condenação.

Requer ainda, a notificação das testemunhas abaixo arroladas, para virem depor em juízo, sob as cominações legais.

Ariquemes, 26 de setembro de 2007. (fls. 05/07).

Processada a causa, o juiz assim a decidiu:

II - FUNDAMENTAÇÃO

Em linha de princípio, ratificada a denúncia pelo Ministério Público Federal (f. 108), cumpre observar a validade da convalidação, neste juízo, quanto a atos instrutórios e decisórios praticados no juízo estadual (f. 33-104). É a melhor exegese a se extrair do Código de Processo Penal, artigo 567: a diretriz é emprestar máxima instrumentalidade ao processo. Oportuna a dicção do Pretório Excelso:

Habeas Corpus. 2. Crimes de Estelionato. 3. Alegações de: a) ausência de indícios de autoria e materialidade; b) falta de fundamentação da preventiva; c) violação ao princípio do juiz natural; e d) excesso de prazo da prisão preventiva. 4. prejudicialidade parcial do pedido, o qual prossegue apenas com relação à alegada violação ao princípio do juiz natural. 5. Em princípio, a jurisprudência desta Corte entendia que, para os casos de incompetência absoluta, somente os atos decisórios seriam anulados. Sendo possível, portanto, a ratificação de atos não-decisórios. Precedentes citados: HC n. 71.278/PR, Rel. Min. Néri da Silveira, 23 Turma, julgado em 31.10.1994, DJ de 27.09.1996 e RHC n. 72962/GO, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, julgado em 12.09.1995, DJ de 20.10.1995. 6. Posteriormente, a partir do julgamento do HC n. 83.006-SP, Pleno, por maioria, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 29.08.2003, a jurisprudência do Tribunal evoluiu para admitir a possibilidade de ratificação pelo juízo competente inclusive quanto aos atos decisórios. 7. Declinada a competência pelo Juízo Estadual, o juízo de origem federal ao ratificar o sequestro de bens (medida determinada pela justiça comum), fez referência expressa a uma série de indícios plausíveis acerca da origem ilícita dos bens como

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal I'talo Mendes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler (convocado).

a incompatibilidade do patrimônio do paciente em relação aos rendimentos declarados. 8. No decreto cautelar, ainda, a manifestação da Juíza da Vara Federal Criminal é expressa no sentido de que, da análise dos autos, há elementos de materialidade do crime e indícios de autoria. 9. Ordem indeferida.

(STF - HC 88.262 - Segundo julgamento - rel. Min. Gilmar Mendes - 2ª Turma - j. 18-12-2006 - DJ 3003-2007.)

Quanto à questão de fundo em si, a hipótese diz com o cometimento dos crimes de condução de veículo sob efeito de substância alcoólica (Lei 9.503/197, art. 306) e corrupção ativa (CP, art. 333).

As infrações inculcadas, de regra, deixam vestígios imateriais. A existência deles - e, pois, dos próprios fatos - é inferida à luz da prova oral (interrogatório dos réus e depoimento das testemunhas). Logo, a materialidade dos crimes é perquirida concomitantemente à autoria.

2.1 Crime de embriaguez ao volante

O acusado foi flagrado por policiais rodoviários federais quando dirigia veículo automotor, tipo caminhão tanque, marca Mercedes Benz 1620, placa NCT 1766, em rodovia federal, realizando manobra ousada, arriscada e imprudente: por ocasião de ultrapassagem, adentrou na faixa de rolamento contrária ao seu tráfego, causando avarias no retrovisor esquerdo de ônibus de turismo, com passageiros, de propriedade da empresa Gontijo Ltda. A colisão frontal dos automotores só não sobreveio por conta de desvio operado pelo condutor do ônibus de turismo. Na ocasião, estava sob efeito de substância alcoólica. É o que promana da prova oral, editada em juízo e sob o crivo do contraditório:

O depoente e o policial Aparecido estavam em patrulhamento de rotina e receberam a notícia de que um caminhão com as características indicadas na inicial havia tido um problema com um ônibus de turismo. Ficou sabendo que durante manobra de ultrapassagem houve toque no retrovisor do ônibus. O depoente e outro policial aguardaram a passagem do caminhão e fizeram acompanhamento por algum tempo, sendo que foi dado sinal de luz para que o condutor do caminhão parasse. Logo que houve possibilidade emparelharam a viatura e deram ordem de parada ao condutor do caminhão. Por questão de segurança sempre é pedido que o condutor permaneça com as mãos em local visível e o réu pegou algo na porta ou na lateral da porta, sendo que posteriormente o depoente tomou conhecimento que era uma garrafa d'água. No entanto, no momento da abordagem não tinha conhecimento disto. Antes mesmo de o réu parar, perceberam que ele não trafegava regularmente e na abordagem constaram que estava sob a influência de álcool. O réu foi levado até o posto da Polícia Rodoviária Federal pelo depoente, como estava somente o depoente e outro polícia, o réu foi algemado na viatura. O policial Aparecido conduziu o caminhão até o posto da PRF. Durante o trajeto

até o posto, o réu pediu que o depoente desse sinal de luz para o policial Aparecido, dizendo que pagaria R\$ 200,00 ou até R\$ 300,00 para que a situação fosse 'deixada pra lá'. O réu repetiu isto por três ou quatro vezes. O teste do bafômetro foi realizado e constatou-se que o acusado havia ingerido bebida alcoólica. A conversa do réu era aparentemente normal, sua fala era ordenada, com idéias claras, porém, com sintomas de embriaguez. Não sabe dizer se o réu tinha consigo a quantia em dinheiro acima mencionada, explicando que os pertences são entregues à polícia civil. Naquela ocasião o depoente e os demais estavam aprendendo a mexer com o aparelho para o teste de embriaguez e foi feita mais de uma tentativa de perícia, salvo engano, o problema era na impressora do aparelho (Termo de depoimento da testemunha de acusação Robson Meireles Nunes da Silva: f. 63).

No dia 22.12.2006, eu estava conduzindo um ônibus da empresa Gontijo, na BR 364, sentido Porto Velho/Cuiabá. No km 533, percebi que um caminhão que vinha em sentido contrário, em determinado momento, entrou em minha faixa, razão porque reduzi a velocidade. No cruzamento dos veículos, o caminhão conduzido pelo denunciado atingiu o retrovisor esquerdo do ônibus. O denunciado continuou a viagem, enquanto eu retornei para um posto de denuncia da PRF, que ficava bem próximo. Antes que eu chegasse na PRF eu encontrei um motoqueiro e pedi que seguisse na frente para avisar os policiais. No posto da PRF, havia um único policial, razão porque este acionou, via rádio, uma viatura que estava nas proximidades de Alto Paraíso, cerca de 30 minutos depois os policiais rodoviários federais chegaram no posto da PRF conduzindo o denunciado. Lembro bem que o acusado Antônio das Neves aparentava estar muito embriagado e mal conseguia ficar em pé. Não cheguei a presenciar o acusado oferecer vantagem aos policiais, como narrado na denúncia. O ônibus que eu conduzia tinha mais de 40 passageiros, sendo que, aqueles que estavam nas primeiras poltronas ficaram mais assustados. Quando o acusado chegou no posto da PRF na maioria do tempo permaneceu em pé de cabeça baixa, o choque frontal só foi evitado porque eu desviei o ônibus para a direita, inclusive tive que sair da pista, não descendo no barraco por muito pouco (Termo de depoimento da testemunha de acusação Francisco Almir de Souza Silva: f. 72).

E os depoimentos sob foco ostentam credibilidade. Além de meticolosos e harmônicos, foram pronunciados por polícias engajados na prisão em flagrante do réu. Nada de objetivo se suscitou a infirmar-lhes a idoneidade. No particular, descabe, por inteiro, acoimá-los, pura e simplesmente, de tendenciosos porque promanados de policiais. O depoimento deles é válido como outro qualquer. Cabe ao julgador operar o sopesamento e, então, emprestar-lhes o valor devido (CPP, art. 155).

A ausência de exame clínico à constatação da ebriedade não é de molde a desfigurar a tipicidade.

A uma, porque a prova oral bem evidenciou sinais físicos da embriaguez (voz embargada e andar cambaleante: f. 63 e 72). A duas, porque a ingestão de álcool foi corroborada por exame físico (etilômetro - sem extração de sangue) (f. 13).

No ponto, é bem de ver que, conquanto assim não se tenha sucedido, afigurava-se cabível, a princípio, compeli-lo o sujeito ativo à colheita de sangue, a fim de apurar a concentração alcoólica. Permite-o, expressamente, o código de Trânsito Nacional, art. 277. A providência não implicaria maltrato ao princípio da não autoincriminação, albergado na Carta Política, art. 5º, LXIII. O nemo tenetur se detegere visa resguardar a integridade física/mental e a capacidade de autodeterminação do sujeito. Carece de eficácia a obstar ingerências corporais dotadas de fins probatórios criminais. Enfim, se houver (1) expressa previsão legal da medida, (2) se ela for imprescindível à persecução penal e (3) se não houver risco à vida ou integridade física/mental do agente, a intervenção corporal é legítima, mesmo sem o seu consentimento, mercê do interesse público inerente à persecução penal e a necessidade de se preservar direitos fundamentais das vítimas. O princípio da proporcionalidade assim permite compatibilizar o constitucional direito ao silêncio (art. 5º, LXIII) com a também garantia constitucional alinhada no art. 5º, II.

Destarte, conduzindo o réu, livre e conscientemente, em Rodovia Federal, sob o influxo do álcool, veículo automotor de modo a colocar em risco a incolumidade pública, preenchida se encontra a tipicidade da Lei 9.503/97, art. 306.

2.2 Crime de corrupção ativa (CP, art. 333)

A condução de automotor sob efeito de substância alcoólica ensejou a adoção de providências tendentes à lavratura de auto de flagrante delito. Ao Policial Rodoviário envolvido na operação, Robson Meireles Nunes da Silva, o réu ofertou o montante de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 300,00 (trezentos reais), no afã de obstar a flagrância.

É o que promana do depoimento testemunhal, dotado de inegável mérito intrínseco e credibilidade. A despeito de já esquadrihada, forçoso revivificá-lhe os tópicos reveladores, in verbis:

[...] Antes mesmo de o réu parar, perceberam que ele não trafegava regularmente e na abordagem constaram que estava sob a influência de álcool. O réu foi levado até o posto da Polícia Rodoviária Federal pelo depoente, como estava somente o depoente e outro policial, o réu foi algemado na viatura. O policial Aparecido conduziu o caminhão até o posto da PRF. Durante o trajeto até o posto, o réu pediu que o que o depoente desse sinal de luz para o policial Aparecido, dizendo que pagaria R\$ 200,00 ou até R\$ 300,00 para que a situação fosse 'deixada pra lá'. O réu repetiu isto por três ou quatro vezes (Termo de depoimento da testemunha de acusação Robson Meireles Nunes da Silva: f. 63).

Em idêntica vertente, o teor do Boletim de Ocorrência acoplado na f. 10, lavrado no calor dos fatos:

O condutor Francisco Almir de Souza, motorista do ônibus de placa GWP-4073, pertencente à empresa Gontijo de Trns. Ltda., informou que um caminhão tanque de cor branca havia passado por ele em sentido contrário e batido em seu retrovisor, vindo a danificá-lo; a viatura da PRF do Posto de Ariquemes recebeu a informação, identificou o caminhão e deu ordem de parada ao mesmo, que não obedeceu; a viatura então o acompanhou por alguns quilômetros e veio a abordá-lo, conduzindo o caminhão de placa NCT1766 até o posto 04 da PRF em Ariquemes; foi constado por teste de etilômetro que o condutor do caminhão, o Sr. Antônio das Neves estava embriagado; o condutor ofereceu ainda aos PRF dinheiro, tentando suborná-los; n. do teste de etilômetro: 0115 (em anexo), gerando também um boletim de acidente de trânsito n. 169363; juntamente com o infrator, foram entregues uma carteira contendo documentos pessoais e R\$ 150,00, em dinheiro.

No ponto, forçoso sublinhar a ausência de qualquer indício ou particularidade a infirmar o teor dos depoimentos colhidos. A propósito, o acusado e os agentes policiais, precedentemente à atuação, sequer se conheciam, nada foi salientado quanto à precedente rusga ou desentendimento deles com os envolvidos.

O acusado, bem se vê, ofertou dinheiro a Policial Rodoviário Federal, com vistas a demovê-los à prática de ato de ofício.

O dolo - elemento subjetivo do tipo - aflora, sem reboços, permeado à sua conduta, porquanto agira de modo livre e consciente.

Oportuna a dicção jurisprudencial:

Penal. Processual Penal. Corrupção ativa. Art. 333 do Código Penal. Materialidade e autoria demonstradas. Confissão extrajudicial em harmonia com os demais elementos dos autos. Princípio in dubio pro reo. Inaplicabilidade.

1. O crime de corrupção ativa é formal, caso em que a consumação ocorre com a mera oferta ou promessa da vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício, fato este amplamente demonstrado nos autos.

2. A materialidade e autoria delitivas restaram devidamente comprovadas nos autos pelo Auto de Prisão em Flagrante, Auto de Apreensão e pelo Boletim de ocorrência, bem como pela confissão do réu e depoimento das testemunhas.

3. A confissão extrajudicial encontra-se em harmonia com os demais elementos dos autos, sendo certo que o apelante não logrou êxito em trazer aos autos provas de forma a dar consistência às suas informações prestadas em juízo.

4. Não há que se falar em insuficiência de provas para a condenação, não cabendo, no caso, a aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

5. Apelação não provida.

(TRF - 1ª Região - ACR 2007.39.00.001.447-5 - rel. Des. Hilton Queiroz - e-DFJ1 10-11-2009, p. 204.)

Destarte, a emissão de decreto condenatório se pronuncia fatal.

III - DISPOSITIVO

NESTAS CONDIÇÕES, à vista da fundamentação expendida, julgo procedente a pretensão punitiva articulada na prefaciai acusatória de f. 5-7 e condeno o réu ANTÔNIO DAS NEVES, já qualificado, nas iras da Lei 9.503197, artigo 306, e do Código Penal, artigos 333, em regime de concurso material (art. 69).

Passo à dosimetria das reprimendas.

Quanto às circunstâncias judiciais (CP, art. 59), intensa a culpabilidade, porque, imputável, detinha consciência da ilicitude, exigindo-se-lhe conduta diversa, mormente por estar conduzindo veículo de grande porte (automotor tipo caminhão). Não refere antecedentes criminais (f. 42-43). A conduta social parece se adequar à normalidade, pela notícia de exercer ocupação habitual lícita e possuir família constituída. A personalidade, a princípio, não revela predisposição à prática ilícita, permitindo a ilação de o crime ser episódio ocasional em sua vida. Os motivos da infração são injustificáveis. As consequências foram graves, diante da potencialidade de dano de quem conduz veículo sob os efeitos de substância entorpecente ou análoga. Por fim, não há de se falar em comportamento da vítima.

Nesta perspectiva, como suficiente e necessário à reprovação e prevenção:

a) Pelo crime de corrupção ativa, fixo-lhe a pena-base em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, assim a tornando definitiva, à míngua de causas de modificação;

c) Pelo crime de embriaguez ao volante, fixo-lhe a pena-base em 2 (dois) anos de detenção; assim a tornando definitiva, à míngua de causas de modificação.

No rebate final, pois, operada a somatória atinente ao concurso material (CP, art. 69), fica o acusado ANTÔNIO DAS NEVES definitivamente condenado à pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos de detenção e 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Para cumprimento, fixo o regime aberto, mediante as condições que se seguem:

a) Recolher-se em Casa de Albergado - ou, se inexistente, à cadeia pública -, todos os dias, das 22h00min às 06h00 min, e, durante todo o dia, nas folgas, repousos e feriados;

b) Apresentar-se, pessoal e mensalmente, até o dia cinco de cada mês, no juízo de sua residência, dando conta de sua ocupação e domicílio;

c) Não frequentar prostíbulos, casas de tavolagem ou ambientes de duvidosa reputação;

d) Não ingerir bebidas alcoólicas;

e) Não portar armas de qualquer espécie;

f) Não voltar a delinquir;

g) Recolher as custas processuais, em até trinta dias;

h) Exercer ocupação habitual e lícita;

i) Não se ausentar da comarca onde reside, por mais de oito dias, sem autorização judicial.

No entanto, subsistentes os requisitos legais, substituo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, na modalidade de prestação pecuniária, consistente na obrigação de o réu doar, em dinheiro, numa única vez, em até dez dias após o trânsito em julgado, o valor equivalente a 02 (dois) salários mínimos, a ser revertido pelo juízo em prol de despesas públicas, sob prestação de contas.

Ainda em substituição, fixo multa na casa de 01 (um) salário mínimo (Código Penal, artigo 44, § 2º).

Igualmente, à luz das circunstâncias judiciais epigrafadas e considerando-lhe a situação econômica, CONDENO-O, cumulativamente: a) Pelo crime do Código Penal, artigo 333, a 28 (vinte oito) dias-multa, assim a tornando definitiva, à míngua de causas de modificação; b) Pelo crime da Lei 9.503197, artigo 306: a 24 (vinte quatro) dias-multa, assim a tornando definitiva, à míngua de causas de modificação.

No rebate final, pois, operada a somatória atinente ao concurso material (CP, art. 69), fica o acusado ANTÔNIO DAS NEVES definitivamente condenado a 52 (cinquenta dois) dias-multa, à razão da trigésima parte do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

A título de consequência assessória à condenação imposta ao acusado, decreto-lhe a suspensão, por 06 (seis) meses, do direito de dirigir veículos automotores (CP, art. 92, III).

Ausente o *periculum libertatis*, concedo-lhe a prerrogativa de recurso em liberdade.

A título de reparação do dano, nos termos do Código de Processo Penal, artigo 387, inciso IV, fixo o valor de R\$ 300,00 (trezentos reais), a ser revertido em prol da Superintendência da Polícia Rodoviária Federal neste Estado.

Transitada em julgado, lance-se o nome no rol de culpados, oficie-se ao Tribunal Regional Eleitoral (CF, art. 15, III) e comunique-se ao Conselho Nacional de Trânsito e ao Departamento Estadual de Trânsito, para a adoção das medidas pertinentes (Lei 9.503197, art. 295)." (fls. 119/130).

Passo à análise do recurso do acusado.

Ressalto que a materialidade e autoria delitivas restaram devidamente comprovadas nos autos, para ambos os crimes, pelo Boletim de Ocorrência, cédula

apreendida, bem como pelo teste do bafômetro e pelo depoimento das testemunhas.

A alegação inicial da defesa é no sentido de que o apelante não praticou os crimes de embriaguez ao volante e de corrupção ativa, objeto da sentença condenatória.

Em relação ao crime de embriaguez ao volante, diz que o teste do bafômetro foi ineficaz, uma vez que os policiais não sabiam operar o aparelho, tendo sido feito diversos testes para averiguação do teor alcoólico em que se encontrava o motorista.

Todavia, quanto a esse delito, as provas colacionadas aos autos demonstram de forma indubitosa que o réu infringiu o art. 306 da Lei 9.503/1997 do CTB (Código de Trânsito Brasileiro).

Com efeito, no caso em exame, o acusado foi flagrado, por policiais rodoviários federais, dirigindo veículo automotor, em estado de embriaguez, em rodovia federal, tendo, em momento anterior, realizado manobra perigosa, arriscada e imprudente, adentrando na faixa contrária ao tráfego, causando avarias no retrovisor esquerdo de ônibus de turismo com passageiros, fato que quase culminou numa colisão frontal entre o veículo dirigido pelo acusado (caminhão tanque) e o ônibus de turismo da empresa Gontijo Ltda., que somente não ocorreu porque o motorista do ônibus desviou o veículo para o acostamento.

O teste de etilômetro realizado demonstra claramente que o réu dirigiu sob o efeito de álcool, tendo sido detectada uma concentração, por litro de sangue, superior ao limite tolerado pela lei penal de 6 (seis) decigramas (fl. 13), havendo, ainda, o estado de embriaguez sido corroborado pelas testemunhas da acusação que, ouvidas em juízo, afirmaram:

O depoente e o outro policial aguardaram a passagem do caminhão e fizeram acompanhamento por algum tempo, sendo que foi dado sinal de luz para que o condutor do caminhão parasse. Logo que houve possibilidade emparelharam a viatura e deram ordem de parada ao condutor do caminhão. [...] Antes mesmo do réu parar, perceberam que ele não trafegava regularmente e na abordagem constataram que estava sob a influência de álcool. [...] O teste do bafômetro foi realizado e constatou-se que o acusado havia ingerido bebida alcoólica. A conversa do réu era aparentemente normal, sua fala era ordenada, com idéias claras, porém com sintomas de embriaguez. (depoimento da testemunha da acusação Robson Meireles Nunes da Silva – Policial Rodoviário Federal - fl. 63).

Confirmo integralmente meu depoimento de fls. 6/7 desta Carta Precatória. No dia 22.12.06 eu estava conduzindo um ônibus da empresa Gontijo,

na BR 364 sentido Porto Velho/Cuiabá. No km 533 percebi que um caminhão que vinha em sentido contrário, em determinado momento, entrou em minha faixa, razão porque reduzi a velocidade. No cruzamento dos veículos, o caminhão conduzido pelo denunciado atingiu o retrovisor esquerdo do ônibus. O denunciado continuou a viagem, quanto que eu retornei para um posto denúncia PRF que ficava bem próximo (sic). Antes que eu chegasse na PRF eu encontrei um motoqueiro e pedi que seguisse na frente para avisar os policiais. No posto da PRF havia um único policial, razão porque este acionou, via rádio, uma viatura que estava nas proximidades de Alto Paraíso, cerca de 30 minutos depois os policiais rodoviários chegaram no posto da PRF conduzindo o denunciado. Lembro bem que o acusado Antônio das Neves aparentava estar muito embriagado, e mal conseguia ficar em pé. Não cheguei a presenciar o acusado oferecer vantagem aos policiais, como narrado na denúncia. O ônibus que eu conduzia tinha mais de 40 passageiros, sendo que, aqueles que estavam nas primeiras poltronas ficaram mais assustados. Quando o acusado chegou no posto da PRF na maioria do tempo permaneceu em pé e de cabeça baixa, o choque frontal só foi evitado porque eu desviei o ônibus para a direita, inclusive tive que sair da pista, não descendo no barranco por muito pouco. (depoimento da testemunha da acusação Francisco Almir de Souza Silva – condutor do ônibus de turismo - fl. 72).

E ainda da declaração dessa testemunha ouvida perante a autoridade policial:

[...] Que decidi ir até o posto da PRF, onde minutos depois um patrulheiro chegou conduzindo o caminhão e trazendo o infrator, o qual mal conseguia se manter de pé, fato este que revoltou os passageiros e alguns deles tentaram até agredilo. (fls. 18/19).

As afirmativas das duas testemunhas confirmam o depoimento da testemunha da acusação, Aparecido Alencar de Souza (policial rodoviário federal), feita perante a autoridade policial, nestes termos:

[...] Que se encontrava em serviço junto ao posto da PRF, saída para Porto Velho, quando, na parte da tarde, não se recordando o horário exato, ali estacionou um veículo tipo ônibus e o respectivo motorista informou que momento antes, teve o retrovisor do seu veículo atingido por caminhão tanque, o qual trafegava em sentido contrário; QUE o depoente deu início à perseguição àquele veículo, visualizando-o há uns 15 quilômetros após o posto da PRF; QUE foi solicitado ao condutor daquele veículo que estacionasse, porém o mesmo inicialmente não obedeceu a ordem; QUE quando o condutor daquele caminhão parou foi possível perceber de imediato que o mesmo não estava normal, pois apresentava sintomas de embriaguez; QUE o depoente assumiu a direção do veículo, enquanto que o infrator fora

levado até o Posto-PRF na viatura pelo Policial que o acompanhava na ocorrência [...] (fl. 21).

A alegação de que o teste etilômetro (teste do bafômetro) teria sido ineficaz, uma vez que os policiais não sabiam operar o aparelho, em razão de haverem feito diversos testes para averiguação do teor alcoólico em que se encontrava o motorista, não merece acolhida. O réu não se desincumbiu do ônus de demonstrar que houvesse de fato problema no aparelho aferidor do estado de embriaguez, quando do exame a que se submeteu.

Na verdade, a causa que levou os policiais a fazerem as tentativas para a realização do exame do quantitativo de álcool existente no organismo do acusado foi o problema apresentado na impressora do bafômetro, que dificultou a emissão do comprovante atestando a realização do exame, e não quanto à eficácia do resultado desse exame que já comprovava o uso de substância alcoólica pelo réu.

Nesse sentido, colha-se do depoimento da testemunha da acusação Robson Meireles Nunes da Silva:

Naquela ocasião o depoente e os demais estavam aprendendo a mexer com o aparelho para teste de embriaguez e foi feita mais de uma tentativa de perícia, salvo engano, o problema era na impressora do aparelho. (fl. 63).

Quanto à matéria, com acerto, asseverou o Ministério Público Federal em suas contrarrazões de apelação:

A mera alegação de imprecisão no teste do bafômetro não pode sustentar a tese defensiva, no presente caso, a quantidade de álcool no ar dos pulmões corresponde exatamente à quantidade por litro de sangue estabelecida em lei, evidenciando que o apelante no momento do flagrante não dirigia sóbrio. A prova da embriaguez ao volante deve ser feita, preferencialmente, por meio de perícia (teste de alcoolemia ou de sangue), mas esta pode ser suprida (se impossível de ser realizada no momento ou em vista da recusa do cidadão), pelo exame clínico e, mesmo, pela prova testemunhal, quando o estado etílico é evidente e a própria conduta na direção do veículo demonstra o perigo potencial a incolumidade pública, como ocorreu no caso concreto (fl. 170).

Ressalto, por fim, que o entendimento jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a ausência do exame de alcoolemia não afasta a tipicidade do delito previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, quando o estado de embriaguez pode ser aferido por outros meios de prova em

direito admitidos, como na espécie ocorreu, em que foi atestado pelo bafômetro e testemunhas idôneas.

Quanto à prática do crime previsto no art. 333, *caput*, do Código Penal (corrupção ativa), a defesa afirma que a quantia do suposto suborno revelada pelo policial Robson não condiz com a realidade do acusado na época dos fatos, que detinha no dia da apreensão a importância de 150,00 (cento e cinquenta reais). No entanto, a alegação não se sustenta.

É que o objeto jurídico tutelado pelo tipo previsto no art. 333 do Código Penal, não se resume ao valor econômico da oferta, mas tem por fim a proteção, primordial, da moralidade na Administração Pública. Nesse sentido, é o entendimento consolidado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, em casos semelhantes, conforme se verifica das ementas dos seguintes julgados:

Habeas corpus. *Peculato. Bens avaliados em R\$ 50,00. Inaplicabilidade do princípio da insignificância. Bem jurídico tutelado: administração pública. Precedentes da 3ª seção do STJ. Parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem denegada.*

1. A 3ª Seção desta Corte possui jurisprudência pacífica sobre a inaplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, pois não se busca resguardar apenas o aspecto patrimonial, mas principalmente a moral administrativa.

Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial.

(HC 115562/SC, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 21/06/2010.)

Habeas corpus. *Penal. Peculato. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Precedentes.*

1. Segundo o entendimento das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, é inaplicável o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, pois, nesses casos, a norma penal busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa, o que torna inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão.

2. Ordem denegada.

(HC 167515/SP, rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 06/12/2010.) (grifo nosso.)

No caso em exame, o conjunto probatório evidencia que o acusado ofereceu dinheiro aos policiais rodoviários federais para que estes não o conduzissem à delegacia de polícia pelo delito de embriaguez.

Colha-se, a propósito, a afirmativa da testemunha da acusação Robson Meireles Nunes da Silva, feita em juízo, sob o crivo do contraditório, *verbis*:

O policial Aparecido conduziu o caminhão até o posto da PRF. Durante o trajeto até o posto, o réu pediu que o depoente desse sinal de luz para o policial Aparecido, dizendo que pagaria R\$ 200,00 ou até R\$ 300,00 para que a situação fosse 'deixada pra lá'. (fl. 63).

A fala da testemunha está em harmonia com o registro feito no boletim de ocorrência (fl. 12) no sentido de que o acusado ofereceu dinheiro aos policiais rodoviários federais, tentando suborná-los.

Por se tratar de crime formal, a sua consumação ocorreu com a simples oferta ou promessa da vantagem indevida feita pelo acusado aos policiais rodoviários federais.

Assim, provadas a materialidade e autoria delitivas do crime pelos documentos de fls. 10-13 e depoimento das testemunhas de acusação, formando um contexto probatório harmônico com as provas dos autos, a sentença condenatória deve ser mantida.

Quanto ao pedido do apelante de reforma da dosimetria da pena relativa aos dois delitos (art. 306 da Lei 9.503/1997 e art. 333 do CP), entendo merecer acolhimento somente em relação ao primeiro.

Na fixação da pena-base, relativa ao crime de embriaguez, foram tidas como desfavoráveis ao acusado duas circunstâncias judiciais: culpabilidade e as consequências do crime. O juiz considerou a culpabilidade intensa porque o réu detinha consciência da ilicitude, exigindo-se-lhe conduta diversa, mormente por estar conduzindo veículo de grande porte (automotor, tipo caminhão). Entendeu que as consequências foram graves, diante da potencialidade de dano de quem conduz veículo sob os efeitos de substância entorpecente ou análoga.

Todavia, tenho que as consequências do delito, no caso, não podem ser tidas como negativas em desfavor do réu, considerando que a potencialidade de dano apontada pelo sentenciante é ínsita ao tipo de que ora se cuida.

Por outro lado, a pena por infração ao delito do art. 306 da Lei 9.503/1997 varia de seis meses a três anos. A pena-base fixada na sentença foi estabelecida em dois anos de detenção.

Assim, considerando a existência de apenas uma circunstância judicial desfavorável ao réu, a pena-base fixada na sentença está desproporcional, razão por que a reduzo para 9 (nove) meses de detenção, tornando-a definitiva, à falta de outras causas modificantes.

Como consequência, reduzo a pena de multa, estabelecida em substituição à pena privativa de

liberdade do crime de embriaguez ao volante, de 24 (vinte e quatro) dias-multa para 9 (nove) dias-multa.

Quanto à dosimetria da pena estabelecida, relativamente ao crime previsto no art. 333 do Código Penal (corrupção ativa), tenho que a pena-base foi fixada de forma proporcional, sendo suficiente para a reprovação e prevenção do crime, eis que dosada em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, ou seja, 4 (quatro) meses acima do mínimo legal.

Observo, por outro lado, que, a título de consequência acessória à condenação imposta ao acusado, foi-lhe decretada a suspensão, por 6 (seis) meses, do direito de dirigir veículos automotores, na forma do art. 92, III, do Código Penal.

Mantenho a suspensão do direito de dirigir do acusado, por seis meses, porque compatível com o dispositivo legal invocado pelo magistrado, ao impô-la (art. 92-III do CP).

No tocante ao pedido do apelante de que lhe sejam concedidas melhores condições para o cumprimento das prestações pecuniárias, em suaves parcelas, tendo em vista sua real situação econômica, é pleito a ser dirigido ao juízo das execuções penais, quando terá a oportunidade de demonstrar o que alega.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação do acusado para, reformando a sentença, reduzir a pena do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro para 9 (nove) meses de detenção e a pena de multa, fixada em substituição à pena de restritiva de direitos, para 9 (nove) dias-multas, mantidos no mais, os demais termos da sentença.

É o voto.

Voto Revisor

O Exmo. Sr. Des. Federal Italo Mendes: — Feita a revisão no presente feito, nada tenho a acrescentar ao relatório de fls. 190-191.

De início, constata-se, *data venia*, que a materialidade e a autoria dos delitos tipificados nos arts. 306, da Lei 9.503/1997 e art. 333, do Código Penal, resultaram evidenciadas nos autos, conforme restou visualizado pelo MM. Juízo Federal *a quo*, ao proferir a v. sentença apelada, particularmente às fls. 119-127.

Não há que se cogitar, assim, *data venia*, na insuficiência de provas para embasar um decreto condenatório, em face do que, nesse aspecto, não merece ser reformada a v. sentença apelada.

No que diz respeito à dosimetria da pena imposta ao apelante pela prática do delito tipificado no art.

333, do Código Penal, verifica-se que o MM. Juízo Federal *a quo*, às fls. 128-130, procedeu com a devida observância do disposto no art. 59, do Código Penal, não estando, portanto, a v. sentença apelada, quanto a isso, a merecer reforma.

Todavia, quanto à dosimetria da pena imposta ao apelante pela suposta prática do delito tipificado no art. 306, da Lei 9.503/1997, verifica-se, *concessa venia*, que deve ela ser reduzida, uma vez que, considerando as circunstâncias judiciais arroladas no art. 59, do Código Penal, em se constatando, para esse delito, ser a pena mínima de 6 (seis) meses e a máxima de 3 (três) anos de detenção, vislumbra-se a presença, com a devida licença de entendimento outro, de uma desproporção na fixação da pena-base, posteriormente tornada definitiva em 2 (dois) anos de detenção.

Assim, considerando as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, e as condições pessoais do apelante, a pena-base deve ser fixada um pouco acima do mínimo-legal cominado à infração.

Dessa forma, reduzo a pena-base para 9 (nove) meses de detenção

Na segunda fase da dosimetria da pena, verifica-se que não há circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Na terceira fase da dosimetria da pena, verifico, também, que não existem causas de diminuição ou aumento.

Assim, em relação ao delito previsto no art. 306, da Lei 9.503/1997, torno definitiva a pena em 9 (nove) meses de detenção.

Fixo o regime inicial aberto para o cumprimento da pena (art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal).

Reduzo, também, a pena pecuniária que foi imposta ao réu-apelante em razão da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos para 9 (nove) dias-multa, mantido o valor do dia-multa fixado na v. sentença apelada.

Mantenho, todavia, a v. sentença apelada, na parte que impôs ao ora paciente a suspensão do direito de dirigir por 6 (seis) meses imposta ao apelante, tendo em vista a incidência ao caso presente do disposto no art. 92, inciso III, do Código Penal.

Com relação ao pleito do apelante para que seja reduzido o valor da pena pecuniária que lhe foi imposta quando efetuada a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, constata-se que tal pedido deve ser formulado perante o juízo de execução penal.

Diante disso, dou parcial provimento à apelação, a fim de reduzir a pena imposta ao apelante pela indicada prática do delito tipificado no art. 306, da Lei 9.503/1997, para 9 (nove) meses de detenção, bem como para reduzir a pena pecuniária imposta em substituição à pena privativa de liberdade para 9 (nove) dias-multa, mantido o valor do dia-multa fixado na v. sentença apelada.

É o voto.

Quinta Turma

Numeração única: 0005158-69.2003.4.01.3200

Apelação/Reexame Necessário 2003.32.00.005157-3/AM

Relator:	Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (convocado)
Apelante:	Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões – Unisol
Advogados:	Dr. Bruno Giotto Gavinho Frota e outros
Apelante:	União Federal
Procurador:	Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Apelante:	Fundação Universidade do Amazonas – FUA
Procuradora:	Dra. Adriana Maia Venturini
Apelante:	JVC Aerotáxi Ltda.
Advogados:	Dr. Benjamin Caldas Gallotti Beserra e outros
Apelados:	Shigetake Sakamoto e outros
Advogada:	Dra. Ivana da Cunha Leite
Remetente:	Juízo Federal da 2ª Vara/AM
Publicação:	e-DJF1 de 10/02/2012, p. 1.226

Ementa

Ação de indenização. Acidente aéreo. Morte de estagiários. Danos morais. Responsabilidade solidária. Litisconsórcio facultativo. Procurador federal. Intimação pessoal. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Preliminares de nulidade. Afastamento. Responsabilidade civil. Nexo de causalidade. Dano. Dever de indenizar. Quanto indenizatório. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Redução. Medida cautelar. Decretação ex officio. Desnecessidade.

I. Trata-se de apelações e remessa oficial de sentença em que União, Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões (Unisol), Fundação Universidade do Amazonas (Fuam) e JVC Aerotáxi Ltda. foram condenadas, solidariamente, a pagar aos autores indenização a título de danos morais, decorrentes do sofrimento pela morte de seus filhos, em acidente aéreo ocorrido quando estes se desincumbiam de serviços de apoio à realização do pleito eleitoral de 2002.

II. Se a hipótese é de responsabilidade solidária, o credor tem a faculdade de exigir a reparação, pela dívida total ou parcial, de um, de alguns ou de todos os devedores (CC, art. 275). Não há se falar, portanto, em nulidade por falta de formação de litisconsórcio, haja vista que, na espécie, o litisconsórcio é facultativo.

III. Inexistindo demonstração de que houve prejuízo à defesa, não há se falar em nulidade do processo, por falta de intimação pessoal. Prevalência do sistema geral de nulidades do Código de Processo Civil.

IV. Preliminares de nulidade afastadas.

V. Não se verificando conduta comissiva ou omissiva da empresa JVC Aerotáxi Ltda. que possa se relacionar com o evento danoso, não se lhe pode imputar dever de indenizar danos materiais ou morais.

VI. De acordo com a iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, União (Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas), Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões (Unisol) e Fundação Universidade do Amazonas (Fuam), equiparados a tomadores de serviço, respondem pela “reparação de danos causados a terceiros, decorrentes de acidente de trânsito, se o veículo estava a seu serviço em tarefa de seu imediato interesse” (REsp 325.176/SP).

VII. A responsabilidade da União (Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Amazonas), Fundação Universidade do Amazonas (Ufam) e Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões (Unisol) decorre, ainda, de previsão contratual e legal. Os três entes assumiram a responsabilidade pelo acompanhamento e fiscalização das atividades, atraindo, para si, o dever de impedir o evento danoso. A omissão, quanto à observância desse dever, é causa direta e imediata do dano.

VIII. Amarga o sentido natural da vida e repugna ao direito admitir, em nome de formulações dogmáticas, que duas instituições de ensino possam eclipsar seu dever de proteger alunos seus, que estavam a serviço da comunidade, por conta de suposta conveniência do serviço. A realidade dos fatos, submetidos às regras de experiência (CPC, art. 335), não permite, portanto, ir além da conclusão de que, mesmo considerada a omissão da União – na condição de Poder concedente, a conduta das rés Unisol e Universidade do Amazonas, inequivocamente falha, foi determinante para a ocorrência do evento danoso.

IX. Alegação de interrupção do nexo de causalidade rejeitada.

X. A Constituição prevê hipótese de indenização por dano exclusivamente moral (CF, art. 5º, inciso X), previsão que se repete no Código Civil (art. 186). Admite-se que, na espécie, o dano é *in re ipsa*, prescindindo de prova (v.g. REsp 23575/DF). Inequívocos o dano e o nexo de causalidade, ausentes excludentes de responsabilidade, têm as rés o dever de indenizar os autores.

XI. De acordo com a jurisprudência da Turma, o arbitramento do quanto indenizatório por danos morais é orientado pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo ser levados em conta, basicamente, dois critérios: (i) a indenização não pode ter valor vil, a fim de não comprometer o caráter pedagógico; (ii) o valor não pode ensejar, por sua expressão monetária, enriquecimento sem causa.

XII. Neste prisma, o valor fixado na sentença – R\$ 950.000,00 (novecentos e cinquenta mil reais) a cada um dos autores, afigura-se demasiado. O valor de R\$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais) mostra-se mais adequado à justa indenização, considerado o contexto fático. Deste montante, há que ser abatido o valor recebido a título de cobertura securitária (R\$ 40.000,00), nos termos do enunciado da Súmula 246 do Superior Tribunal de Justiça.

XIII. O ofensor deve indenização a cada um dos ofendidos. Eventualmente, a repercussão do evento pode ser aquilataada considerando as peculiaridades de cada ofendido. O somatório da indenização pode ser considerado no

arbitramento, a fim de não se violar o critério da razoabilidade. Entrementes, não há se falar em necessário rateio da indenização entre os ofendidos.

XIV. Inexistindo risco de insolvabilidade, não há fundamento para decretação, *ex officio*, na sentença, de medida cautelar de indisponibilidade de patrimônio dos réus.

XV. Apelação da ré JVC Aerotáxi Ltda. provida para julgar improcedente o pedido de indenização contra si deduzido.

XVI. Remessa oficial e apelações das rés União, Fundação Universidade do Amazonas (Fuam) e Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões (Unisol) parcialmente providas a fim de: (i) reduzir o quanto devido a título de indenização a cada um dos autores ao patamar de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); e para (ii) desconstituir a medida de bloqueio/indisponibilidade de bens.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação de JVC Aerotáxi Ltda., e parcial provimento à remessa oficial e às apelações da União, Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões e Fundação Universidade do Amazonas.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 1º/02/2012.

Juiz Federal *Evaldo de Oliveira Fernandes, filho*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho: — Altaides Pereira Sakamoto, Shigetake Sakamoto, e Lúcia Maria Gorgonha de Miranda ajuizaram ação em face da Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões, da Universidade Federal do Amazonas, da União e de JVC Aerotáxi Ltda. pretendendo indenização por danos morais sofridos em decorrência da morte de Túlio Yuichi Pereira Sakamoto – filho dos dois primeiros autores, e de José Gorgonha de Miranda – filho da autora Maria Gorgonha de Miranda.

Na sentença (fls. 814-888), o MM. Juiz Federal Substituto da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas deferiu, *ex officio*, medida cautelar, nos seguintes termos:

Destarte, presentes a fumaça do bom direito e o perigo de perecibilidade do direito, tenho como inafastável a determinação tomada com fulcro no Poder Geral de Cautela ínsito ao Órgão Jurisdicional, e, por isso mesmo, exequível desde logo, da indisponibilidade do patrimônio da empresa JVC AEROTÁXI LTDA, [...] e da fundação denominada FUNDAÇÃO DE APOIO INSTITUCIONAL RIO SOLIMÕES – Unisol [...].

Com o instituto de assegurar a efetivação do comando da sentença de mérito aqui exarada, mister que se decrete a indisponibilidade dos bens de JORGE LUIZ VIANA DA CRUZ, [...], MARIA AUXILIADORA SOUZA MACIEL [...], e ADEMIR FRANCISCO GRANGEÃO [...], sócios da empresa JVC AEROTÁXI LTDA, dando-se concreção à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, [...]

E no mérito, decidiu:

Ex positis, considerando tudo mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido contido na exordial agitada para condenar as Rés: União Federal, a Universidade Federal do Amazonas – UFAM, a Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões – Unisol e JVC AEROTÁXI LTDA a pagar, a título de indenização por danos morais, a importância de R\$ 950.000,00 (novecentos e cinquenta mil reais) para SHIGETAKE SAKAMOTO, a importância de R\$ 950.000,00 (novecentos e cinquenta mil reais) em favor de ALTAIDES PEREIRA SAKAMOTO, e o montante de R\$ 950.000,00 (novecentos e cinquenta mil reais) para LÚCIA MARIA GORGONHA DE MIRANDA.

Os valores deverão ser corrigidos até a data do efetivo adimplemento, de acordo com os índices de atualização previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Deverão incidir juros legais de mora no importe de 6% aa (seis por cento ao ano), diante da regra material vigorante no momento da ocorrência do ilícito civil (arts. 1.062 do antigo CCB).

O termo a quo da incidência dos juros moratórios, diante do fato de que o valor da reparação pecuniária se deu por apreciação equitativa, deverá se dar a partir da prolação deste julgado, conforme entendimento sedimentado pelo eg. STJ.

Esclareço que a obrigação de pagar imposta aos demandados é de natureza solidária, nos termos da lei civil vigente no momento do acidente (arts. 904-915 do antigo CCB).

Condeno os Réus ao pagamento de honorários advocatícios, fixado no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), conforme parâmetros previstos no art. 20, § 4º, do CPC.

Extingo a ação com apreciação meritória, na forma do art. 269, I, do CPC.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

[...]

A Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões – Unisol apelou (fls. 1.186-1.225), alegando o seguinte: a) a medida cautelar de indisponibilidade/bloqueio é nula, porquanto deferida de ofício, em afronta ao disposto no art. 128 do CPC e da Resolução 524/2006 do Conselho da Justiça Federal; b) há nulidade do processo, porquanto “encontramos diversas decisões e atos processuais que não tiveram a devida intimação, pessoal, do Procurador Federal da Fundação Universidade do Amazonas”. Com a falta da intimação pessoal, houve violação às garantias da ampla defesa e do contraditório; c) excluiu-se ilegalmente da lide a empresa Rumo Norte Táxi Aéreo, proprietária da aeronave sinistrada; d) no “contrato de parceria 006/02 [...] firmado entre a União Federal, por intermédio do Tribunal Regional Federal Eleitoral, a Fundação Universidade do Amazonas e a Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões (Unisol)”, consta “previsão expressa, na cláusula Segunda, IV [...] que atribui a responsabilidade de fiscalização à contratante (TRE)”; e) “pelo que se extrai dos depoimentos e dos documentos juntados [...], não restam dúvidas de que havia um coordenador da Fundação Universidade do Amazonas e da Unisol para acompanhar os trabalhos. Esse coordenador, um ex-aluno e professor da Universidade, estava lá para acompanhar os trabalhos, mas jamais teria condições de desobedecer uma ordem emanada do presidente do pleito naquele município, o Juiz Eleitoral [...]”; f) “havia cláusula contratual que designava a fiscalização dos trabalhos do TRE [...], mas mesmo assim, a Fundação Universidade do Amazonas e a Fundação Unisol disponibilizaram um coordenador para acompanhar os trabalhos, demonstrando o cuidado das instituições e o zelo pela vida”; g) de outro lado, “na pista não havia nenhum militar da Força Aérea ou da Infraero para fiscalizar a operação da aeronave, nem seu peso, nem a distribuição dos alunos e das cargas”; “h) “o coordenador da Ufam/Unisol que havia sido designado para transmitir dados das eleições na área rural, mesmo que estivesse na pista, também não possuía qualificação técnica para perceber as irregularidades da aeronave da Rumo Norte Táxi Aéreo”; i) “se o planejamento tivesse sido seguido por quem de direito tinha a obrigação para executar e fiscalizar os trabalhos, o TRE, com certeza não estaríamos lamentando a morte de três jovens universitários”; j) “temos por provada a responsabilidade do TRE pelas modificações do planejamento das operações daquele pleito, que promoveram as circunstâncias para o

acidente, e com isso afastada a responsabilidade da apelante, Unisol, que cumpriu com todas as suas obrigações contratuais”; k) “apesar da dor inimaginável pela perda de seus queridos filhos, o valor arbitrado para a referida indenização por danos morais é muito mais enriquecimento ilícito do que propriamente indenização por danos morais”; l) “pedimos seja reformada a parte do decisório que aplica o valor de R\$ 950.000,00 para cada autor, passando para um valor condizente com a condição da apelante, entidade sem fins lucrativos, e, de acordo com a razoabilidade e proporcionalidade, sendo reduzidas a apenas duas indenizações, vez que os autores, apesar de serem três, representam apenas dois indivíduos”.

A União apelou (fls. 1.256-1.276), alegando: a) “o contrato de Parceria e Colaboração técnica em Processo Eleitoral, celebrado entre a União/TRE, a Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões e a Universidade Federal do Amazonas, isenta a União de qualquer responsabilidade com o deslocamento dos supervisores e universitários, dispondo expressamente que tais obrigações seriam da contratada”; b) “com relação à responsabilidade por omissão, visto que a União foi condenada pela demora na prestação do socorro e busca dos vitimados e também em face de se omitirem quanto à obrigação de dar assistência e informações às famílias das vítimas [...], verifica-se que este entendimento não é pacífico em nossos tribunais e o próprio Supremo Tribunal Federal não tem uma posição uniforme”; c) “não responderá o Estado se caracterizar – além das excludentes de força maior, caso fortuito ou culpa concorrente ou exclusiva da vítima – a inexistência de nexo de causalidade entre a falha do serviço e o acidente. E é precisamente isso que ocorre no caso em tela, visto que não foi por omissão da União que o acidente ocorreu, inexistindo, portanto, nexo de causalidade”; d) “seja em matéria de responsabilidade objetiva, seja de responsabilidade subjetiva, o certo é que nenhuma delas dispensa prova do nexo de causalidade, em relação direta e imediata, entre a ação ou omissão dos agentes do Estado e o dano verificado, para a imposição do dever de indenizar”; e) “nas indenizações por dano moral, e mesmo material, requeridas contra a União, suas autarquias e fundações, é comum a parte adversa [...] estipular um valor exorbitante, muito além do razoável, talvez por entender que tais entes públicos possam pagar mais que as demais pessoas físicas e jurídicas. Porém, assim não deve ocorrer, sob pena de desvirtuar um instrumento jurídico de grande importância social”, transformando o dano moral em uma “indústria de indenizações”; f) a indenização por dano moral “apaga o sofrimento

do lesado, tendo, contudo, duplo escopo: em relação à vítima, subjetivamente, amenizar o sofrimento, na medida em que o fato tenha reconhecimento judicial, servindo de resposta ao seu desalento; em relação ao ofensor, serve de freio visando a que a conduta não se repita”; g) a quantia paga em dinheiro não repõe um desfalque material, mas apenas representa para a vítima uma satisfação igualmente moral”; h) “tem-se que, ao fixar o montante pecuniário devido nos caos de danos morais, o juiz deve atender a elementos objetivos e subjetivos. A avaliação subjetiva está voltada para a apreciação *in concreto* da situação, ou seja, avaliação real e efetiva dos prejuízos sofridos pela vítima. Já a avaliação objetiva, está voltada para a apreciação *in abstracto* do caso, baseando-se em conceitos como homem médio, *bonus pater familia*, ou em tabelas e critérios pré-estabelecidos”.

JVC Aerotáxi Ltda. opôs embargos de declaração (fls. 1.278-1.300), rejeitados, decisão de fls. 1.409-1.412.

Fundação Universidade do Amazonas (Ufam) apelou (fls. 1.367-1.383), alegando: a) o processo é nulo, porquanto, nos termos do art. 17 da Lei 10.910/2004, o ocupante de cargo de procurador federal deve ser intimado pessoalmente, o que não ocorreu em relação a diversos atos praticados no processo; b) “a ausência da intimação pessoal do procurador federal, *in casu*, além de desacatar disposição expressa de lei federal, obstruiu o pleno exercício, pela apelante, do direito ao contraditório e à mais ampla defesa”; c) “conquanto incontestável a dor lamentavelmente experimentada pelos recorridos, é certo que a apelante [...] não foi responsável, através de seus agentes, por qualquer *fato lesivo*, e, aliás, sequer contribuiu direta ou indiretamente para sua ocorrência, haja vista que, além de não haver contratado diretamente a litisconsorte JVC Aerotáxi Ltda., e tampouco a proprietária da aeronave acidentada, não determinou que urnas eleitorais e universitários seguissem no mesmo avião, ordem que partiu exclusivamente do juiz eleitoral”; d) “não resta a menor dúvida de que a apelante [...] cumpriu sua atribuição básica, no sentido de selecionar entre os seus estudantes os técnicos responsáveis pelos pontos de transmissão das Eleições 2002 no interior. A litisconsorte Fundação Unisol, outrossim, disponibilizou a aeronave (helicóptero da JVC Aerotáxi) para transporte exclusivamente dos técnicos. Destarte, qualquer alteração operacional que possa ter havido no último momento não tem a menor razão para ser imputada às referidas entidades, compreendendo-se que todas as mudanças no planejamento original partiram do próprio Tribunal Regional Eleitoral,

naquela ocasião, representado pelo MM. Juiz Eleitoral”; e) “a fiscalização do contrato, tal como compreendida pelo MM. Juízo recorrido, constituiria [...] obrigação da *contratante*, e não da apelante Fundação Universidade do Amazonas, que, repita-se, não figurou no contrato como contratante e, aliás, nem como contratada, mas na qualidade de *interveniente*, com atribuições específicas perante a verdadeira contratada, Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões, consistentes basicamente na missão de selecionar e treinar os estudantes que aderiam à participação no processo eleitoral [...]”; f) havia um representante seu no local, mas “suas atribuições eram meramente técnicas, ou seja, diziam respeito tão somente à orientação para as atividades específicas de transmissão eletrônica de dados. Entre suas funções não estavam – e nem poderiam estar – a fiscalização de aeronaves ou as questões envolvendo a logística das operações”; g) “no que concerne ao peso, carga, capacidade ou homologação das aeronaves destacadas pelo MM. Juiz Eleitoral para o transporte conjunto de helicóptero da empresa JVC Aerotáxi, contratada pela Unisol e pela ECT para realizar duas operações perfeitamente distintas (transporte dos técnicos e, depois, transporte de material) e um avião monomotor sob responsabilidade da empresa Rumo Norte Táxi Aéreo, contratada também pela ECT para transporte exclusivo de carga -, ninguém além dos próprios pilotos e das autoridades da Aviação Civil poderiam opinar ou recomendar tais questões. Nem o coordenador da apelante e nem mesmo o juiz eleitoral, que, obviamente, não possuíam os necessários conhecimentos técnicos”; h) “relativamente à possível demora para o início das buscas após a queda da aeronave, é evidente que, sob tal aspecto, não há responsabilidade a ser imputada à apelante. Operações de busca e salvamento não devem ser normalmente promovidas por leigos [...], mas somente pelas autoridades civis ou militares competentes”; i) “no tocante aos possíveis telefonemas às famílias das vítimas, [...] vale dizer que, se alguém, em nome da apelante, chegou a prestar alguma informação inexata – do que não se teve prova concreta -, é certo que foi também vítima do desencontro de notícias, que se cruzavam partindo da imprensa, das autoridades, do TRE/AM. A apelante encontrava-se, igualmente, na expectativa de notícias a todo momento, valendo lembrar que nem mesmo o noticiário nacional da Rede Globo deixou de veicular informações inexatas sobre o acidente”; j) “a medida cautelar concedida pelo MM. Juiz [...] no bojo da sentença [...] e que resultou no bloqueio dos bens e recursos verdadeiramente públicos – eis que destinados na sua totalidade à

Fundação Universidade do Amazonas, posto que decorrentes de seus projetos e convênios – geridos pela Fundação Unisol, foi determinada *ex officio* e, portanto, *extra petita* e *inaudita altera pars*, a despeito da situação não se enquadrar em nenhum dos ‘*casos excepcionais, expressamente autorizados por lei*’ (a exemplo do que se verifica no art. 66 da Lei 8.884/1996, no art. 4º da Lei 10.259/2001, no art. 82, § 2º, da Lei 11.102/2005, etc), contrariando, inclusive, a recomendação da jurisprudência dominante”; k) “não há que se cogitar nenhum *periculum in mora*, posto que a União e a Fundação Universidade do Amazonas, que são pessoas jurídicas de direito público, na mesma assentada foram condenadas solidariamente, à vista do que não existe o menor risco de execução frustrada da sentença”.

JVC Aerotáxi Ltda. apelou (fls. 1.533-1.579), alegando: a) “o Tribunal Regional Eleitoral realizou contrato de parceria e colaboração técnica em processo eleitoral [...] com a Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões (Unisol), tendo por objeto a ‘contratação de universitários para atuação na área de microinformática e comunicação de dados’, cujos serviços consistiriam na implementação de pontos de transmissão de dados extraídos dos boletins de urnas instalados em comunidades distantes do interior do Estado do Amazonas, ao ensejo das eleições de 2002”; b) “a apelante, por sua vez, foi contratada pela Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões (Unisol) para realizar, unicamente, o transporte dos universitários e, para tal fim, manteve um helicóptero disponível na sede do Município de São Gabriel da Cachoeira”; c) “o Excelentíssimo Senhor Juiz Eleitoral de São Gabriel da Cachoeira, [...] receando pela ocorrência de atraso na chegada das urnas localizadas nos locais mais remotos, ordenou que três dos técnicos (estudantes universitários selecionados para participarem do processo) se deslocassem juntamente com as urnas, em um único vôo, para ser mais específico, em um avião monomotor da empresa Rumo Norte Táxi Áereo Ltda., contratada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos [...], que, por sua vez, foi contratada pelo Tribunal Regional Eleitoral (TRE) para transportar somente as urnas”; d) “não há responsabilidade a ser-lhe atribuída, pois como se pode verificar dos autos, a aeronave acidentada não lhe pertencia, não contratou os serviços da empresa Rumo Norte, não disponibilizou a utilização do avião a qualquer título; enfim, não concorreu de qualquer modo para o evento. Muito ao contrário, os autos provam que a empresa Rumo Norte fora contratada pelos correios [...] e que a ordem do transporte de alunos (técnicos) juntamente com as urnas e materiais necessários à realização da eleição,

foi efetuada pelo Sr. Juiz Eleitoral”; e) na sentença, considerou-se que “a responsabilidade atribuída à apelante decorreria de uma suposta relação de preposição entre a recorrente e a empresa Rumo Norte, proprietária do avião acidentado. / Entretanto [...], jamais houve descumprimento contratual da ora apelante, como pretendem os apelados, como jamais houve qualquer relação contratual ou o que o valha entre a recorrente e a empresa RUMO NORTE. [...] o MM. Juízo ao afirmar que o Sétimo Serviço Regional de Aviação Civil teria concluído que a aeronave da empresa Rumo Norte teria sido colocada à disposição da Unisol pela apelante JVC”, cometeu erro *in iudicando*, “uma vez que nada disso é afirmado nas cópias do procedimento administrativo”; f) “o helicóptero foi, efetivamente, disponibilizado para a execução do serviço, pois estava na sede do município a partir do dia e hora previstos contratualmente, pronto para a execução do serviço. Em momento algum houve recusa da apelante em proceder ao transporte dos estudantes, não foi por ela sugerido que o deslocamento dos universitários fosse também realizado pela aeronave da empresa Rumo Norte. O que aconteceu é que a Justiça Eleitoral, corporificada na pessoa do juiz eleitoral [...], em face da tardia chegada dos estudantes ao dito burgo, alterou o planejamento inicial da logística de transporte e de transmissão de dados”; g) “a lesão aos direitos dos autores não decorreu de qualquer ação atribuível à recorrente. A alteração do planejamento levada a efeito pelo órgão da Justiça Eleitoral foi a causa adequada e eficiente para a produção do evento danoso, motivo pelo qual a responsabilidade da indenização deve recair sobre a União Federal”; h) “a abrupta cautelar contida na sentença, concedida sem provocação e *inaudita altera pars*, negou vigência ao art. 5º, inciso LIV, da Constituição [...] e ao princípio processual da congruência, positivado no art. 128 do CPC”; i) nos termos do art. 797 do CPC, “emerge sem reboço que o magistrado, salvante hipóteses excepcionais, não pode, sem pedido expresso do interessado, decretar medidas cautelares”; j) “não se está diante de uma situação de excepcionalidade que justifique a prolação da decisão guerreada. O mote utilizado pelo julgador [...], no sentido de que o desfecho da causa, em razão do assoberbamento da segunda instância, tardará, possibilitando à recorrente que extravie ou dilapide os seus bens, ou encerre as suas atividades, inviabilizando o cumprimento do que restou decidido [...], afigura-se inconsistente, na medida em que não há absolutamente nada, nos autos ou fora deles, a indicar a probabilidade que as situações reeadas possam vir a se tornar realidade”; k) não há se falar em aplicação

das regras da legislação consumerista, porquanto “nem Ufam/Unisol nem os alunos são consumidores finais. Aliás, na própria parte dispositiva da sentença [...] reconheceu-se que as vítimas estavam a serviço do Poder Público Federal”; l) o valor arbitrado a título de indenização não é razoável. Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, fixou-se, em caso similar ao dos autos, “o montante indenizatório no equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos, por cada uma das vítimas de acidente aéreo”; m) os apelados afirmam, na inicial, que receberam o seguro obrigatório. Neste caso, tal valor deve ser abatido do quanto fixado na decisão judicial, nos termos da Súmula 246/STJ.

Em contrarrazões às apelações, alegou-se (fls. 1.674-1.695): a) conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “o magistrado pode conceder cautelar *ex-officio* para garantir a efetividade do processo”; b) “a medida cautelar concedida traduz-se em medida tendente a beneficiar diretamente a efetividade do processo ou, por outras palavras, tem por escopo garantir que o pleito formulado na exordial e sabiamente deferido na sentença tenha resultado prático e não se torne letra morta”; c) os “tais despachos e decisões” de que não teria sido intimado pessoalmente o procurador da Universidade Federal do Amazonas “estão compreendidos” em “fases muito anteriores à sentença, portanto, até aqui já houve vários atos praticados por todos os interessados, inclusive a indigitada Fundação, os quais se tornaram suficientes para suprir eventual irregularidade”; d) tendo a mencionada ré “tomado ciência de todos os atos praticados, ainda que eventualmente ausente em um ou outro caso sua intimação pessoal, mas tendo-lhe, contudo, sido franqueada vista dos autos em várias situações posteriores, sem que ocorresse, de fato, prejuízo a sua defesa até o momento, não há, por óbvio, que se falar em nulidade da sentença em razão do alegado”; e) não deve prosperar a alegada ilegalidade na exclusão da empresa Rumo Norte Táxi Aéreo Ltda., porquanto “ficou patente a culpa *in eligendo* e *in vigilando* da Ré JVC”, que foi, “no mínimo, negligente ao anuir que outrem desempenhasse a tarefa que a si cabia e, conseqüentemente, omissa no que toca à garantia de segurança, contratualmente assumida, com relação àqueles que se dispôs a transportar”; f) Universidade Federal do Amazonas e Fundação Unisol “enviaram os alunos a São Gabriel da Cachoeira sem qualquer preocupação em fiscalizar as condições em que o deslocamento dos mesmos pontos de transmissão seria realizado”; g) “sobejam provas nos autos que mostram de modo indubitável o liame de causalidade entre a *omissão* da Universidade

e da Unisol com a morte precoce e evitável dos jovens filhos dos autores”; h) a Universidade, “nem mesmo depois, quando já se tinha notícia do acidente”, “não providenciou o resgate imediato e eficaz das vítimas. Banalizou o sinistro e seus dirigentes e coordenadores muito provavelmente estavam mais preocupados em pensar no que declarariam à imprensa e às famílias das vítimas”; i) nos autos ficou “mais do que patente que havia entre os representantes que tomaram parte da reunião que definiu os destinos dos jovens, representante do TRE naquela localidade e que nada fez a fim de impedir que as urnas e os universitários viajassem na mesma aeronave, um simples monomotor *particular* e inteiramente inadequado àquela atividade. De se notar que de nenhum modo qualquer representante do sobredito Tribunal se opôs a que a operação fosse conduzida do modo como foi”; j) a União – TRE descumpriu cláusula contratual de acompanhamento e fiscalização da execução do contrato de parceria; demorou na prestação de socorro às vítimas, e omitiu-se, “através das autoridades aeronáuticas, que falharam ao não fiscalizar e impedir de voar aeronave em condições sabidamente irregulares”; k) não há ilegalidade na condenação dos réus a pagar indenização a cada um dos progenitores. “[...] o pesar” foi causado “a ambos os autores” e “não se comunica, sendo sofrida de modo individual e intransferível por cada um deles [...] nada obstante um casal ter perdido um filho, isto, por si só, não os transforma em um ser único na hora da dor, sendo esta sentida por eles em primeiro grau e intensidades distintas”; l) “restando inequívoco não haver solidariedade entre os parentes, no que concerne a dor de cada um deles, nada há que se reformar em relação ao *quantum debeatur* estipulado em favor de ambos os genitores”; m) a indenização por danos morais não pode ser irrisória; há que se ter presente o “fato de que o sofrimento dos pais/autores iniciou-se no momento em que recebiam informações desconstruídas ou, ainda, quando da falta destas e perdurará até o fim dos seus dias, porquanto é sabença pública que não há dor que se possa comparar à perda de um filho. Logo, não é porque a vida não tem preço que devem conformar-se os autores com indenização irrisória e, via de consequência, ofensiva”.

Às fls. 1.943-1.944, JVC Táxi Aéreo Ltda. alegou que o pedido de desbloqueio de bens foi indeferido no âmbito do juízo de origem. Pediu o deferimento do desbloqueio, tendo em vista o recebimento de sua apelação no duplo efeito.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho: —

I – Preliminares de nulidade

Já na inicial (fl. 10), ficou assente que a aeronave cuja queda causou a morte dos filhos dos autores pertencia à empresa Rumo Norte Táxi Aéreo Ltda. e era pilotada por um seu funcionário/preposto. Não obstante, os autores não pediram a citação da dita sociedade empresária.

Em sua contestação, a ré JVC Aerotáxi Ltda. requereu a citação da proprietária da aeronave sinistrada, mas o fez sob o instituto da nomeação à autoria (CPC, art. 62). De plano, verifica-se equívoco no requerimento, porquanto ausentes as hipóteses de nomeação, a saber:

a) quando, acionado em nome próprio, o réu apenas detiver a coisa (art. 62, CPC) e b) quando, acionado em nome próprio, tenha praticado o ato que originou a demanda por ordem ou em cumprimento de instruções de terceiro (art. 63, CPC).¹

De todo modo, a intervenção foi indeferida porque o nomeado, como era de se esperar, recusou a nomeação.

Pois bem. É cediço que os institutos jurídicos não se definem pelo nome que lhes são atribuídos, mas pelo seu conteúdo. Na verdade, a intervenção seria na hipótese de chamamento ao processo, figura em que o devedor solidário requer a citação de outro devedor, também solidário, para que a obrigação de satisfazer a dívida, em caso de condenação, recaia sobre ambos (CPC, art. 77, inciso III).

A par disso, se a hipótese é de responsabilidade solidária, o credor tem a faculdade de exigir a reparação, pela dívida total ou parcial, de um, de alguns ou de todos os devedores (CC, art. 275). Não há se falar, portanto, em nulidade por falta de formação de litisconsórcio, haja vista que, na espécie, o litisconsórcio é facultativo. De outro lado, nada impede que os autores busquem indenização, também, contra Rumo Norte, nos termos do parágrafo único do art. 275 do CC. Ademais, os réus podem exigir daquela empresa ressarcimento da parte que lhe caberia, no

montante eventualmente pago aos autores (CC, art. 283). A respeito do *thema*, confira-se, v.g.:

Tributário. Agravo regimental. Recurso especial. Empréstimo compulsório sobre energia elétrica. União federal. Responsabilidade solidária. Litisconsórcio passivo facultativo. Competência. Justiça estadual. Entendimento consolidado. “recurso especial representativo de controvérsia” (resp 1145146/rs). Art. 543-C, do CPC. Resolução STJ 8/2008. Art. 557, do CPC. Aplicação.

1. A solidariedade obrigacional não importa em exigibilidade da obrigação em litisconsórcio necessário (art. 47 do CPC), mas antes na eleição do devedor pelo credor, cabendo àquele, facultativamente, o chamamento ao processo (art. 77, do CPC).

2. A União Federal responde solidariamente pelo valor nominal dos títulos relativos ao empréstimo compulsório instituído sobre energia elétrica, nos termos do art. 4º, § 3º, da Lei 4.156/62, in verbis: “Art. 4º Até 30 de junho de 1965, o consumidor de energia elétrica tomará obrigações da ELETROBRÁS, resgatáveis em 10 (dez) anos, a juros de 12% (doze por cento) ao ano, correspondentes a 20% (vinte por cento) do valor de suas contas. A partir de 1º de julho de 1965, e até o exercício de 1968, inclusive, o valor da tomada de tais obrigações será equivalente ao que fôr devido a título de imposto único sobre energia elétrica. (Redação dada pela Lei 4.676, de 16.6.1965) (omissis) § 3º É assegurada a responsabilidade solidária da União, em qualquer hipótese, pelo valor nominal dos títulos de que trata este artigo.”

3. A parte autora pode eleger apenas um dos devedores solidários para figurar no pólo passivo da demanda, consoante previsto no art. 275 do Código Civil, que regula a solidariedade passiva: “Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores.”

[...]

6. Outrossim, a possibilidade de escolha de um dos devedores solidários afasta a figura do litisconsórcio compulsório ou necessário por notória antinomia ontológica, porquanto, o que é facultativo não pode ser obrigatório. (Precedentes: Resp 1111159/RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, Julgado Em 11/11/2009, Dje 19/11/2009; Resp 1018509/DF, rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, Julgado Em 24/03/2009, Dje 23/04/2009; Agrg No Cc 92.312/RS, rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, Julgado Em 12/11/2008, Dje 05/03/2009; Resp 1052625/PE, rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, Julgado Em 21/08/2008, Dje 10/09/2008; Agrg No Cc

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida e o Exmo. Sr. Juiz Federal Ricardo Machado Rabelo (convocado).

¹ MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado por artigo*. 2ª ed.; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010. p. 142.

83.169/RJ, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12/03/2008, DJe 31/03/2008)

[...]

8. Agravos regimentais desprovidos.

(STJ, AgRg no REsp 1.119.095/PR, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 19/05/2010.)

Alega-se, ainda, em preliminar, que, a despeito do disposto na Lei 10.910/2004, não houve intimação pessoal do procurador da Fundação Universidade do Amazonas de alguns atos processuais. Essa alegação de nulidade, no entanto, não prospera.

Afirma-se, no particular, que a falta de intimação pessoal viola as garantias do contraditório e da ampla defesa. De fato, se o ordenamento prevê intimação pessoal, e não ocorre, é legítimo presumir prejuízo à defesa. Ignorar tal presunção é ignorar a própria finalidade da lei. Não obstante, a presunção não é absoluta, podendo ser elidida. Aqui, nada, de concreto, foi trazido para demonstrar o suposto prejuízo. Não se vislumbra, portanto, justificativa para afastar o princípio geral que rege o sistema de nulidades do processo civil, ou seja, nulidade deve ser declarada, se demonstrado prejuízo. É percuciente a alegação dos autores/apelados, ao afirmar que, tendo a mencionada ré

[...] tomado ciência de todos os atos praticados, ainda que eventualmente ausente em um ou outro caso sua intimação pessoal, mas tendo-lhe, contudo, sido franqueada vista dos autos em várias situações posteriores, sem que ocorresse, de fato, prejuízo a sua defesa até o momento, não há, por óbvio, que se falar em nulidade da sentença em razão do alegado.

Neste sentido, a jurisprudência, v.g.:

Agravo regimental em agravo de instrumento. Procuradoria federal. Falta de intimação pessoal da sentença. Matéria apreciada em reexame necessário. Ausência de prejuízo. Decisão mantida.

1. A teor do disposto no artigo 244 do CPC, considera-se válido o ato realizado de forma diversa daquela prescrita em lei, sem cominação de nulidade, sempre que lhe alcançar a finalidade. Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem firmado a compreensão de que a decretação da nulidade deve observar a presença de prejuízo.

2. O INSS foi intimado pessoalmente do conteúdo do julgamento do reexame necessário, ocasião em que manuseou e retirou os autos em cartório. Porém, ao invés de interpor o recurso competente (porquanto daquele momento iniciou-se o prazo para impugnar a sentença), e insurgir-se contra o mérito da demanda decidida em seu desfavor, preferiu opor embargos de declaração,

restrito à alegação de nulidade absoluta pela falta de intimação pessoal do teor da sentença.

3. Nesse contexto, mostra-se inviável o decreto de nulidade dos atos operados, tendo em vista a inércia da Autarquia em impugnar questões já de seu conhecimento.

4. A ausência de intimação pessoal da Procuradoria Federal, em relação à sentença prolatada, não importou em qualquer prejuízo para o ente público, tendo em vista o reexame da matéria decidida na primeira instância, em obediência à remessa necessária (art. 475, I, CPC). Precedente.

5. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no Ag 1.035.294/SC, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 08/09/2008).

Processual civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Citação. Nulidade suprida. Primeira oportunidade. Vista. Autos.

1. A falta de citação pessoal da autarquia previdenciária pode ser suprida em razão da intimação pessoal da entidade.

2. Na hipótese dos autos, foi reconhecida a preclusão temporal, uma vez que a nulidade da citação não foi alegada no primeiro momento em que a parte teve para se manifestar, mas apenas um ano depois, quando já preclusa a oportunidade. Negativa de seguimento ao agravo.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(TRF 1ª Região, AGEDAG 2008.01.00.034828-7, rel. Des. Federal José Amilcar Machado, Primeira Turma, DJe de 11/05/2010.)

Preliminares rejeitadas.

II – Mérito

II.I Do nexo de causalidade

As certidões de óbito juntadas às fls. 24 e 27 atestam que os filhos dos autores faleceram em virtude de lesões sofridas na queda da aeronave que decolara do aeroporto de São Gabriel da Cachoeira/AM “com destino ao Distrito de Taracua, Pari-Cachoeira e laualetê”.

Sobre o acidente, veja-se o que consta do relatório preliminar produzido pelo Serviço Regional de Aviação Civil – 7 (fl. 69):

[...]

Fatos:

1. A aeronave possui (possuía) categoria de registro TPP (Transporte Público Privado), sendo proibida sua utilização para transporte de passageiros ou carga de forma remunerada;

2. O peso máximo de decolagem, no momento do acidente, foi extrapolado;

3. Com a distribuição da carga, de forma incorreta, somando-se ao peso dos 04 (quatro)

ocupantes, o centro de gravidade da aeronave encontra-se alterado. [...]

De sua vez, o Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (Cenipa) produziu laudo pericial (fls. 1.869-1.881), chegando às seguintes conclusões sobre as causas do acidente:

[...]

Fatos

[...]

d. a aeronave registrada como TPP estava realizando voo fretado para a empresa Rumo Norte Táxi Aéreo;

e. a aeronave sofrera alterações internas na sua parte traseira, aumentando a área útil para transporte de carga, sem viabilidade técnica e à revelia da autoridade automática;

[...]

i. a decolagem foi efetuada com 223,51 kg de excesso em relação ao peso máximo de decolagem;

[...]

k. o piloto deixou de reportar a decolagem de São Gabriel da Cachoeira;

[...]

m. após a decolagem, a aeronave colidiu com árvores a cerca de 2,5 km da pista;

[...]

p. a empresa operadora não efetuou o acompanhamento do voo;

[...]

5.2. Fatores Contribuintes

5.2.1 Fator Humano

Aspecto Psicológico – Contribuiu

Os aspectos psicológicos contribuíram para a ocorrência do acidente, tanto nas características apresentadas pelo piloto, quanto pela empresa, denotando que houve complacência, improvisação, excesso de confiança, descaso com a operação, descaso com os procedimentos, tomada de decisão errada, julgamento inadequado, deficiente cultura do grupo, invulnerabilidade e pressão psicológica. Isso influenciou na aceitação de uma aeronave com excesso de peso e modificações não homologadas para o cumprimento do voo.

Aspecto Operacional

[...]

b. Julgamento – Contribuiu

O piloto julgou que, apesar de todo o excesso de peso que transportava, e com o CG extrapolando os limites permitidos, teria condições seguras para operar a aeronave, prosseguindo com a decolagem que culminou no acidente.

c. Supervisão – Contribuiu

A supervisão do proprietário e da empresa de táxi aéreo se mostrou deficiente para assegurar

a qualidade dos serviços e a segurança da atividade aérea, permitindo que fosse utilizada uma aeronave TPP para serviços remunerados, com uma adaptação não homologada no bagageiro, com excesso de peso, com o CG fora dos limites e operada por piloto sem vínculo empregatício.

d. Planejamento – Contribuiu

Ficou caracterizado o planejamento deficiente da missão, ao se disponibilizar uma aeronave inadequada para a realização do voo, desconsiderando o excesso de peso do material a ser transportado e o balanceamento da aeronave.

e. Pessoal de Apoio – Contribuiu

O carregamento da aeronave foi realizado por pessoa não qualificada, contando com a complacência do piloto, o que provocou excesso de peso e o deslocamento do CG além dos limites estabelecidos pelo fabricante.

f. Indisciplina de Voo – Contribuiu

O piloto cometeu indisciplina ao realizar voo remunerado com uma aeronave TPP, que possuía modificações não homologadas e com peso de decolagem acima do máximo estabelecido.

[...]

É cediço que acidentes envolvendo aeronaves nunca têm como causa um único fato. Há uma soma de fatores que contribuem para o sinistro, conforme se verifica do laudo em tela. Não obstante, a partir das conclusões tiradas, no caso, é possível afirmar, sem sombra de dúvida, que houve falha, atribuída à empresa contratada, na execução do serviço. A falha foi causa direta e imediata da morte dos estudantes, do que decorre o dano experimentado pelos autores, ou seja, a dor pela perda dos entes queridos.

Pois bem.

A condenação da ré JVC Aerotáxi Ltda. foi vazada nos seguintes termos:

Quanto à responsabilidade civil da Ré JVC AEROTÁXI LTDA, entendo que a mesma se afigura incontestada, na medida em que, violando o contrato firmado com a Unisol, trespassou para terceiro a execução dos serviços que estavam a seu encargo, terceiro este que agia como um preposto seu e que, sem atentar para as condições de segurança exigidas, realizou transporte de passageiro e de carga em um mesmo avião, de forma irregular, porque em aeronave imprópria para a condução de pessoas, com peso acima da capacidade de voo.

[...]

O relatório elaborado pela Autoridade Aeronáutica é claro ao identificar os motivos que ensejaram o sinistro e a demonstrar a culpa pelos prepostos contratados pela empresa JVC para realizar o serviço para o qual havia formulado ajuste com a Unisol, devendo, por isso, a empresa

comitente (JVC AEROTÁXI LTDA) responder pelos danos a que o agente a seu serviço deu causa.

[...]

De fato, as corrés JVC Aerotáxi Ltda e Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões – Unisol celebraram contrato, cujo objeto era prestação, pela primeira, de “serviços de transporte aéreo de ida e volta no trecho São Gabriel da Cachoeira/Pontos de Transmissão/São Gabriel da Cachoeira” (fl. 260). Não obstante, não há prova de que a JVC tenha “trespassado para terceiro”, no caso a Rumo Norte, “a execução dos serviços que estavam a seu encargo”. O relatório preliminar do Serviço Regional de Aviação Civil, já mencionado, não faz qualquer remissão ao contrato celebrado entre a JVC e a Fundação Unisol. Nele é identificado o prefixo da aeronave – PT-EBR, que, como já visto, era de propriedade da empresa Rumo Norte. Em certo relatório, produzido pela 9ª Delegacia Regional de São Gabriel da Cachoeira, há informação de que a JVC era contratada pela Unisol para a realização do transporte, mas nada há que diga sobre o suposto *trespasse*. Por fim, o laudo do Cenipa também não confirma a subcontratação.

Na verdade, o conjunto probatório deixa claro que, por conta de desencontro no planejamento do deslocamento dos técnicos (estagiários) e das urnas eletrônicas, a JVC não realizou o transporte. Colhe-se dos depoimentos prestados em juízo e à(s) autoridade(s) policial(is) que a JVC se fez representar no planejamento do transporte dos técnicos, mas nada é afirmado sobre subcontratação. O que o conjunto probatório permite afirmar é que a JVC, não obstante o contrato firmado com a Unisol, concordou que o transporte fosse realizado por outra empresa, tendo em vista a necessidade de modificação pontual do planejamento das operações. Isso fica claro na assentada do termo de inquirição do Chefe de Operações da empresa, tomado pela autoridade do Sétimo Serviço Regional de Aviação Civil (fl. 267).

A teor, repita-se, do conjunto probatório, a JVC não realizou o transporte. Não celebrou contrato de transporte diretamente com os estagiários. Não subcontratou os serviços objeto do contrato firmado com a Unisol. Não há, pois, conduta comissiva ou omissiva sua que possa ter causado ou concorrido para o acidente. No máximo, poder-se-ia perscrutar sobre descumprimento contratual – a JVC, embora obrigada por contrato, não estava em condições de prestar o serviço -, a ensejar, em sendo o caso, indenização à Fundação Unisol por perdas e danos decorrentes do inadimplemento. A par disso, culpa não se presume.

Em realidade, não há, no caso, ilícito (inadimplemento) contratual relacionado à causa do sinistro. A responsabilidade, ainda que objetiva, não prescinde de prova do nexos de causalidade. Daí, não há se falar, no que toca à pretensão deduzida, em dever de indenizar da empresa JVC Aerotáxi Ltda.

Sobre as demais rés - União (TRE), Fundação Universidade do Amazonas (Ufam) e Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões (Unisol) - não há dúvida quanto à sua responsabilidade. De acordo com o conjunto probatório, os três entes acordaram sobre o deslocamento dos estudantes nas condições que resultaram no acidente. É desinfluyente perquirir, pois, sobre quem deu a palavra final (as rés Unisol e Ufam alegam que somente a União seria responsável pela contratação, porquanto a palavra final sobre a programação teria sido do juiz eleitoral de São Gabriel da Cachoeira) no planejamento ou sobre a contratação. Na verdade, não foi juntado instrumento contratual que tivesse sido celebrado com Rumo Norte Táxi Aéreo Ltda. para prestação do serviço de transporte dos estudantes. Presume-se que o serviço não foi prestado graciosamente. Presume-se, ainda, que o dispêndio foi custeado com recursos públicos. De todo modo, importa ao deslinde da controvérsia que o acordo de vontades dos representantes da Universidade e da Unisol e do Juiz Eleitoral de São Gabriel da Cachoeira é que ensejou a prestação dos serviços pela empresa Rumo Norte Táxi Aéreo Ltda. A falha na prestação dos serviços deu causa ao acidente e ao dano experimentado pelos autores, consistente no sofrimento pela morte de seus filhos. Ao acordarem sobre o deslocamento, os três entes equiparam-se a tomadores do serviço e, por isso, de acordo com a iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, respondem pelos danos decorrentes de falhas na prestação do serviço, v.g.:

[...]

Transporte aéreo contratado por empregador. Acidente de que resulta a morte do empregado, em virtude de culpa do transportador. Responsabilidade do empregador.

[...]

(STJ, REsp 45.194/RJ, rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, DJ de 06/05/1996.)

Recurso especial. Contrato de fretamento. Acidente aéreo. Responsabilidade do afretador. Transporte de pessoas. Legitimidade passiva. Menores. Inocorrência de prescrição.

1. A empresa tomadora do frete, afretadora, deve reparar os danos causados a terceiros durante o período em que a aeronave encontrava-se

sob sua responsabilidade. Legitimidade passiva caracterizada.

[...]

3. Recurso especial não conhecido.

(STJ, REsp 81.316/RJ, rel. Min. Waldemar Zveiter, rel. p/ acórdão Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 11/06/2001.)

Civil e Processo Civil. Recurso especial. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Contrato de fretamento e transporte de pessoal. Legitimidade passiva da contratante.

- A empresa contratante do serviço de frete e transporte de pessoal é parte legítima para figurar no polo passivo da ação de reparação de danos causados a terceiros, decorrentes de acidente de trânsito, se o veículo estava a seu serviço em tarefa de seu imediato interesse econômico.

(STJ, REsp 325.176/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ de 25/03/2002.)

A Unisol e a Universidade do Amazonas alegam que não detinham competência ou meios para impedir que a aeronave levantasse voo. De suas alegações, extrai-se que, tivesse a União, como poder concedente do serviço de táxi aéreo ou como fiscalizadora das operações nos aeroportos – por seus órgãos competentes –, exercido suas atribuições, o acidente não teria ocorrido. A sustentação sugere que a omissão da União seria a causa direta e imediata do dano (art. 1.060, CC/1916 / art. 403 CC/2002), devendo ser, por isso, a única a ser responsabilizada.

Muito bem.

In casu, é preciso ter presente que Unisol, Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas e a Universidade Federal do Amazonas celebraram “Contrato de Parceria e Colaboração Técnica em Processo Eleitoral” (fls. 41-52), tendo como objeto

[...] contratação de universitários para atuação na área de microinformática e comunicação de dados no âmbito da Justiça Eleitoral, a fim de que seja prestado suporte à instalação, configuração e manutenção do funcionamento dos locais destinados à transmissão dos dados (Pontos de Transmissão) extraídos dos boletins de urna (BU) das Eleições Gerais de 2002.

No contrato, a Fundação Unisol comprometeu-se com o transporte dos estagiários e o Tribunal Regional Eleitoral comprometeu-se com o acompanhamento e fiscalização da execução das atividades. O contrato não dispõe expressamente sobre obrigações da Universidade do Amazonas, mas a Lei 8.958/1994 estabelece que,

[...] na execução de convênios, contratos, acordos e/ou ajustes que envolvam a aplicação

de recursos públicos, as fundações contratadas na forma desta lei serão obrigadas a [...] II - prestar contas dos recursos aplicados aos órgãos públicos financiadores; III - submeter-se ao controle finalístico e de gestão pelo órgão máximo da Instituição Federal de Ensino ou similar da entidade contratante (art. 3º).

Nessas circunstâncias, conclui-se que os três entes assumiram a responsabilidade pelo acompanhamento e fiscalização das atividades, atraindo, para si, o dever de impedir o evento danoso. A omissão, quanto à observância desse dever, é causa direta e imediata do dano. A propósito, as reflexões do Desembargador João Batista Gomes Moreira:

[...]

Na omissão, a causalidade é normativa, não física como ocorre no ato positivo. [...].

Só é causal a omissão quando haja o dever de impedir o resultado. Esse dever de impedir o evento danoso tem origem: a) em um mandamento expresso ou tácito da ordem jurídica (Constituição, lei, norma infralegal ou direito costumeiro, que imponham obrigação de cuidado, proteção ou vigilância); b) na submissão particular do agente a essa espécie de obrigação (contrato ou posição de garante); c) em comportamento anterior que crie o risco de ocorrência do resultado.² [...]

Tem-se que da reunião em que se decidiu (ou se acordou) pelo deslocamento dos estagiários na aeronave sinistrada participaram representantes dos três entes. As rés, Unisol e Universidade do Amazonas, afirmaram que seus representantes acompanharam o planejamento e, presumivelmente, o embarque dos estudantes. Estes representantes, ao contrário do alegado, deveriam, sim, ter conhecimento técnico, ainda que mínimo, sobre transporte, haja vista que sua presença ali outra finalidade não tinha, se não a de fiscalizar o deslocamento dos estudantes. Mesmo não detendo conhecimento aprofundado sobre normas de aviação, poderiam (deveriam), por exemplo, ter averiguado a regularidade da empresa junto aos órgãos competentes. Poderiam (deveriam) ter se certificado, ainda que superficialmente, sobre a *expertise* da empresa ou do piloto. Poderiam (deveriam) ter perquirido sobre a capacidade de carga da aeronave. Estas diligências não podem ser consideradas incomuns. Contrário disso. Os técnicos das instituições

²MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. 2ª ed.; Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 421.

estavam ali representando a Administração, que está jungida ao princípio da legalidade.

Amarga o sentido natural da vida e repugna ao direito admitir, em nome de formulações dogmáticas, que duas instituições de ensino possam eclipsar seu dever de proteger alunos seus, que estavam a serviço da comunidade, por conta de suposta conveniência do serviço. A realidade dos fatos, submetidos às regras de experiência (CPC, art. 335), não permite, portanto, ir além da conclusão de que, mesmo considerada a omissão da União - na condição de poder concedente, a conduta das rés Unisol e Universidade do Amazonas, inequivocamente falha, foi determinante para a ocorrência do evento danoso. Aplica-se aqui, sem arestas, a subteoria da necessidade, sobre a qual o Desembargador João Batista Moreira³, em sua já citada obra, tece os seguintes esclarecimentos:

[...]

Para tornar mais flexível a teoria da interrupção do nexo causal, o critério da necessidade ou inevitabilidade, quando não para dar-lhe a verdadeira significação ou até para substituí-lo, tem sido adicionado ao da relação causal direta e imediata. À luz da necessidade, admite-se indenização também, dentro de certos limites, dos danos indiretos e mediatos. Nas palavras de Agostinho Alvim, “a expressão direto e imediato significa o nexo causal necessário”. Cita Francisco Morato, para quem a causa próxima significa causa decisiva. Os Códigos reportam-se à necessidade não como “uma evolução da ideia do dano direto e imediato, mas, a mesma ideia, diversamente exprimida, apenas com maior precisão”.⁴ A relação de causa e efeito se estabelece entre determinada causa e o dano, não como consequência da proximidade ou da imediatez, mas da necessidade, pouco importando seja causa remota ou próxima.⁵

[...]

O conceito de necessidade, se propicia retornar, de certa forma, a mesma insegurança do critério de adequação na determinação do nexo causal, serve pelo menos de válvula que permite escapar ao rigor do critério da causa direta e imediata quando, não obstante indireta e remota, uma causa seja imprescindível para a produção do evento. O problema do nexo causal é insolúvel à base teórica: “O limite do nexo causal é (pois) uma questão de fato, para cuja solução, entretanto, todos

os critérios sugeridos pela doutrina e especialmente o da necessidade podem ser verdadeiros ou ter um fundo de verdade, mas não podem ser guia seguro. Na imensa variedade dos casos práticos, singulares, sempre diferentes, rebeldes a qualquer classificação ou sotoposição a uma norma geral, a prática e as especiais condições de fato permanecem, ainda, a única orientação segura”.⁶ Não é possível estabelecer um princípio regulador abstrato (DERNBURG); “a difícil questão de saber até onde vai o nexo causal não se pode resolver nunca, de uma maneira plenamente satisfatória, mediante regras abstratas, mas em casos de dúvida o juiz há de resolver segundo sua livre convicção, ponderando todas as circunstâncias” (ENNECCERUS).⁷ Conclui Agostinho Alvim: “Ainda que demos preferência a certa fórmula, ela há de ser bastante elástica, de modo a dentro dela caberem e se ajestarem os casos em que se recomenda a equidade”.⁸

[...]

II. II Da ausência de excludentes, do dano moral e do dever de indenizar

A teor do conjunto probatório, não se verifica qualquer das excludentes de responsabilidade (caso fortuito ou de força maior, fato de terceiro ou da vítima). A Constituição prevê hipótese de indenização por dano exclusivamente moral (CF, art. 5º, inciso X), previsão que se repete no Código Civil (art. 186). A conduta omissiva das rés União, Fundação Universidade do Amazonas (FUAM) e Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões (Unisol) de Apoio deu causa ao acidente que vitimou os filhos dos autores, causando-lhes dano moral, consistente na dor pela perda de seus entes queridos. Admite-se que, na espécie, o dano é *in re ipsa*, prescindindo de prova (v.g. REsp 23575/DF). Inequivocos o dano e o nexo de causalidade, têm as rés o dever de indenizar os autores.

II. III Do quantum debeatur

Na sentença, a indenização foi fixada em R\$ 950.000,00 (novecentos e cinquenta mil reais) para cada um dos autores. Alega-se, primeiramente, que o valor é exorbitante, discrepando dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, ensejando, ainda enriquecimento sem causa. Aduz-se que o montante da indenização deve ser rateado entre os pais do estudante Yuichi Pereira Sakamoto, não sendo devida indenização a cada um deles, em separado. Por fim, sustenta-se que o valor pago a título de cobertura

³ MOREIRA, João Batista Gomes, *op. cit.*, p. 419-420.

⁴ ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 360, 365, 370.

⁵ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 132.

⁶ FORMICA apud ALVIM, Agostinho, *op. cit.*, p. 371.

⁷ ALVIM, Agostinho, *op. cit.*, p. 371.

⁸ ALVIM, Agostinho, *op. cit.*, p. 371-372.

securitária deve ser descontado do quanto fixado em juízo.

É possível afirmar que, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, o arbitramento do quanto indenizatório por danos morais é orientado pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo ser levados em conta, basicamente, dois critérios: (i) a indenização não pode ter valor vil, a fim de não comprometer o caráter pedagógico; (ii) o valor não pode ensejar, por sua expressão monetária, enriquecimento sem causa.

Nesta Turma, a indenização por danos morais decorrentes de morte de entes queridos tem atingido o patamar de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) (v.g. AC 0002588-11.2003.4.01.4300/TO, AC 2004.42.00.001884-8/RR). Neste prisma, o valor fixado na sentença afigura-se, de fato, demasiado. É preciso ter presente que as vidas dos jovens estudantes se perderam. Não há como voltar atrás em relação a isso. O quanto indenizatório, qualquer patamar em que for fixado, não servirá de reparação para a morte. A indenização visa, portanto, compensar os pais pela dor sofrida. Esta dor também não pode ser medida, como se preço tivesse. O valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) mostra-se, portanto, pelo menos inicialmente, adequado, porquanto não é ínfimo, nem dá qualquer azo a alegação de enriquecimento.

Não obstante, uma particularidade não pode passar despercebida. Não há como fechar os olhos para o fato de que os pais sofreram ainda mais pela demora na confirmação do acidente. As buscas somente foram iniciadas 4 (quatro) dias após o desastre. As rés alegam que a culpa pelo atraso não lhes pode ser imputada, porquanto agiram de acordo com as informações disponíveis. De todo modo, parece que os pais mereciam uma conduta mais “humanizada”, considerando que seus filhos saíram de casa para prestar serviços de grande importância ao Poder Público. É legítimo presumir que a impessoalidade no tratamento dispensado pelas rés, ainda que não ilícito, se não agravou, nem de longe foi suficiente a aplacar, mesmo que minimamente, a dor dos pais na expectativa de esclarecimentos sobre o desaparecimento de seus filhos.

Ante o exposto, o valor de R\$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais) parece adequado à justa indenização, no caso. Deste montante, há que ser abatido o valor recebido a título de cobertura securitária (R\$ 40.000,00), nos termos do enunciado da Súmula 246 do Superior Tribunal de Justiça:

O valor do seguro obrigatório⁹ deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada.

Fica, portanto, arbitrado em R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) o montante a título de indenização por danos morais, devido pelas rés a cada um dos autores. A propósito, não há se falar em rateio de valores. Não se está indenizando a perda da vida de cada um dos estudantes. O dano indenizável é a dor sofrida pelos pais, individualmente. O ofensor deve indenizar a cada um dos ofendidos. Eventualmente, a repercussão do evento pode ser aquilatada considerando as peculiaridades de cada ofendido. O somatório da indenização pode ser considerado no arbitramento, a fim de não se violar o critério da razoabilidade. Entrementes, não há se falar em necessário rateio. Neste sentido:

Administrativo. Processual Civil. Recurso especial. Servidor público. [...] Militar. Morte em serviço. Homicídio culposo praticado por subordinado, dentro da unidade militar. [...] Indenização por danos morais. [...] Necessidade de fixação autônoma da indenização por danos morais. Arbitramento total em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Juros moratórios incidentes sobre a verba remuneratória. [...]

[...]

5. Pedido de indenização de danos morais, decorrentes da não prestação de honras militares ao de cujus, afastado pelo Tribunal de origem com base em fundamentos de ordem fática, não infirmados no recurso especial. Súmulas 7/STJ e 283/STF.

[...]

7. “O sofrimento pela morte de parente é disseminado pelo núcleo familiar, como em força centrífuga, atingindo cada um dos membros, em gradações diversas, o que deve ser levado em conta pelo magistrado para fins de arbitramento do valor da reparação do dano moral” (REsp 1.101.213/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 27/4/09).

8. “A indenização por dano moral não é um preço pelo padecimento da vítima ou de seu familiar, mas, sim, uma compensação parcial pela dor injusta que lhe foi provocada, mecanismo que visa a minorar seu sofrimento, diante do drama psicológico da perda a qual foi submetida” (REsp 963.353/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/8/09).

[...]

15. Recurso especial da União não conhecido. Recurso especial de Graciela Conzatti Maçaneiro e Outros conhecido e parcialmente provido.

⁹ Aos estagiários é obrigatória a contratação de seguro de vida (Lei 11.788/2008, art. 9º, inciso IV)

(STJ, REsp 1.210.778/SC, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe de 15/09/2011.)

Na espécie, não há fundamento a justificar que os genitores de Yuichi Pereira Sakamoto dividam a indenização. Também não há elementos que permitam *gradação* da dor que cada um sofreu. Mantém-se a incolumidade do direito de cada um dos pais a indenização pela dor sofrida.

Por outro lado, a redução, na sentença, do montante pleiteado a título de indenização não implica sucumbência recíproca (enunciado 326 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça).

Mantém-se a sentença, quanto aos encargos (juros de mora e atualização monetária) e honorários advocatícios, capítulo não atacado por recurso(s).

III – Da medida cautelar de bloqueio/ indisponibilidade de bens deferida na sentença

Na sentença, decretou-se, de ofício, valendo-se o magistrado do poder geral de cautela, a “indisponibilidade do patrimônio da empresa JVC Aerotáxi Ltda. [...] e da Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões – Unisol [...]”.

A medida não prospera, porquanto ausente risco de ineficácia do provimento de condenação, haja vista a notória solvabilidade das pessoas de direito público que figuram no polo passivo. Colham-se os fundamentos de decisão proferida nos autos de mandado de segurança impetrado (autos 2006.01.00.041733-9/AM) contra a referida medida:

[...]

Na sentença, de fls. 23-87, decidiu-se:

Destarte, presentes a fumaça do bom direito e o perigo de perecibilidade do direito, tenho como inafastável a determinação, tomada com fulcro no Poder Geral de Cautela insito ao Órgão Jurisdicional, e, por isso mesmo, exequível desde logo, da indisponibilidade do patrimônio da empresa JVC Aerotáxi Ltda., inscrita no CNPJ sob o [...] e da fundação denominada Fundação De Apoio Institucional Rio Solimões – Unisol [...].

[...]

À fl. 88, encontra-se certidão da Diretora de Secretaria do Juízo, nos seguintes termos:

Certifico que em cumprimento ao comando inserto no provimento jurisdicional de natureza acautelatória constante no bojo da r. sentença de 435/06, foi protocolado, nesta data, pelo MM. Juiz Federal, o bloqueio de valores por meio da utilização do sistema BACENJUD2, registrado sob o número 20060000794721.

O bloqueio de valores pelo sistema BACENJUD é considerado medida extrema na jurisprudência,

cabível quando comprovado esgotamento de outras possibilidades de garantia do crédito.

Nesse sentido:

Processual civil. Tributário. Agravo de instrumento. Execução. Art. 620 do cpc. Bloqueio de ativos. Bacenjud. Localização de bens passíveis de penhora. Pedido de expedição de ofício ao Bacen. Diligências infrutíferas. Não-comprovação.

1. A execução deve realizar-se pelo modo menos gravoso à parte executada (CPC, art. 620). Por isso, a expedição de ofício ao Banco Central do Brasil requisitando informações, com vista ao bloqueio de valores constantes de contas bancárias porventura encontrados, é medida extrema e somente deve ser deferida após a demonstração pela parte requerente da realização de todas as diligências possíveis no sentido de encontrar bens do devedor passíveis de garantir a execução fiscal ajuizada. Precedentes deste Tribunal e do STJ.

2. Não demonstrados os esforços do exequente em diligenciar a localização de outros bens passíveis de penhora, a fim de garantir a dívida exequenda, correta a decisão recorrida que indeferiu o pedido de informações ao BACEN.

3. Precedentes desta Turma e do STJ.

4. Agravo improvido.

(TRF 1ª Região, 8ª Turma, AG 2003.01.00.027882-7/MG, rel.: Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa, data do Julgamento: 05/09/2006, DJ de 29/09/2006, p. 106.)

As rés foram consideradas “solidariamente responsáveis pela obrigação de compensar o dano que causaram” (fl. 75).

Não há se falar em insolvabilidade da União.

A contenção de valores destinados a fazer frente a despesas operacionais pode comprometer o funcionamento da impetrante, prejudicando os serviços à comunidade, cuja prestação é comprovada pelas cópias de convênios juntadas.

Ante o exposto, defiro o pedido de liminar para suspender a decisão atacada, relativamente à impetrante.

[...]

Adoto, pois, as razões de decidir, a fim de desconstituir a medida cautelar.

IV – Dispositivo

Ante todo o exposto:

1 – dou provimento à apelação da ré JVC Aerotáxi Ltda. para julgar improcedente o pedido de indenização deduzido contra ela pelos autores. Condono os autores, *pro rata*, a ressarcir a empresa das custas e a lhe pagar honorários advocatícios, fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC;

2 – dou parcial provimento à remessa oficial e à apelação das rés União, Fundação Universidade do

Amazonas (Fuam) e Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões (Unisol), a fim de: (i) reduzir o quanto devido a título de indenização a cada um dos autores ao patamar de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); e para (ii) desconstituir a medida de bloqueio/ indisponibilidade de bens.

V – Do pedido de desbloqueio de bens formulado pela ré JVC Aerotáxi Ltda.

Às fls. 1.943-1.944, JVC Táxi Aéreo Ltda. alegou que o pedido de desbloqueio de bens foi indeferido no âmbito do juízo de origem. Pediu o deferimento do desbloqueio, tendo em vista o recebimento de sua apelação no duplo efeito.

Ao que consta, tendo sido atribuído duplo efeito aos recursos de apelação, a ré JVC Táxi Aéreo Ltda. ajuizou execução provisória, visando ao desbloqueio

de bens. A execução foi extinta, ao fundamento de ausência de interesse processual.

Pois bem. A concepção de que o réu nunca tem nada a executar é errônea. É preciso ter presente a possibilidade de sucumbência recíproca! No caso, ao receber as apelações no duplo efeito, atendendo requerimento das partes, o MM. Juiz sentenciante suspendeu, com efeitos *ex tunc*, a medida cautelar por ele decretada. Parece evidente que a ré JVC tem interesse em *executar*, ainda que em sede provisória, o comando exarado pelo (próprio) Juiz sentenciante.

De todo modo, esta Corte não pode conhecer do pedido em primeira mão, sob pena de supressão de instância. Contra a decisão de indeferimento (ou de extinção) cabe recurso.

Não conheço, pois, do pedido de fls. 1.943-1.944.

É como voto.

Sexta Turma

Numeração única: 0004409-40.2009.4.01.4300

Apelação Cível 2009.43.00.004409-3/TO

Relator:	Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Apelante:	Luiz Henrique Antonioli
Advogados:	Dr. Raphael Frattari Bonito Dra. Maíza Costa de Almeida Alves Dr. Daniel Rivoredo Vilas Boas Dr. Christian Sahb Batista Lopes Dr. Eduardo Ribeiro da Silva Martins Dr. Leonardo Martins Wykrota
Apelado:	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama
Procuradora:	Dra. Adriana Maia Venturini
Publicação:	e-DJF1 de 28/02/2012, p. 207

Ementa

Administrativo. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama). Apreensão de equipamentos. Reforma de rodovia. Atividade realizada sem o devido licenciamento ambiental. Infração ambiental configurada. Responsabilidade objetiva.

I. Constitui infração ambiental, que independe da verificação de culpa, dada a natureza objetiva da responsabilidade ambiental (§ 1º do art. 14 da Lei 6.938/1981), a realização de obras ou serviços utilizadores de recursos ambientais efetiva ou potencialmente poluidores, sem licença ou autorização do órgão ambiental competente, na forma do disposto no art. 60 da Lei 9.605/1998, combinado com o art. 10 da Lei 6.938/1981 e art. 66 do Decreto 6.514/2008.

II. Não houve, na hipótese, desrespeito ao direito de propriedade do impetrante nem ao devido processo legal, pois a apreensão ocorrida está prevista no inciso IV do art. 72 da Lei 9.605/1998.

III. Apelação desprovida.

IV. Sentença confirmada.

Acórdão

Decide a Turma do, por unanimidade, negar provimento à apelação.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 13/02/2012.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Sob exame, recurso de apelação (fls. 105-119) interposto por Luiz Henrique Antonioli contra sentença (fls. 72-74) que julgou improcedente o pedido de liberação dos equipamentos apreendidos por fiscais do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), denegando a segurança.

O apelante alega que prestava serviços para a empresa Colossus Geologia e Participações Ltda., a qual realizava pesquisas minerais em área pertencente à empresa Terra Goyana Mineradora, consistente na “reforma da estrada local que daria acesso aos pontos de perfuração” (fl. 106).

Afirma que a sentença é nula, “pois julgou caso diverso daquele colocado pelo Impetrante/Apelante”, ao argumento de que “houve infração ambiental correspondente a fazer funcionar projeto de sondagem mineral potencialmente poluidor sem dispor das licenças ambientais” (fl. 108), quando sua atividade consistia apenas na reforma da estrada.

Invoca a proteção ao direito de propriedade, pois entende que a apreensão realizada pelos fiscais do Ibama viola o inciso XXII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, violando, também, o devido processo legal, uma vez que, antes de ser administrativamente processado, teve seus bens constrictos.

Argumenta que necessita dos bens para o desenvolvimento de suas atividades laborais, e que, na hipótese, a empresa mineradora, a qual contratou seus serviços, “possuía todas as licenças necessárias pelo órgão ambiental do Estado do Tocantins para o desenvolvimento do projeto” (fl. 117).

O Ibama apresentou contrarrazões (fls. 130-145), alegando que não houve violação a direito de propriedade, pois a apreensão dos bens

[...] é medida acautelatória que visa essencialmente a prevenir nova ocorrência de infrações ao meio ambiente, de forma que não é ilegal que os equipamentos tenham sido apreendidos quando da lavratura do auto de infração (fl. 134).

Quanto ao suposto licenciamento ambiental, afirma que é fato novo que somente foi trazido aos

autos após a sentença, pelo que não teria o condão de modificar a sua conclusão, uma vez que, cuidando-se de mandado de segurança, a prova deve ser pré-constituída.

Nesta instância, o Ministério Público Federal emitiu parecer (fls. 151-152), pelo desprovimento do apelo, considerando que (fl. 152):

[...]

o impetrante foi autuado pelas mesmas infrações ambientais imputadas também à empresa para a qual prestava serviço. Certo que a responsabilidade objetiva, que governa a análise do problema em causa, desautoriza que se devolvam os veículos e equipamentos utilizados em atividade que se afirmou ilícita, independentemente de exame da culpa atribuível a quem os possuía.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Cuida-se de recurso de apelação mediante o qual o apelante pretende a reforma da sentença, para que seja julgado procedente o pedido formulado, e, assim, liberados os equipamentos apreendidos em fiscalização realizada pelo Ibama.

O impetrante, conforme auto de infração 183986-C (fl. 27) foi autuado por reformar uma estrada na Serra da Natividade, no Estado do Tocantins, sem a devida licença ambiental, infração que também foi aplicada (auto de infração 501782-D, fls. 36) à empresa Colossus Geologia e Participações Ltda., para a qual prestava serviços.

Segundo a legislação de regência, constitui infração ambiental, que independe da verificação de culpa, dada a natureza objetiva da responsabilidade ambiental (§ 1º do art. 14 da Lei 6.938/1981), a realização de obras ou serviços utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores, sem licença ou autorização do órgão ambiental competente, na forma do disposto no art. 60 da Lei

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Marcos Augusto de Sousa e Hind Ghassan Kayath (convocados).

9.605/1998, c/c art. 10 da Lei 6.938/1981 e art. 66 do Decreto 6.514/2008.

No que concerne à Licença de Instalação da Empresa Terra Goyana Mineradora, juntada aos autos (fl. 88), após a sentença de improcedência do pedido, tenho que não se presta para modificar a conclusão do julgado de primeiro grau, uma vez que não está acompanhada de documentos indispensáveis à sua compreensão, no caso, as exigências e recomendações feitas pelo órgão ambiental (Parecer Técnico 503/2007), não se sabendo se engloba ou não a realização/reforma da estrada na qual foi realizada a fiscalização.

Por outro lado, o Relatório de Controle Ambiental trazido (parcialmente) aos autos (fls. 89-

91), é documento unilateralmente produzido pelo empreendedor, que não possui o condão de infirmar os fundamentos da sentença.

Assim, firme nesses fundamentos, entendo que não há violação a direito líquido e certo, uma vez que não houve qualquer desrespeito ao direito de propriedade nem ao devido processo legal, pois a apreensão ocorrida está prevista no inciso IV do art. 72 da Lei 9.605/1998.

Ante o exposto, confirmo a sentença.

Nego provimento ao apelo.

É o meu voto.

Sétima Turma

Numeração única: 0000060-81.2009.4.01.3301

Apelação Cível 2009.33.01.000060-9/BA

Relatora: Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva (convocada)
 Apelante: Fazenda Nacional
 Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
 Apelado: José Lucas de Carvalho
 Advogado: Dr. José Peixoto Medeiros Vilas Boas Filho
 Publicação: e-DJF1 de 24/02/2012, p. 450

Ementa

Administrativo. Processual Civil. Exceção de pré-executividade em execução fiscal. Taxa de ocupação. Terreno de marinha. Alienação do domínio pelo ocupante sem pagamento do laudêmio, prévia ciência e aquiescência da União e alteração do cadastro/SPU. Responsabilidade do alienante (ocupante cadastrado) que se mantém. Lei 9.636/1998 (art. 7º). Precedente do STJ. Apelação provida.

I. Embora comprovado (escritura pública e demais documentos contemporâneos ao negócio jurídico) que os imóveis controversos foram alienados pelo executado-excipiente anos antes, como, porém, não efetuado o pagamento do laudêmio nem providenciados os atos normativos sequenciais hábeis à transferência da ocupação (como a prévia ciência e aquiescência da União), evidencia-se sua legitimidade passiva *ad causam* (na condição de ocupante cadastrado na SPU) para responder pelas taxas do período (1989/2007), não se podendo opor a convenção particular aos requisitos formais essenciais regrados, consoante precedente do STJ/T1 (REsp 1.201.256/RJ), dando preponderância ao art. 7º da Lei 9.636/1998 (c/c DL 9.760/1946).

II. Apelação provida: exceção de pré-executividade rejeitada.

III. Peças liberadas pela relatora, em 14/02/2012, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a Turma dar provimento à apelação por unanimidade.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 14/02/2012.

Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva, relatora convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva: — Trata-se de apelação da FN (f. 62-73) da sentença (f. 59: JUL/2010) que, acolhendo exceção de pré-executividade do ora apelado, exclui-o do pólo passivo da EF contra ele ajuizada em jan/2009, para cobrança de R\$ 19.301,51 a título de taxa de ocupação de imóvel situado em terreno de marinha, relativa ao período 1989/1991 e 2003/2007, e extinguiu o feito (art. 267/CPC).

O sentenciante apontou que, além de a FN ter cancelado uma das CDAs (50.6.08.008630-71, restou provado que o executado alienara o imóvel antes dos fatos geradores, em 1988, e que a comunicação do negócio jurídico à União, embora obrigatória, é da responsabilidade do adquirente, não do alienante/executado (art. 116 do DL 9.760/1946).

A apelante sustenta inexistente qualquer transferência de domínio havida sem prévia autorização sua (art. 102, art. 112 e art. 117 do DL 9.760/1946) e o pagamento do respectivo laudêmio (art. 103 do DL 2.398/1987).

Com contrarrazões.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva: — Comprovado (fl. 43-46), por escritura pública e demais documentos contemporâneos ao negócio jurídico, que os imóveis (lotes) controversos foram alienados pelo executado em 1988, com registro no cartório competente em 1999, então requerida à SPU a *licença para transferir* o domínio útil, indeferida por inadimplência quanto às taxas de ocupação de período anterior à alienação (1989/1998).

Todos artigos do DL 9.760/1946 (art. 102, art. 112 e art. 117), evocados pela apelante-exequente, foram revogados pelo DL 2.398/1987.

No que mais importa, a T1 do STJ – consoante este recente julgado - resolve a controvérsia deste modo, em prol da exequente (REsp 1.201.256/RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ-e 22/02/2011) – *Grifei*:

Administrativo. [...] Execução fiscal. Imóveis da União. Terreno de marinha. Taxa anual de ocupação. Exceção de pré-executividade. Transferência da ocupação do imóvel a terceiro. Cessão de posse. Não oponível em face da união. Ausência de comunicação.

Pagamento. Responsabilidade de quem figura como ocupante no cadastro da Secretaria de Patrimônio da União - SPU.

[...]

4. Os terrenos de marinha são bens públicos que se destinam historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro, permitindo-se a ocupação por particulares, mediante o pagamento de taxa de ocupação e de laudêmio quando da transferência, em relação eminentemente pública, regida pelas regras do direito administrativo.

5. A responsabilidade de pagamento da referida taxa nasce com a inscrição do terreno de marinha na Secretaria do Patrimônio da União (SPU) [...], consoante preconiza o artigo 7º da Lei 9.636/98. A inscrição do terreno pela Administração Pública é o ato em que se define quem efetivamente aproveita o imóvel, e que se tornará obrigado ao pagamento da taxa de ocupação. A partir desse momento, não são oponíveis contra a Administração Pública o não aproveitamento do imóvel, negócios jurídicos, desocupação, senão pelo estreito caminho que leva à Administração a ciência da situação real do bem cujo poder-dever de administrar lhe compete.

6. O processo de inscrição de ocupação do imóvel junto à SPU guarda semelhança como o próprio registro de imóveis. Isso porque a Lei exige que antes de levada a transferência a registro, é imprescindível, além do pagamento do laudêmio, a ciência da Administração para que ela autorize a transferência. Feitas essas diligências, poderá o Cartório averbar a transferência e permitir que o adquirente altere a inscrição do registro na SPU. Só a partir daí o adquirente terá justo título para ostentar a situação de “ocupante de direito” do imóvel pertencente à União. Enquanto isso não ocorrer, permanecerá na inscrição do imóvel o antigo ocupante, podendo responder pelo adimplemento da taxa, caso dos autos.

7. A comunicação do negócio jurídico formalizado entre o ocupante e terceiro à SPU não se reveste de ato de mera formalidade, mas se constitui em medida de essencial importância e que produz efeitos jurídicos relevantes, uma vez que a União é a proprietária do terreno de marinha (artigo 1º, “a”, do Decreto-lei 9.760/46) e, nessa qualidade, deverá estar sempre a par e consentir com a utilização de bem que lhe pertence.

8. É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o título de propriedade do particular não é oponível à União nesses casos, pois os terrenos de marinha são da titularidade originária deste ente federado, na esteira do que dispõem a Constituição da República e o Decreto-lei 9.760/46.

9. Recurso especial não provido.

Pelo exposto, dou provimento à apelação para, reformando a sentença, rejeitar a exceção de pré-executividade.

É como voto.

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Fausto Mendanha Gonzaga (convocado).

Oitava Turma

Numeração única: 0006844-22.2001.4.01.3700

Apelação Cível 2001.37.00.006889-4/MA

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)
 Apelante: Fernando Roosevelt Rocha – Espólio
 Advogados: Dr. Fernando Menezes Rocha e outro
 Apelada: Fazenda Nacional
 Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
 Publicação: e-DJF1 de 17/02/2012, p. 703

Ementa

Tributário. Procedimento ordinário. Contribuição previdenciária. Juiz classista. Alteração do regime de previdência pela Lei 9.528/1997. Restituição dos valores recolhidos com base na Lei 6.903/1981. Interesse de agir. Existência. Impossibilidade. Contagem recíproca. Distinção regimes. Eventual direito. Aposentação. Retorno ao RPPS. Utilização do tempo para concessão de benefício de risco.

I. Interesse de agir, sendo a causa de pedir a mera mudança de regime, sem que os autores tenham se aposentado não autoriza inferir acerca de eventual prejuízo, porque este somente poderia ocorrer na aposentação.

II. A diversidade de regimes previdenciários (RGPS x RPPS) não denota prejuízo ao segurado em face da mudança de um para outro. Eventual direito somente poderia ser aferido quando da aposentação no regime diverso.

III. Fato novo (art. 462 do CPC): o autor faleceu como Auditor Fiscal da Receita Federal, ou seja, na condição de segurado do Regime Próprio de Previdência Social da União, no qual as contribuições que se busca repetir serão consideradas para concessão do benefício de risco (pensão por morte) e para subsidiar o benefício.

IV. Apelação improvida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 27/01/2012.

Juiz Federal *Cleberson José Rocha*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha: — Fernando Roosevelt Rocha ajuizou ação ordinária em face da União Federal a objetivar a restituição dos valores relativos às parcelas recolhidas a maior a título de contribuição previdenciária, no período declinado na inicial (janeiro/1993 a outubro/1996), em que exerceu a função de juiz classista, sob a égide da Lei 6.903/1981, revogada pela Lei 9.528/1997.

O pedido inicial foi julgado improcedente (fls. 49-51).

Apela o autor sustentando, em síntese, que recolheu no período de janeiro/1993 a outubro/1996 as contribuições previdenciárias relativas ao RGPS

e PSS simultaneamente pelo exercício do cargo temporário de juiz classista, contudo, não houve a contagem recíproca do tempo de contribuição para sua aposentadoria especial dos juizes classistas, em razão da mudança de legislação no decorrer do exercício do cargo.

Assim, os valores recolhidos a título de contribuição para o PSS no período em destaque devem ser restituídos, uma vez que não houve a contagem recíproca no ato de sua aposentação, bem como por representar um enriquecimento sem causa para a União.

Sem contrarrazões (certidão de fl. 82v).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha: — Inicialmente, defiro o pedido de habilitação dos herdeiros (fl. 100), com o consentimento da Fazenda Nacional (fl. 119).

Passo à análise da matéria.

A apelação não merece provimento.

Versa a presente controvérsia sobre pedido de restituição dos valores relativos às parcelas recolhidas a título de contribuição previdenciária para o PSS, no período declinado na inicial, em que o autor exerceu a função de juiz classista, sob a égide da Lei 6.903/1981, revogada pela Lei 9.528/1997, vinculados ao Plano de Seguridade Social – PSS dos servidores públicos federais em confronto com a limitação do benefício ao teto do novo regime de vinculação, o Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

Da lide

De início esclareço que o pedido do autor de repetição de indébito decorre da causa de pedir: mudança de regime do PSS ao RGPS, cujo benefício está submetido ao teto, sem que o autor tenha se aposentado.

Seria o caso de analisar eventual desinteresse na ação, porque eventual direito decorreria da aposentação e não da mera mudança de regime previdenciário.

Entretanto, como se verá, o autor retornou à condição de segurado do RPPS da União, porque falecer na condição de auditor da Receita Federal, merecendo apreciação meritória de seu pedido, por aplicação do art. 462 do CPC.

Preliminar de mérito

De fato não ocorreu a prescrição do direito pretendido, porque a migração entre regimes previdenciários, com a edição da Lei 9.528/1998 é que caracterizou a causa de pedir objeto de análise, não passando daí cinco anos até o ajuizamento da causa em 1º/10/2001.

Mérito

A apelação não merece provimento.

Como é notório, temos no Brasil diversos regimes de previdência social: o Regime Geral de Previdência Social – RGPS; os regimes próprios de previdência social da União, dos Estados e de alguns municípios – RPPS; os regimes de previdência complementar (públicos e privados).

Embora se caminhe para uma uniformização dos diversos regimes, como em outros países em que há um regime público geral de filiação e contribuição obrigatórios, que garante a todos os trabalhadores (públicos e privados) um benefício até determinado valor e a partir daí mediante contribuições voluntárias a regimes de previdência complementar, em nosso país ainda há grande disparidade entre os regimes. Sobre tudo entre o RGPS e os RPPS, principalmente pelas regras de concessão e valores dos benefícios.

Tanto assim, que os RPPS em geral não exigiam contribuição para aposentadoria e pensão, embora o art. 149, parágrafo único, da Carta Magna autorizasse expressamente a Estados e Municípios criar a exação, desde a promulgação da Constituição.

Somente com a alteração constitucional da Emenda 03/1993, que inseriu o § 6º no art. 40¹, é que o legislador expressamente autorizou a União a exigir a contribuição de seus servidores.

Até então as contribuições instituídas por algumas unidades da federação e cobradas dos seus servidores aos respectivos RPPS eram, em geral, somente sobre o vencimento básico e para custear a assistência social e saúde.

O sistema contributivo dos servidores públicos somente foi instituído com a Emenda à Constituição 20/1998:

Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

De outro lado, é garantida a contagem recíproca entre o RGPS e o PSS dos servidores federais, desde 1975 (Lei 6.226/1975), que veio a ser admitida na Carta Magna de 1988 (art. 201,²).

*Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Francisco Neves da Cunha (convocado).

¹ § 6º As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei.

² § 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e

A regulamentação da contagem recíproca entre o RGPS e os RPPS foi feita pela Lei 9.796/1999, donde se extrai sem dificuldade que a compensação financeira somente se dá com a efetiva concessão de benefício num regime com a utilização de tempo de contribuição no outro (art. 3º, 4º e seguintes).

Tal norma não afasta distinções de cálculos e limitação de salários de contribuição ao teto do RGPS, sendo natural que surjam questionamentos acerca da justiça da aplicação de regras diversas ao segurado, com frustração de expectativas e até de pretensos direitos. Exemplo prático dessa diferença entre regimes surge quando um servidor que tenha contribuído durante algum tempo a um RPPS sobre valor superior ao teto do RGPS (R\$ 7.000,00, v.g) e venha depois a se aposentar no RGPS que não permite calcular o benefício sobre salário de benefício acima do teto de aproximadamente R\$ 3.218,90, atualmente (art. 28, § 5º, da Lei 8.212/1991³).

Assim, pode-se levantar objeção acerca das contribuições vertidas ao RPPS que sequer foram considerados em sua totalidade.

Nesse tema deverá ser analisado acerca da ponderação dos princípios da contributividade e da solidariedade, inclusive sob enfoque da garantia de benefícios de risco, como aposentadoria por invalidez, já que estiveram garantidos em face de eventual sinistro no período de vinculação ao RPPS.

Na melhor das hipóteses seria caso de segregar percentuais de gasto do sistema com benefícios de risco daqueles usados para pagar benefícios programados, para determinar eventual restituição com base nessa proporção.

A matéria é extremamente delicada e demandará reflexão acurada, como estampado na sentença recorrida.

Nada obstante, essa disparidade somente pode surgir quando da concessão de benefício num regime em condições supostamente prejudiciais ao servidor que tenha contribuído a outro regime, como no exemplo acima, mas nunca na mera mudança de regime.

Isso porque é perfeitamente possível e natural que o segurado venha a retornar ao PSSS, noutra cargo, ou se vincule a outro RPPS, com remuneração superior ao teto do RGPS e volte a poder utilizar aquelas contribuições anteriormente vertidas ao PSS para cálculo do benefício. Caso isso ocorra não se caracterizará qualquer pretensão (interesse) dos autores.

A simples mudança de regime previdenciário não faz surgir direito repetitório, porque se lesão houver ela somente se efetivará no ato da concessão de benefício, no caso no RGPS, à vista dos critérios de cálculo e concessão.

Ressalto que o e. STJ apreciou questão semelhante, mas não enfrentou o mérito aqui discutido, posto tenha apenas determinado a utilização no RGPS de tempo de contribuição com vinculação ao PSS dos servidores federais por juiz classista:

Processual Civil e Tributário. Repetição do indébito. Contribuição social. Juiz classista. Alteração do regime de previdência. Leis nºs. 6.903/81 e 9.528/97. Caráter contributivo da previdência instituído pela EC nº 20/98. Legalidade das contribuições recolhidas com base em legislação anterior. Prescrição.

1. A extinção do direito do contribuinte de pleitear a repetição do indébito extingue-se no prazo de 5 (cinco) anos contados da homologação expressa ou, se tácita, contados na regra de cinco anos para homologação, mais cinco para a extinção do direito. Precedentes do STJ.

2. A Constituição Federal de 1988 assegura a contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública para efeito de aposentadoria, assim como a compensação financeira entre os diversos regimes.

3. O caráter contributivo da previdência social, instituído pela Emenda Constitucional nº 20/98, não autoriza a devolução da contribuição recolhida para o regime de previdência do servidor público pelos magistrados temporários no período de vigência da Lei nº 6.903/81, tendo em vista que, na época, estavam os autores submetidos àquele regime.

4. O art. 12 da referida Emenda Constitucional prevê que, até que sejam editadas as leis que venham a dispor sobre as contribuições sociais do art. 195 da CF, são exigíveis as contribuições estabelecidas em lei para os diversos regimes de previdência.

5. O juiz classista, que contribuiu para a previdência do servidor público sobre seus proventos integrais na vigência da Lei nº 6.903/81, (revogada pela Lei nº 9.528/97), não tem direito à devolução das contribuições que excederam o teto previsto no regime geral, em face da legalidade da exação e da compensação financeira prevista na CF.

6. As contribuições efetuadas para o regime de previdência do servidor público são computadas para fins de aposentadoria no regime geral de

na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei (Incluído dada pela Emenda Constitucional 20, de 1998).

³ § 5º O limite máximo do salário-de-contribuição é de Cr\$ 170.000,00 (cento e setenta mil cruzeiros), reajustado a partir da data da entrada em vigor desta Lei, na mesma época e com os mesmos índices que os do reajustamento dos benefícios de prestação continuada da Previdência Social.

previdência. Precedente do STJ (REsp 318.233/RS, Relator Ministro Vicente Leal).

7. Apelação da UNIÃO provida, em parte.

8. Remessa prejudicada.

(AC 2000.38.00.044343-4/MG, rel. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva, Sétima Turma, DJ de 25/08/2006, p. 137.)

De outro, o retorno do servidor ao Regime Próprio de Previdência Social – RPPS da União demanda a utilização do tempo de contribuição sob o regime e juiz classista e as respectivas contribuições para o cálculo do benefício.

Tal fato ocorreu no caso do autor, porque no pedido de habilitação de sucessores, por ocasião de sua morte, ficou comprovado que ele faleceu na condição de auditor fiscal da Receita Federal, conforme

a escritura pública de inventário e partilha de fls. 114 (Item 1.1).

A questão deve ser apreciada nesta Corte por aplicação do art. 462 do CPC.

Logo, ele retornou ao RPPS da União e certamente, com sua morte, gerou benefício de risco – pensão por morte – que deve considerar como tempo de contribuição aquele tempo referente ao mandato classista na Justiça do Trabalho.

Assim, havendo utilização daquelas contribuições vertidas ao PSS da União na condição de juiz classista para o benefício no mesmo RPPS, agora na condição de servidor público federal – auditor da Receita Federal, não há indébito a ser deferido.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

Primeira Turma Suplementar

Numeração única: 0025378-85.2003.4.01.0000

Apelação Cível 2003.01.00.008883-3/DF

Relator: Juiz Federal Mark Yshida Brandão (convocado)

Apelante: União Federal

Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas

Apelado: Francelino Bahia

Advogado: Dr. Ivo Evangelista de Ávila

Publicação: e-DJF1 de 17/02/2012, p. 928

Ementa

Processual Civil. Embargos à execução. Ação obstaculizando execução de comando judicial proferido há mais de vinte e cinco anos. Questões exaustivamente examinadas pela contadoria judicial. Credibilidade do órgão técnico auxiliar do juízo. Cálculos acolhidos.

I. Os presentes embargos à execução foram ajuizados em 14/03/1996 (fl. 3) para obstar execução referente a título judicial proferido há mais de 10 anos para pagamento de revisão dos proventos do apelado.

II. Depois de idas e vindas, quase intermináveis, à contadoria judicial, esta chegou aos cálculos de fls. 1.246-1.255, com os quais a parte embargada se pronunciou a favor.

III. É firme o entendimento deste Tribunal no sentido de prestigiar o parecer da contadoria judicial, tendo em vista a sua imparcialidade, veracidade e conhecimento técnico na elaboração dos cálculos dessa natureza.

IV. Tratando-se de processo, cuja tramitação perdura por mais de quinze anos, obstaculizando a execução de comando judicial proferido há mais de vinte e cinco anos e ainda considerando a idade avançada do embargado, cumpre o encerramento da lide, com a adoção dos cálculos de fls. 1.247-1.255.

V. Considerando que a conta adotada pela sentença, atualizada até 07/2001, resultou no valor de R\$ 1.625.256,20 e a ora adotada, corrigida até 02/2009, apresenta o montante de R\$ 2.385.831,86 e que, segundo o setor de cálculos, esta última foi elaborada “com base nos valores disponibilizados pelo Ipea (GDP), sem considerar os valores de R\$ 524,30, referentes ao vencimento básico e o de R\$ 838,88, relativos à GAE, no período de janeiro/1996 a

junho/2000” (fl. 1246), não há que se falar em *reformatio in pejus*, ao contrário, a conta que se adota favorece em parte a União Federal.

VI. Apelação da União parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação.

1ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 09/02/2012.

Juiz Federal *Mark Yshida Brandão*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Mark Yshida Brandão: — Trata-se de apelação interposta pela União contra sentença (fls. 623-626) que, acolhendo os cálculos elaborados pelo perito judicial, julgou parcialmente procedentes os embargos à execução.

Ressaltou o magistrado *a quo*, que “as questões levantadas pelas partes foram devidamente esclarecidas pelo perito, restando afastadas todas as que se referiam a pretensões extra julgado, incabíveis na espécie” (fl. 625).

Em suas razões recursais (fls. 628-635), alegou a União, em suma, que “por ser a base de cálculo da perícia judicial baseada em valores ‘arbitrados aleatoriamente pelo embargado em sua petição inicial da execução’ não há nem mesmo como aferir o seu acertamento, em face da metodologia contábil inadequada” (fl. 631).

Contrarrazões às fls. 658-664.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Mark Yshida Brandão: — Antes de adentrar no mérito da controvérsia, faço os seguintes esclarecimentos acerca do histórico da presente ação.

Os presentes embargos à execução foram ajuizados em 14/03/1996 (fl. 3) para obstar execução referente a título judicial proferido há mais de 10 anos para pagamento de revisão dos proventos do apelado.

A sentença, proferida em 20/09/2002 (fl. 626), após o encaminhamento dos presentes autos por diversas vezes à contadoria judicial (fls. 37, 317, 509, 573), entremeio a impugnações das partes e solicitações de nova perícia, acolheu os cálculos de fls.

589-594, com os quais a parte embargada manifestou-se de acordo (fl. 619).

Registro que os cálculos periciais, acolhidos pelo magistrado *a quo*, atualizados até julho de 2001, resultaram no total de R\$ 1.625.256,20 (fl. 594).

Mais uma vez, agora nesta instância, os autos foram remetidos à Coordenadoria de Execução Judicial – Corej para a elaboração de parecer, a fim de que fossem observados os juros de mora de 6% ao ano, a partir de 09/12/1982 e os índices de correção monetária previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal e na Súmula 41 desta Corte (fl. 671).

O parecer da Corej (fl. 677), retificando os cálculos apresentados pelo perito judicial às fls. 589-594, apresentou um total sem expurgos, no montante de R\$ 111.034,17 (cento e onze mil, trinta e quatro reais e dezessete centavos) e outro com expurgos, no valor de R\$ 259.964,31 (duzentos e cinquenta e nove mil, novecentos e sessenta e quatro reais e trinta e um centavos).

A União, às fls. 688-689, manifestou-se em concordância com os cálculos sem expurgos inflacionários apresentados pela contadoria judicial.

Novamente, por determinação judicial (fl. 715), os autos foram remetidos à Corej para a apresentação de novos cálculos, considerando as diferenças apuradas pelo perito judicial e os juros moratórios a partir de 22/02/1983.

Novos cálculos foram apresentados e atualizados até 02/2005 (fl. 723), totalizando R\$ 2.403.952,92 (dois milhões, quatrocentos e três mil, novecentos e cinquenta e dois reais e noventa e dois centavos), com os quais concordou a parte embargada (fl. 834).

Em razão da impugnação apresentada pela União, houve nova remessa dos autos à Corej (fl. 837), que se pronunciou pela impossibilidade de verificação da inacumulatividade e eventual compensação dos valores computados cumulativamente, por não constar nos autos as fichas financeiras e/ou contracheques do autor (fl. 857).

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Francisco Hélio Camelo Ferreira (convocado).

Em resposta à determinação para juntada das fichas financeiras, a União requereu que a apuração do valor indevidamente cumulado fosse realizada por estimativa (fl. 864).

À União foi concedido prazo improrrogável para a demonstração do pagamento que alegou ter sido realizado indevidamente (fl. 867).

Em resposta, ressaltou ser desnecessária a juntada de novos documentos, ao argumento de que

[...] a partir de 1990 já constam do processo os contra-cheques do autor; e que entre 1978 e 1989 os proventos recebidos podem ser reconstituídos pelo cotejo de seu processo de aposentadoria (fls. 94-131) com as tabelas do plano de classificação de cargos acostados às fls. 549-572 (fl. 880).

Por meio do despacho de fls. 1.021-1.023, a Desembargadora Federal Neuza Alves teceu importantes considerações, *verbis*:

[...] Diante de todo esse imbróglio, emerge demonstrada a impossibilidade da exata quantificação do crédito exequendo, principalmente porque a própria União confessou, como visto acima, não mais possuir as longevas fichas financeiras do servidor exequente.

Nessa quadra, e levando-se em conta o fato de que o próprio ente público sugeriu a possibilidade de apuração, por estimativa, do crédito que equivocadamente supôs possuir – isto porque após a opção exercida pelo servidor a sua remuneração sofreu um acréscimo mensal de R\$ 912,83, em vez de decesso remuneratório – chego à constatação de que a única forma possível para a efetivação da prestação jurisdicional é a adoção do mesmo mecanismo sugerido pelo ente público, ou seja, a apuração, por estimativa, do crédito a que faz jus o servidor.

Remetidos os autos à Corej, com as observações da douta desembargadora, foram apresentados os cálculos de fls. 1.025-1.037, atualizados até 08/2007, no valor de R\$ 1.237.646,05 (hum milhão, duzentos e trinta e sete mil, seiscentos e quarenta e seis reais e cinco centavos).

A parte embargada, às fls. 1.054, requereu a atualização e homologação dos cálculos de fls. 717-723 e a desconsideração dos apresentados às fls. 1.025-1.037.

Por meio da decisão de fls. 1.202-1.204, os autos foram remetidos à Corej, que apresentou os cálculos de fls. 1.209-1.216, atualizados até 08/2007, no valor de R\$ 1.742.650,11 (hum milhão setecentos e quarenta e dois mil, seiscentos e cinqüenta reais e onze centavos).

Novamente, os autos foram remetidos à Corej (fls. 1241), que apresentou os cálculos de fls. 1.247-1.255,

com o montante de R\$ 2.385.831,86 (dois milhões, trezentos e oitenta e cinco mil, oitocentos e trinta e um reais e oitenta e seis centavos) e os de fls. 1.261-1.269, com o total de 2.689.610,23 (dois milhões, seiscentos e oitenta e nove mil, seiscentos e dez reais e vinte e três centavos), ambos atualizados até 02/2009.

Às fls. 1.301, a parte embargada manifestou-se de acordo com cálculos de fls. 1.247-1.255, no montante de R\$ 2.385.831,86 (dois milhões, trezentos e oitenta e cinco mil, oitocentos e trinta e um reais e oitenta e seis centavos), e à fl. 1.305 foi autorizado o pagamento da parte incontroversa.

Diante de tudo o que foi exposto, passo à solução da lide.

Depois de idas e vindas, quase intermináveis, à contadoria judicial, esta chegou aos cálculos de fls. 1.246-1.274, com os quais a parte embargada se pronunciou a favor da conta de fls. 1.247-1.255, nos seguintes termos (fls. 1.300-1.301):

[...] o conteúdo das fls. 1246/1274 procura traduzir o disposto no entendimento de V. Exa., eis que apresenta diversas planilhas com cálculos atualizados até 02/2009 que totalizam o valor total de R\$ 2.385.831,86 (dois milhões, trezentos e oitenta e cinco mil, oitocentos e trinta e um reais e oitenta e seis centavos), sendo que R\$ 1.998.193,23 (hum milhão, novecentos e noventa e oito mil, cento e noventa e três reais e vinte e três centavos) se referem à indenização devida ao apelado Francelino Bahia e R\$ 397.683,63 (trezentos e noventa e sete mil, seiscentos e trinta e oito reais e sessenta e três centavos) são valores referentes aos honorários de sucumbência devidos pela União.

[...]

Feitas tais observações preliminares, verifica-se que os novos cálculos apresentados pela Corej acima citados atendem aos legítimos interesses do apelado Francelino Bahia, estando, assim, o Exequente de acordo com os cálculos apresentados pela referida Divisão de Cálculos Judiciais.

Não obstante a União apresente impugnação aos referidos cálculos, vê-se que estes são desprovidos de fundamentos relevantes que possam contraditar a conta, mormente quando se verifica que todas as questões volvidas pelas partes foram enfrentadas através das inúmeras decisões e manifestações da contadoria proferidas após a chegada dos presentes autos a este Tribunal.

Insta registrar que a contadoria judicial, órgão auxiliar do juízo, presta serviço de importância relevante em processos que envolvem cálculos de diferentes graus de complexidade, gozando de prestígio e confiança do julgador, que se utiliza de seus pareceres e cálculos para embasar os julgamentos que necessitem de análise de provas técnicas desse jaez.

Portanto, como ressalvado nos julgados abaixo transcritos, os pareceres e cálculos provenientes da contadoria judicial merecem credibilidade.

Nesse sentido:

Processual civil. Embargos à execução. Divergência nos cálculos. Parecer desta contadoria. Acolhido.

1. Estando os cálculos elaborados pela Divisão de Cálculos da Seção Judiciária do Distrito Federal em conformidade com o julgado exequendo, merece ser prestigiada a sentença que os acolheu.

2. É firme o entendimento deste Tribunal no sentido de prestigiar o parecer contadoria judicial, tendo em vista a sua imparcialidade, veracidade, e conhecimento técnico na elaboração dos cálculos dessa natureza.

3. Apelação a que se nega provimento.

(AC 200534000158422, Des. Federal Ângela Catão, TRF1 - Primeira Turma, 01/03/2011.)

Processual civil. Embargos à execução. Aplicação da Súmula 260 do TFR. Concedido índice integral no reajuste do primeiro benefício. Ausência de irregularidade.

1. Inexiste crédito a ser solvido, quando no primeiro reajuste das referidas pensões, já foi aplicado pelo INSS o índice integral de atualização monetária.

2. Opinativo da Contadoria Judicial que se prestigia (fls. 90).

3. Apelação Improvida. (AC 200001000153264, Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (convocado), TRF1 – Segunda Turma Suplementar (Inativa), 23/09/2005.)

Processual civil e previdenciário. Embargos de devedor. Agravo retido. Cerceamento de defesa. Prova pericial. Cálculos de execução. Súmula 260. Elaboração pela contadoria judicial. Possibilidade. Cálculos. Contadoria judicial. Aptidão e imparcialidade. Razões genéricas. Agravo retido e apelação desprovidos.

1. Não procede o agravo retido interposto pelo autor, quanto à conclusão da instrução processual, sem o deferimento de perícia por ele requerida, bem como pela adoção, como definitivos, dos elementos já constantes dos autos.

2. Cerceamento de defesa inexistente. O crédito a que a execução busca efetivar, é consequente do critério revisional preceituado pela Súmula n. 260/TFR. Trata-se de matéria que, além de baixa complexidade a dispensar prova pericial, o Setor de Cálculo da Justiça Federal encontra-se aparelhada para realizar o respectivo cálculo, bastando conhecer as características fundamentais do benefício, quais sejam: sua data de início, renda mensal inicial, índices aplicados e valores recebidos. Todos estes elementos já se encontram nos autos, visto que apresentados pelo INSS, com a petição de embargos, não obstante também oportunizada ao Autor sua apresentação.

3. Em se tratando de matéria fática, como é o caso dos autos, em que se faz necessário o apoio

de órgão auxiliar, tem a jurisprudência deste Tribunal valorizado a orientação decorrente da contadoria judicial. Isto se dá em razão da imparcialidade necessária à convicção do julgador, bem como por estar apta à elaboração de cálculo desta natureza. Precedentes: AC 2000.01.00.013011-6/MG. Rel. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves. Juiz Federal Convocado, Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes. DJ de 22.01.2007, p. 04; AC 1997.39.00.004744-5/PA. Rel. Des. Federal Aloísio Palmeira Lima. Juíza Federal Convocada Mônica Neves Aguiar. DJ de 19.12.2006, p. 22.

4. Ademais, a apelação é sem maiores fundamentos, limitando-se a afirmar não expressar o cálculo adotado pela sentença, elaborado pelo Setor de Cálculo da Justiça Federal, a realidade do crédito que possui, reiterando o acolhimento da pretensão executiva tal como deduzida

5. Verifico, porém, que a procedência dos embargos foi apenas parcial, já que não restou acolhido o valor pretendido pelo INSS. Assim, para o recurso impõe-se provimento parcial para, reconhecendo a reciprocidade da sucumbência, determinar que cada parte arque com os ônus processuais respectivos.

6. Apelação parcialmente provida para reconhecer a reciprocidade da sucumbência. (AC 200101000275160, Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado), TRF1 – Primeira Turma, 09/07/2007).

No caso em apreço, tratando-se de processo, cuja tramitação perdura por mais de quinze anos, obstaculizando a execução de comando judicial proferido há mais de vinte e cinco anos e ainda considerando a idade avançada do embargado, cumpre o encerramento da lide, com a adoção dos cálculos de fls. 1.247-1.255.

Considerando que a conta adotada pela sentença, atualizada até julho/2001, resultou no valor de R\$ 1.625.256,20 e a ora adotada, corrigida até 02/2009, apresenta o montante de R\$ 2.385.831,86 e que, segundo o setor de cálculos, esta última foi elaborada “com base nos valores disponibilizados pelo Ipea (GDP), sem considerar os valores de R\$ 524,30, referentes ao vencimento básico e o de R\$ 838,88, relativos à GAE, no período de janeiro/1996 a junho/2000” (fl. 1.246), não há que se falar em *reformatio in pejus*, ao contrário, a conta que se adota favorece em parte a União Federal.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação da União para adotar como certos os cálculos apresentados pela contadoria deste Tribunal às fls. 1.247-1.255.

Sucumbência recíproca que se decreta, nos termos do art. 21 do CPC.

É como voto.

Segunda Turma Suplementar

Numeração única: 0000157-75.2005.4.01.3801

Apelação Cível 2005.38.01.000144-2/MG

Relatora: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada)
Apelante: Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF/MG
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Apelada: Mariângela Vicini
Advogadas: Dras. Vivian Fagundes Muniz e Luciana Rocha Delacio
Publicação: e-DJF1 de 08/02/2012, p. 232

Ementa

Processual Civil e Administrativo. Auxílio-transporte. Locomoção intermunicipal. Interpretação. Razoabilidade.

I. O auxílio-transporte instituído pela MP 2.165-36, de 23 de agosto de 2001, foi destinado apenas aos trabalhadores que estejam no efetivo exercício de suas atividades laborais, sendo destinado ao custeio parcial das despesas realizadas com transporte coletivo municipal, intermunicipal ou interestadual pelos militares, servidores e empregados públicos da Administração federal direta, autárquica e fundacional da União, nos deslocamentos de suas residências para os locais de trabalho e vice-versa (art. 1º).

II. A interpretação conferida pela apelante quanto à exclusão do direito à indenização do transporte colide com o princípio da razoabilidade e nega vigência ao art. 1º da MP 2.165-36/01, na parte que admite o auxílio destinado ao custeio das despesas realizadas com transporte intermunicipal e interestadual, pois, nessas hipóteses, como regra geral, o transporte é dotado das características que enumera como qualificadoras do transporte seletivo ou especial.

III. O transporte seletivo ou especial é aquele destinado a atender exclusivamente ao servidor, individualmente, sem relação com o serviço coletivo e ordinário de locomoção das pessoas nas cidades e entre essas.

IV. Apelação não provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

2ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 22/06/2011.

Juíza Federal *Rosimayre Gonçalves de Carvalho*, relatora convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: — Trata-se de apelação interposta pela parte requerida, buscando a reforma da sentença que julgou procedente o pedido e determinou o pagamento do auxílio-transporte à autora.

Alega que o valor não é devido em razão da nova orientação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão sobre o auxílio-transporte, que nos termos da MP 2165-36/2001 faz distinção entre transporte coleti-

vo e seletivo ou especial, sendo que neste último caso, não é devida a indenização. Aduz que o transporte utilizado pela apelada é seletivo por ser equipado por poltronas reclináveis, estofadas, numeradas, com bagageiros externos e porta-pacotes no seu interior, não sendo permitido o transporte de passageiro em pé e a venda de passagens pode ser efetuada antecipadamente.

Recebido o recurso, vieram os autos a essa Corte, com as contrarrazões respectivas.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: — Não merece reforma a sentença recorrida.

O auxílio-transporte instituído pela MPv 2.165-36, de 23 de agosto de 2001, foi destinado apenas aos trabalhadores que estejam no efetivo exercício de suas atividades laborais, sendo destinado ao custeio parcial das despesas realizadas com transporte coletivo municipal, intermunicipal ou interestadual pelos militares, servidores e empregados públicos da Administração federal direta, autárquica e fundacional da União, nos deslocamentos de suas residências para os locais de trabalho e vice-versa (art. 1º).

A interpretação conferida pela apelante quanto à exclusão do direito à indenização do transporte colide com o princípio da razoabilidade e nega vigência ao art. 1º da MP 2.165-36/01, na parte que admite o auxílio destinado ao custeio das despesas realizadas com transporte intermunicipal e interestadual, pois, nessas hipóteses, como regra geral, o transporte é dotado das características que enumera como qualificadoras do transporte seletivo ou especial. Neste sentido tem se posicionado esta Corte:

Administrativo. Servidores públicos. Auxílio-transporte. Deslocamento intermunicipal/interestadual. Art. 1º da Medida Provisória 2.165/2001. Correção Monetária. Juros de Mora. Redução.

1. Fica instituído o Auxílio-Transporte em pecúnia, pago pela União, de natureza jurídica indenizatória, destinado ao custeio parcial das despesas realizadas com transporte coletivo municipal, intermunicipal ou interestadual pelos militares, servidores e empregados públicos da Administração Federal direta, autárquica e fundacional da União, nos deslocamentos de suas residências para os locais de trabalho e vice-versa, excetuadas aquelas realizadas nos deslocamentos em intervalos para repouso ou alimentação, durante

a jornada de trabalho, e aquelas efetuadas com transportes seletivos ou especiais. (Art. 1º da Medida Provisória 2.165/2001)

2. A autora faz jus ao referido benefício, uma vez que reside em Bicas/MG e trabalha na Universidade Federal de Juiz de Fora, utilizando o transporte intermunicipal/interestadual para seu deslocamento, de modo que o fato de o ônibus por ela utilizado ser equipado com alguns itens diversos daqueles que circulam no mesmo município, não é diferencial a qualificá-lo como transporte seletivo especial, sobretudo quando se tratar da única linha de transporte disponível.

3. A correção monetária das diferenças devidas deve ser calculada nos termos da Lei 6.899/81, pelos índices constantes do Manual de Cálculos da Justiça Federal, a partir do vencimento de cada parcela.

4. A teor do artigo 4º da Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, os juros de mora nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de 6% (seis por cento) ao ano.

5. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, a que se dá parcial provimento. (AC 2005.38.01.000128-1/MG, rel. Juiz Federal Antônio Francisco do Nascimento (convocado), Primeira Turma, e-DJF1, p. 56, de 09/12/2009.)

O transporte seletivo ou especial é aquele destinado a atender exclusivamente ao servidor, individualmente, sem relação com o serviço coletivo e ordinário de locomoção das pessoas nas cidades e entre essas.

Adoto, portanto, na integralidade, os fundamentos da sentença como parte integrante do presente voto para concluir pela absoluta ilegalidade da restrição imposta por meio da interpretação equivocada do MPOG.

Isto posto, *nego provimento* à apelação.

É o voto.

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves e a Exma. Sra. Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada).

Terceira Turma Suplementar

Numeração única: 0010380-58.2006.4.01.9199

Apelação Cível 2006.01.99.011267-8/MG

Relatora: Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu (convocada)
Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Apelada: Nelcina Maria Francisca
Advogado: Dr. Abrahão Caliel Andrade
Apelada: Rita Ferreira da Rocha
Advogados: Dr. Luiz Vidal Neto e outro
Publicação: e-DJF1 de 15/02/2012, p. 172

Ementa

Previdenciário. Constitucional. Pensão por morte. Esposa e ex-cônjuge. Rateio do valor do benefício em proporções iguais. Lei 8213/1991 (art. 76, § 2º e 77). Decreto 3.048/1999 (art. 111). Custas. Honorários.

I. O art. 76, § 2º, da Lei 8.213/1991 confere ao cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato, que recebia pensão de alimentos, o direito de concorrer em igualdade de condições com os dependentes referidos no inciso I do seu art. 16, devendo o valor do benefício, em havendo mais de um pensionista, ser rateado entre todos em parte iguais, nos exatos termos do art. 77, dessa mesma lei. Idêntica disposição tem assento no art. 111, do Decreto 3.048/1999, restando evidente que a pretensão da autora carece de amparo legal. Precedentes.

II. Agiu corretamente o INSS ao efetuar o pagamento da pensão às duas beneficiárias em partes iguais e nada mais fez que aplicar ao caso a regência normativa pertinente.

III. O INSS é isento do pagamento de custas na Justiça Estadual de Minas Gerais por força de isenção concedida pela Lei Estadual 14.939/2003, art. 10, I.

IV. Mantida a condenação em honorários no montante arbitrado porque compatível com o disposto no art. 20, § 4º do CPC.

V. Apelação parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar parcial provimento à apelação.

3ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 14/12/2011.

Juíza Federal *Adverci Rates Mendes de Abreu*, relatora convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu: — Trata-se de remessa oficial, esta tida por interposta, e apelação do réu – Instituto Nacional do Seguro Social – INSS – em face da sentença (fls. 4.156-162) que julgou parcialmente procedente o pedido formulado pela parte autora – Nelcina Maria Francisca – para condenar o réu a pagar pensão por morte à autora no percentual de 65% do valor do benefício e outros 35% à ex esposa.

Condenou o INSS no pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 1.000,00.

Em seu recurso (fls. 175-193), sustenta a autarquia ré a impossibilidade jurídica do pedido porque a alteração dos percentuais pagos às beneficiárias contraria expressa previsão legal (arts. 76, §2º e 77 da Lei 8.213/1991 e 111 do Decreto 3.048/1999).

Insurge-se, ainda contra o valor dos honorários e a condenação em custas.

A parte autora apresentou contrarrazões (fls. 205-208).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu: — Pretende a parte autora, beneficiária de pensão concedida em 04/09/2004, que percebe em proporções iguais com o ex cônjuge do *de cujus* em com o perceber o valor o benefício abatido apenas do percentual de 15% devido à ex esposa, conforme estabelecido na sentença de divórcio.

O art. 76, § 2º, da Lei 8.213/1991 confere ao cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato, que recebia pensão de alimentos, o direito de concorrer em igualdade de condições com os dependentes referidos no inciso I do seu art. 16, devendo o valor do benefício, em havendo mais de um pensionista, ser rateado entre todos em parte iguais, nos exatos termos do art. 77, dessa mesma lei. Idêntica disposição tem assento no art. 111, do Decreto 3.048/1999. Destarte, fica evidente que a pretensão da autora carece de amparo legal.

Nesse passo, ao efetuar o pagamento da pensão às duas beneficiárias em partes iguais o INSS agiu corretamente e nada mais fez que aplicar ao caso a regência normativa pertinente. Sobre o tema trago à colação recente aresto do STJ.

Previdenciário. Pensão por morte. Habilitação da companheira como dependente. Meação do benefício com ex-esposa. Valor mínimo da cota-parte do benefício abaixo do. Salário-mínimo. Possibilidade.

Recurso especial a que se nega provimento.

1- Consoante disposto no art. 16, inciso I e § 4º, da Lei 8.213/91, tanto a ex-cônjuge virago, quanto atual companheira, podem possuir, simultaneamente, dependência econômica presumida em relação ao falecido.

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Nunes Marques e o Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado).

2- É improcedente o pedido formulado pela ex-esposa de divisão díspare entre ambas, pois a legislação previdenciária, em seu art. 77, *caput*, determina que, havendo mais de um pensionista, a pensão será rateada entre todos os beneficiários em partes iguais.

3- A vedação constitucional de percepção de benefício previdenciário em valor inferior ao salário mínimo só se aplica ao benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado, não abarcando, pois, todo e qualquer benefício previdenciário, dentre eles a cota-parte cabível a cada beneficiária de pensão por morte.

4- Ao se admitir a possibilidade de arredondamento da cota-parte para um salário-mínimo, quando aquém, estar-se-ia admitindo a majoração reflexa do benefício, pois, mesmo que a pensão por morte fosse fixada, em sua totalidade, em um salário-mínimo, tendo o ex-segurado diversos dependentes com dependência econômica presumida cada um deles teria direito ao recebimento desse valor, o que terminaria por violar outro preceito constitucional insito no art.195, § 5º da CF; o da preexistência do custeio em relação ao benefício ou serviço, que veda a possibilidade de majoração ou extensão de benefício sem prévia fonte de custeio.

5- Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 354.276/PR, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 17/02/2009, DJe 02/03/2009)

Descabida a condenação do INSS no pagamento de custas processuais ante a isenção concedida pela Lei Estadual 14.939/2003, art. 10, I. Já em relação aos honorários não merece reparo a sentença porque arbitrados de forma compatível com o disposto no art. 20, § 4º do CPC.

Em face do exposto, dou provimento parcial à apelação para determinar que o pagamento da pensão seja feito na proporção de 50% para cada beneficiária e isentar o INSS do pagamento de custas processuais.

É o voto.

Quarta Turma Suplementar

Numeração única: 0002497-80.2004.4.01.0000

Agravo de Instrumento 2004.01.00.000848-7/MA

Relator: Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos (convocado)
 Agravante: Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel
 Procurador: Dr. Ricardo Brandão Silva
 Agravado: José do Carmo Vieira de Castro
 Advogados: Dr. José Guilherme Carvalho Zagallo e outros
 Publicação: e-DJF1 de 08/02/2012, p. 267

Ementa

Processual Civil. Agravo de instrumento. Administrativo. Concessão do serviço público de energia elétrica. Intervenção. Transferência controle acionário da Companhia Energética do Maranhão – Cemar. Idoneidade financeira da empresa SVM – Participações e Empreendimentos Ltda. Impossibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário.

I. Não parece crível que o Poder Judiciário possa apreciar se determinada empresa tem ou não idoneidade financeira para assumir controle acionário de concessionária, bem como índices de liquidez, critérios eminentemente administrativos; primeiro, porque tal atribuição cabe, tão somente, no caso, à requerente, reguladora e fiscalizadora do setor elétrico do nosso país, sendo providência discricionária insita ao Poder Executivo; em segundo lugar, porque a aferição de idoneidade financeira, mediante análise das propostas econômico-financeiras para a pretendida aquisição, está inserida na fase posterior, não na atual, de pré-qualificação de empresas

II. A alteração no cronograma de transferência do controle acionário em discussão poderá, concretamente, prejudicar, por falta de suporte financeiro que permita investimentos na prestação do serviço, já precário por falta destes, de distribuição de energia elétrica no Estado do Maranhão, com colapso, talvez, no sistemas, e prejuízo incalculável para o consumidor, enquanto a disputa burocrática, com delonga aumentada por decisões liminares de legitimidade duvidosa, arrasta-se por tempo indeterminado.

III. Agravo de instrumento provido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento ao agravo.

4ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 31/01/2012.

Juiz Federal *Grigório Carlos dos Santos*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos:

— Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel contra decisão que, nos autos da Ação Popular 2003.37.00.016156-7, deferiu o pedido de liminar formulado pelo agravado José do Carmo Vieira de Castro, no sentido de que fosse suspenso o processo de transferência do controle acionário da Companhia Energética do Maranhão – Cemar.

Deferido o pedido de efeito suspensivo, cf. decisão de fls. 326-328.

Contraminuta não apresentada.

É o simples relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos:

— Os fundamentos explicitados pelo relator originário ao examinar a antecipação da tutela recursal são

suficientes para o mérito desse agravo, motivo pelo qual os adoto no seguinte sentido:

Verifica-se, pela análise dos autos, que o juízo de origem determinara a suspensão do processo de transferência do controle acionário da Companhia Energética do Maranhão - Cemar, ao fundamento de que esta teria dívidas de R\$ 844.000.000,00 (oitocentos e quarenta e quatro milhões de reais), com patrimônio negativo de R\$ 148.000.000,00 (cento e quarenta e oito milhões de reais), além de um prejuízo acumulado de R\$ 667.000.000,00 (seiscentos e sessenta e sete milhões de reais); que a empresa SVM – Participações e Empreendimentos Ltda. teria registrado no seu contrato social capital na ordem de R\$ 348.292.946,20 (trezentos e quarenta e oito milhões, duzentos e noventa e dois mil, novecentos e quarenta e seis reais e vinte centavos), fundo de investimento, com 99,9% do capital social, como sócio majoritário e participação societária na Telemar Participações S.A 307.059.601 ações ordinárias, não tendo idoneidade financeira para assumir o controle acionário da referida concessionária, e que a data de sua conclusão estaria marcada para o próximo dia dezesseis.

Não me parece crível que o Poder Judiciário possa apreciar se determinada empresa tem ou não idoneidade financeira para assumir controle acionário de concessionária, bem como índices de liquidez, critérios eminentemente administrativos; primeiro, porque tal atribuição cabe, tão-somente, no caso, à requerente, reguladora e fiscalizadora

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida e o Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado).

do setor elétrico do nosso país, sendo providência discricionária ínsita ao Poder Executivo; em segundo lugar, porque a aferição de idoneidade financeira, mediante análise das propostas econômico-financeiras para a pretendida aquisição, está inserida na fase posterior, não na atual, de pré-qualificação de empresas.

Não fora isso, o cronograma juntado aos autos pela agravante demonstra, à saciedade, que a alegada conclusão do processo de transferência no dia 16/01/2004, fundamento da decisão agravada adotado pelo seu prolator, na realidade, está marcada, conforme comprova a publicação de fls. 64, para 06/02/2004, data estabelecida para a formalização da transferência do controle acionário da referida concessionária pela acionista controladora.

E mais, a alteração no cronograma de transferência do controle acionário em discussão poderá, concretamente, prejudicar, por falta de suporte financeiro que permita investimentos na prestação do serviço, já precário por falta destes, de distribuição de energia elétrica no Estado do Maranhão, com colapso, talvez, no sistemas, e prejuízo incalculável para o consumidor, enquanto a disputa burocrática, com delonga aumentada por decisões liminares de legitimidade duvidosa, arrasta-se por tempo indeterminado.

Assim, dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

Quinta Turma Suplementar

Numeração única: 0009943-27.2001.4.01.3400

Apelação Cível 2001.34.00.009953-7/DF

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado)
 Apelantes: Elinaldo de Carvalho Viana e outros
 Advogados: Dr. Aldir Guimarães Passarinho e outros
 Apelada: União Federal
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
 Publicação: e-DJF1 de 17/02/2012, p. 975

Ementa

Administrativo e Processual Civil. Concurso público. Auditor fiscal do Tesouro Nacional. Suspensão por ordem judicial. Demora na conclusão do certame. Responsabilidade civil não caracterizada. Inexistência de ato ilícito. Pedido de indenização improcedente.

I. Não se reconhece a responsabilidade civil da União para reparação de danos materiais correspondente ao valor a que fariam jus os candidatos inscritos no concurso público regido pelo Edital Esaf 03/1994, para provimento de cargos públicos de auditor fiscal do Tesouro Nacional, durante o curso de formação e exercício do cargo público, entre julho de 1994 e julho de 1997, em virtude de demora na conclusão do certame, que fora suspenso por decisão judicial por motivo de fraude, por não ser decorrente de ato ilícito da Administração Pública. Precedente da Quinta Turma do TRF1 (2002.34.00.040105-1/DF).

II. A aprovação dos candidatos na primeira etapa não gera direito à nomeação para exercício do cargo público – dependendo ainda de aprovação no programa de formação – segunda etapa do certame.

III. O curso de formação foi realizado após o advento da Medida Provisória 1.480/1996, de modo que é devida aos participantes o pagamento de verba no percentual correspondente a 50% (cinquenta por cento) do vencimento básico do cargo público.

IV. Nega-se provimento ao recurso de apelação.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

5ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 07/02/2012.

Juiz Federal *Rodrigo Navarro de Oliveira*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira: — Trata-se de apelação interposta pelos autores contra sentença que julgou improcedente seu pedido de condenação da União ao pagamento de indenização para reparação de dano material, decorrente de demora na convocação dos autores para participarem da segunda etapa do concurso público regido pelo Edital Esaf 3/1994, para provimento de cargos públicos de auditor fiscal do Tesouro Nacional, e para nomeação dos candidatos aprovados no certame, correspondente à remuneração que deveria ser paga no período compreendido entre junho de 1995 e julho de 1997.

Os apelantes sustentam, em síntese, que participaram do concurso público para provimento de cargos de auditor fiscal do Tesouro Nacional, regido pelo Edital Esaf 18/1991, e que, não obstante tenham sido aprovados na primeira etapa do concurso, classificaram-se além do número de vagas previstas no edital, e, por isso, não foram convocados imediatamente para participarem da segunda etapa do certame. Dizem que a Lei 8.541, de 23 de dezembro de 1992 autorizou a convocação para a 2ª etapa de candidatos habilitados na 1ª fase do concurso público e classificados além da quingentésima colocação. Afirmam que foram posteriormente convocados mais mil candidatos, tendo a Administração Pública, depois disso, optado por abrir novos certames. Aduzem que impetraram, então, mandados de segurança perante o Superior Tribunal de Justiça, tendo sido concedida a ordem para assegurar a convocação para participarem da segunda etapa do concurso público.

Asseveram que os candidatos que realizaram o concurso público posterior foram nomeados em data anterior a nomeação dos autores e que houve preterição, prática contrária à norma inserta no art. 37, IV, da Constituição da República, e no art. 12, § 2º, da Lei 8.112/1990, fato que ensejaria o reconhecimento do direito à indenização — pelo prejuízo que sofreram com o retardo de sua nomeações — e à averbação do tempo de serviço retroativo. Postulam ainda o pagamento de indenização correspondente à diferença resultante do pagamento a menor, durante o período de realização do curso de formação, uma vez que receberam retribuição pecuniária equivalente a 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do vencimento básico de AFTN, devendo ser calculada à base de 80% (oitenta por cento), por ser o percentual que seria aplicado se tivessem sido convocados para participar de curso de formação antes dos outros candidatos

de concursos públicos posteriores, realizado antes da publicação da MP 1.480/1996.

Pedem o provimento do recurso e a reforma da sentença para que seja julgado integralmente procedente o pedido.

A União apresentou contrarrazões.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira: — A matéria submetida à apreciação judicial já fora julgada pela Quinta Turma deste Tribunal Regional Federal, no julgamento do recurso de apelação 2002.34.00.040105-1/DF, tendo decidido a Corte que não está caracterizada a responsabilidade civil da União por inexistência de ato ilícito.

É o que se extrai da ementa do julgado, a seguir transcrita, cujos fundamentos adoto como razões de decidir:

Administrativo e Processual Civil. Concurso público. Auditor fiscal do tesouro nacional. Fraude (cola eletrônica). Suspensão por determinação judicial. Demora na finalização do concurso. Ilegalidade. Ausência. Indenização. Prescrição. Inocorrência. Pedido. Improcedência.

1. Pleiteiam os autores indenização por danos morais, em valor a ser fixado pelo juiz, e materiais, “correspondente ao período de julho de 1994 a julho de 1997, em valores a que fariam jus se em treinamento (curso de formação) e em exercício estivessem”, provenientes da demora na finalização de concurso público para Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, suspenso por decisão judicial, em virtude de fraude (“cola eletrônica”), o que retardou as nomeações.

2. O suposto direito dos autores só pôde ser pleiteado a partir da posse (16/12/1997; 18/12/1997; 22/12/1997). Considerando que o direito de ação contra a Fazenda Pública prescreve em 5 (cinco) anos e proposta a ação em 16/12/2002, a pretensão dos Autores não foi alcançada pela prescrição ou decadência.

3. Os Autores, apesar de aprovados na primeira etapa, ainda dependiam de aprovação no Programa de Formação, que também tem caráter eliminatório, e somente após o resultado final do certame e sua homologação é que surgiria o direito à nomeação, dentro do número de vagas previsto no edital.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa (convocado).

4. A aprovação no Curso de Formação e, como consequência, a nomeação dos candidatos, não retroage, atribuindo-lhes direitos próprios dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal. A suspensão do concurso ou a demora para realização do Curso de Formação não tem o condão de criar outro vínculo entre os candidatos e a Administração, senão o de continuar participando do concurso.

5. Em que pese ser admissível à Administração rever seus próprios atos quando eivados de vícios insanáveis, o que inclui procedimentos de concurso público, a suspensão do certame regido pelo Edital Esaf nº 03/94 decorreu de decisão proferida (em agravo regimental em mandado de segurança) pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

6. Não têm os candidatos direito à realização célere do concurso, tanto mais de um concurso de tal envergadura como o de Auditor-Fiscal, não se podendo retirar da Administração a discricção de avaliar o melhor momento de dar prosseguimento ao certame que foi objeto de suspensão judicial, ou seja, depois de afastadas todas as possibilidades de nova impugnação por qualquer interessado.

7. Não houve omissão alguma da Administração quanto às fraudes apuradas, pois, os responsáveis foram identificados e afastados do concurso, com sua posterior continuação para os candidatos remanescentes.

8. Inexiste prova de qualquer dano experimentado pelos Autores, que sequer demonstraram que tiveram de deixar os empregos que tinham por ocasião da convocação para o curso de formação, não realizado em face da decisão judicial.

9. Negado provimento à apelação, confirmando-se, por outros fundamentos, sentença em que foi acolhida alegação de prescrição e decadência.

Não considero estar demonstrada a omissão culposa da Administração Pública, quanto à adoção de procedimentos de segurança na realização do concurso público. A fraude detectada, que envolvia 41 candidatos, somente pode ser identificada depois de verificada a coincidência entre as respostas marcadas nos cartões dos aludidos candidatos. O aprimoramento das práticas de segurança em processos seletivos ocorre de forma gradual, à medida que são conhecidos os recursos utilizados para fraudar os certames. De qualquer modo, diante da constatação da prática da fraude foram adotados os procedimentos necessários para exclusão dos candidatos do concurso público e para realização das fases subsequentes e não se pode afirmar que a Administração Pública assumiu o risco

de ocorrência do resultado – de suspensão do certame por suspeita de prática de fraude. Nesse caso, de responsabilidade civil por omissão, a culpa não pode ser presumida.

No que se refere à demora quanto à convocação dos candidatos aprovados na primeira etapa, para participarem de curso de formação, há que se considerar que a programação do Programa de Formação requer planejamento prévio e que não havia ainda trânsito em julgado da sentença prolatada nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal. O eventual provimento de recurso – mesmo sem atribuição de efeito suspensivo – poderia acarretar prejuízo de grande proporção para a Administração Pública e para os próprios candidatos, no caso de anulação posterior do concurso público, porque a participação no curso de formação implica na rescisão anterior de vínculo empregatício para vários de seus participantes e na realização de gastos pela entidade que era responsável pela realização do certame.

Desse modo não identifico ter havido ilicitude em decorrência da demora na realização da fase subsequente do certame. Deve-se destacar, outrossim, que a nomeação dos candidatos pressupõe aprovação em todas as fases do concurso público, de modo que não se pode falar em direito à recebimento de remuneração pelo exercício do cargo antes de concluído o concurso público. O pagamento de ajuda de custo durante o curso de formação é devido para cobrir as despesas do candidato com a própria manutenção durante o período de sua realização e, portanto, enquanto não realizado o curso não é devido o pagamento da verba indenizatória.

No que se refere à pretensão de pagamento de indenização, para reparação de dano material resultante do pagamento de verba pecuniária calculada à base de 50% (cinquenta por cento) sobre o vencimento básico do cargo público de AFTN, durante o curso de formação, considero que não há ilicitude porquanto assim dispõe a MP 1.480/1996, uma vez que o curso de formação fora realizado depois do início de sua vigência.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso de apelação.

É o voto.

Sexta Turma Suplementar

Numeração única: 0040599-88.2005.4.01.9199

Apelação Cível 2005.01.99.072179-8/GO

Relator: Juiz Federal Sílvio Coimbra Mourthé (convocado)
Apelante: Marizeth Barbosa
Advogada: Dra. Maria Santíssima M. L. de Oliveira
Apelada: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Claud Wagner Gonçalves Dias
Publicação: e-DJF1 de 22/02/2012, p. 47

Ementa

Direito Tributário. Embargos de terceiro. Penhora de bens. Sucessão de empresa. Prova. Ônus do exequente. Necessidade de demonstração de continuidade da atividade empresarial. Mudança de endereço averbada na Junta Comercial. Des-caracterização de dissolução irregular. Honorários advocatícios. Sucumbência. Custas. Fazenda Pública. Ressarcimento à embargante.

I. Para alegar a sucessão prevista no art. 133 do Código Tributário Nacional, cabe ao exequente/embargado o ônus de demonstrar que a sucessão existiu sendo que tais provas têm de ser convincentes e examinadas caso a caso.

II. O fato da empresa, dita sucessora, estar instalada no antigo endereço da executada e exercendo a mesma atividade econômica, por si só, não autoriza afirmar de forma categórica a ocorrência de sucessão.

III. Verifica-se que entre a mudança da empresa executada do imóvel penhorado, em 25/05/1995 (fl. 24), e o início das atividades da Cerâmica Santa Bárbara Ltda., em 15/03/1999 (fls. 10-12), decorreu quase 4 (quatro) anos. Assim, apesar de exercerem a mesma atividade econômica, no mesmo local, não há como dizer que a Cerâmica Santa Bárbara Ltda. seja sucessora da empresa executada, tendo em vista o longo período entre o fim das atividades de uma e do início da outra.

IV. Inocorrência de continuidade entre as atividades empresariais das alegadas sucedida e sucessora, condição primordial para caracterização da sucessão prevista no art. 133 do Código Tributário Nacional.

V. Ausência de dissolução irregular da empresa executada, uma vez que, conforme se verifica na execução fiscal, as diligências ordenadas contra ela sempre foram realizadas no endereço constante na CDA, onde hoje se encontra a empresa Cerâmica Santa Bárbara Ltda. Ocorre que a empresa executada, Cerâmica Dona Liça Ltda., comunicou a Junta Comercial de Goiás da sua mudança de endereço (fl. 24).

VI. Honorários advocatícios arbitrados conforme entendimento pacificado da 7ª Turma desta Corte.

VII. “*Sendo a União isenta do pagamento de custas processuais, a teor do disposto no inciso I, art. 4º, da Lei 9.289/96, somente é cabível o ressarcimento das despesas e custas que, porventura, tenham sido adiantadas pela embargante (vencedora), nos termos do parágrafo único do dispositivo em comento*” (Precedente: AC 0036879-40.2010.4.01.9199/ MG, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, 7ª Turma do TRF 1ª Região, e-DJF1 de 11/02/2011, p. 261).

VIII. Apelação provida.

IX. Peças liberadas pelo relator, em 13/02/2012, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a Turma dar provimento à apelação por unanimidade.

6ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 13/02/2012.

Juiz Federal Sílvio Coimbra Mourthé, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Sílvio Coimbra Mourthé:

— I. Trata-se apelação interposta por Marizeth Barbosa contra sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Nazário/GO que, no exercício de jurisdição federal, julgou improcedente o pedido em embargos de terceiro, mantendo a penhora “realizada sobre o imóvel de propriedade da embargante, conforme auto de penhora de fls. 68 dos autos principais de execução fiscal...”. A sentença condenou a embargante ao pagamento de custas e de honorários, os quais foram fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (fls. 57-60).

II. Em suas razões recursais (fls. 63-70), a apelante sustentou, em síntese, que: a) os documentos juntados aos autos não têm o condão de demonstrar a ocorrência de sucessão entre a empresa executada e a Cerâmica Santa Bárbara, da qual a embargante é sócia; b) o sócio da Cerâmica Santa Bárbara Ltda., ora executado, adquiriu o imóvel em questão na data de 03/03/1994; c) a empresa executada se mudou do imóvel penhorado em abril de 1995, quatro anos antes da constituição da empresa Cerâmica Santa Bárbara Ltda., não se podendo, portanto, falar em sucessão; d) a responsabilidade pelos débitos deve recair sobre os sócios da empresa executada, identificados na execução e detentores de propriedades imóveis.

III. Sem contrarrazões (fl. 97v).

Este é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Sílvio Coimbra Mourthé:

— I. Trata-se apelação interposta por Marizeth Barbosa contra sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Nazário/GO que, no exercício de jurisdição federal, julgou improcedente o pedido em embargos de terceiro, mantendo a penhora “realizada sobre o imóvel de propriedade da embargante, conforme auto de penhora de fl. 68 dos autos principais de execução fiscal...”. A sentença condenou a embargante ao pagamento de custas e de honorários, os quais foram fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (fls. 57-60).

II. A sentença merece reparo, como passo a demonstrar.

III. Inicialmente, cumpre ressaltar a necessidade de demonstração por parte do exequente/embargado de que a sucessão, de fato, existiu. E tais provas têm que ser convincentes e examinadas caso a caso.

IV. O juízo *a quo* entendeu estar caracterizada a sucessão pelo “fato da Cerâmica Santa Bárbara Ltda. estar instalada no mesmo local de sua sucessora e explorando o mesmo ramo de atividade e a empresa sucedida ter cessado suas atividades de forma irregular em prejuízo ao erário...” (fl. 59).

V. Ocorre que o fato da empresa, dita sucessora, estar instalada no antigo endereço da executada e exercendo a mesma atividade econômica, por si só, não autoriza afirmar de forma categórica a ocorrência de sucessão. Apesar de fornecerem indícios da existência de tal situação, devem ser avaliados considerando-se todo o conjunto probatório dos autos. Nesse sentido:

Ementa:

Tributário. Mandado de segurança. Expedição de Certidão Negativa de Débitos. Sucessão tributária. Art. 133 do CTN. Ausência de comprovação.

I - Nos termos do entendimento jurisprudencial, “a imputação de responsabilidade ao suposto sucessor estará, em cada caso, atrelada à averiguação da presença concreta dos elementos que a norma elegeru como configuradores da sucessão de empresas, não bastando meros indícios de sua existência” (Voto extraído do REsp 844.024/RJ, rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 12/09/2006, DJ 25/09/2006 p. 257). Além disso, “a sucessão empresarial, hipótese de responsabilidade tributária prevista no artigo 133 do CTN, depende de prova da continuidade das atividades pelos sucessores, o que não ocorreu na hipótese dos autos (artigo 333, inciso II, CPC).” (AC 0110995-03.1999.4.01.9199/MG, rel. Des. Federal Catão Alves, Sétima Turma, e-DJF1, p. 311, de 09/04/2010).

II - Não havendo documentos nos autos que comprovem que a empresa Mineração Hércules Ltda. foi sucedida pela ora recorrida, por meio da aquisição de seu fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, não restou caracterizada, na espécie, a ocorrência da sucessão empresarial, a teor do art. 133 do CTN, sendo devida a expedição da CND pleiteada.

III - Apelação e remessa necessária desprovidas. Sentença confirmada. (AMS 0032253-59.1999.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, 8ª Turma do TRF 1ª Região, e-DJF1 de 26/11/2010)

VI. No caso dos autos, apesar de as empresas Cerâmica Santa Bárbara Ltda. e Cerâmica Dona Liça Ltda., possuírem o mesmo objeto social e também terem ocupado o mesmo endereço, em épocas diferentes,

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca e o Exmo. Sr. Juiz Federal Fausto Mendanha Gonzaga (convocado).

verifica-se que o conjunto probatório constante nos autos demonstra a inexistência de sucessão.

VII. Destaque-se o fato de que entre a mudança da empresa executada do imóvel penhorado, em 25/05/1995 (fl. 24), e o início das atividades da Cerâmica Santa Bárbara Ltda., em 15/03/1999 (fls. 10-12), decorreu quase 4 (quatro) anos. Assim, apesar de exercerem a mesma atividade econômica, no mesmo local, não há como dizer que a Cerâmica Santa Bárbara Ltda. seja sucessora da empresa executada, tendo em vista o longo período entre o fim das atividades de uma e do início da outra.

VIII. Conclui-se, portanto, pela incorrência de continuidade entre as atividades empresariais das alegadas sucedida e sucessora, condição primordial para caracterização da sucessão prevista no art. 133 do Código Tributário Nacional.

IX. Não restou comprovada a dissolução irregular da empresa executada, uma vez que, conforme se verifica na execução fiscal, as diligências ordenadas contra ela sempre foram realizadas no endereço constante na CDA, onde hoje se encontra a empresa Cerâmica Santa Bárbara Ltda. Ocorre que a empresa executada, Cerâmica Dona Liça Ltda., comunicou a

Junta Comercial de Goiás da sua mudança de endereço (fl. 24).

X. Seguindo, arbitro os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, conforme entendimento pacificado da 7ª Turma desta Corte.

XI. “Sendo a União isenta do pagamento de custas processuais, a teor do disposto no inciso I, art. 4º, da Lei 9.289/1996, somente é cabível o ressarcimento das despesas e custas que, porventura, tenham sido adiantadas pela embargante (vencedora), nos termos do parágrafo único do dispositivo em comento” (Precedente: AC 0036879-40.2010.4.01.9199/MG, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, 7ª Turma do TRF 1ª Região, e-DJF1 de 11/02/2011, p. 261).

XII. Pelo exposto, *dou provimento* à apelação para reformar a sentença e julgar procedentes os embargos, determinando a desconstituição da penhora que recaiu sobre o bem referido no auto de penhora de fl. 69 (autos em apenso). Condene o INSS ao pagamento de honorários advocatícios, os quais arbitro em 10% (dez por cento) do valor da causa, assim como ao ressarcimento das custas que, eventualmente, a embargante tenha adiantado.

É como voto.

Sétima Turma Suplementar

Numeração única: 0020576-10.2004.4.01.0000

Apelação/Reexame Necessário 2004.01.00.030153-6/DF

Relator: Juiz Federal Gláucio Maciel (convocado)
 Apelante: Conselho Federal de Medicina – CFM
 Advogados: Dr. Rubem Dario França Brisolla e outros
 Apelado: Ricardo Agnese Fayad
 Advogados: Dr. Moacyr Amâncio de Souza e outros
 Remetente: Juízo Federal da 7ª Vara/DF
 Publicação: e-DJF1 de 03/02/2012, p. 1.249

Ementa

Constitucional e Administrativo. Livre exercício profissional. Conselho Federal de Medicina. Cassação do registro profissional. Punição disciplinar a médico suspeito de tortura. Impossibilidade. Lei 6.683/1979 (Lei da Anistia). Ausência de suporte probatório. Prescrição. Não ocorrência.

I. A prescrição quinquenal para aplicar sanção a profissional acusado de ato de tortura durante o período militar que viveu no Brasil não tem início quando praticado o suposto fato, mas, sim, quando iniciada a abertura do país ao regime democrático, em 1985, ou quando o fato se tornou conhecido.

II. A lei que estabeleceu a anistia no Brasil teve caráter bilateral, aplicando-se tanto aos agentes estatais quanto aos que lutavam contra o estado de exceção, e abrange as punições administrativas apuradas por conselho de regulamentação profissional.

III. Se não há comprovação efetiva de que o profissional tenha praticado atos de tortura, contrários à ética médica, a grave punição de cassação do registro profissional deve ser anulada.

IV. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial.

7ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 13/12/2011.

Juiz Federal *Gláucio Maciel*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Gláucio Maciel: — Trata-se de apelação interposta pelo Conselho Federal de Medicina contra sentença proferida pela 7ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal, que julgou procedente a pretensão do impetrante Ricardo Agnese Fayad, médico e militar, acusado de prática de tortura, de forma a obrigar o referido Conselho a manter sua inscrição em seus quadros, haja vista a aplicação de pena de cassação do registro profissional.

Em suas razões recursais (fls. 976-1.006), o Conselho sustentou a não ocorrência de prescrição, em face da alteração legislativa em que o marco para a contagem do prazo prescricional se daria da ciência sobre o fato. Ainda sobre a prescrição, entendeu que o contexto político vigente ao tempo do fato impediria que apurasse eventual ato contrário à ética profissional. Nesse compasso, reputou não aplicável a legislação que estabelecia que a contagem do prazo prescricional se desse da ocorrência do fato. Asseverou que não seria aplicável a Lei da Anistia ao caso em tela, já que não se trata de crime político, e sim de punição disciplinar. Quanto ao fato em si que sustentou a aplicação da pena, disse que haveria suporte probatório idôneo a justificar a punição.

Contrarrazões apresentadas a fls. 1.045-1.063, em razão de irregularidade na intimação do autor quando do recebimento da apelação do Conselho.

A Procuradoria Regional da República da 1ª Região opinou pelo provimento do recurso (fls. 1.021-1.027).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Gláucio Maciel: — Trata-se de mandado de segurança interposto pelo médico e militar Ricardo Agnese Fayad em desfavor de ato do Conselho Federal de Medicina que cassou seu registro profissional, pela prática de atos de tortura no período da ditadura militar. Em primeiro grau, foi concedida a segurança, sob os argumentos de prescrição, de aplicabilidade da Lei de Anistia, bem como de ausência de lastro probatório para eventual condenação.

A questão atinente à competência do Conselho de Medicina para punir o impetrante não pode mais ser discutida. O Superior Tribunal de Justiça, analisando o REsp 259.340/DF, por sua 2ª Turma, proferiu o acórdão de fls. 764-790 e afastou a tese da impossibilidade de atuação do Conselho de Regulamentação Profissional no caso, anulando tanto a sentença quanto a decisão deste Tribunal que a havia confirmado.

Os fatos que ensejaram a cassação do registro profissional do impetrante se deram durante o regime militar. Vigendo estado de exceção, em que os direitos políticos e humanos estavam sendo violados, o código de processo ético-profissional da medicina não se fazia eficaz. Isso porque o Conselho não teria força para punir médicos que atuavam sob os ditames do governo militar, bem como para lhes aplicar as sanções cabíveis. Não havendo possibilidade de ser apurada a ocorrência do fato contrário à ética médica, não haveria de se falar em inércia do Conselho em aplicar eventual punição cabível. Somente se admitiria o início do prazo prescricional a partir da promulgação da Emenda

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Saulo José Casali Bahia (convocado).

26/1985, que representou o início da abertura do país ao regime democrático.

É de acrescentar, ainda, que a prescrição para punir o profissional que supostamente descuida do dever ético tem início a partir do conhecimento do fato pelo órgão de fiscalização profissional. O conhecimento do fato se deu em 16 de dezembro de 1986, quando o médico e militar Amílcar Lobo disse que outro médico, o impetrante, também trabalhava no batalhão militar. Tendo a instauração do processo ocorrido em 9 de março de 1988, não houve o transcurso do prazo de cinco anos de prescrição desde o surgimento do fato.

Com todo respeito ao eminente julgador de primeiro grau, a prescrição não é fundamento hábil para anular o ato administrativo.

Não obstante isso, a anistia levada a efeito pela Lei 6.683/1979 alcança o fato indicado nos autos. A lei que estabeleceu a anistia no Brasil teve caráter bilateral, aplicando-se, assim, tanto aos agentes estatais quanto aos que lutavam contra o estado de exceção. Estando a Lei de Anistia pautada em um contexto histórico específico, deve ser interpretada de forma sistemática e coerente com o ordenamento jurídico. O objetivo da promulgação da Lei 6.683/1979 foi o de sepultar os resquícios da época de exceção e tendo a norma sido interpretada em sentido amplo pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 153/DF (*DJ* 06/08/2010), em acórdão de que foi relator o Sr. Ministro Eros Grau, é defeso aplicar punições depois de sua vigência, ainda que administrativo-profissionais.

Se a Lei 6.683/1979 permitiu que não se investigasse ato criminoso praticado contra o Estado ou pelo Estado, aniquilando os efeitos jurídicos dos atos praticados antes dela, com muito mais razão se deve impedir aplicação de pena administrativa, mais branda do que a sanção criminal. A Lei de Anistia abrange, dessa forma, atos supostamente praticados contra o dever ético do profissional médico.

Descabe aplicar aqui a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a anistia prevista pela Emenda 26/1985 não se aplicaria a

punições administrativas. Isso porque não se trata de perquirir eventual acerto de punição feita pelo Estado contra o militar, mas sim de conselho profissional contra o um de seus fiscalizados, também militar, que supostamente teria agido contra a ética. A mencionada jurisprudência somente tem acerto se se discute a punição contra o militar que não se desincumbiu de todos os seus deveres enquanto membro das Forças Armadas, sem qualquer conotação com sua formação profissional anterior.

Ademais, analisando-se atentamente os autos, observa-se que não há prova bastante a justificar punição tão severa ao impetrante. O fato que, precipuamente, implicou a punição em questão foi a indicação, em processo diverso, por outro acusado, de prática de atos de tortura pelo impetrante. Não há nenhum testemunho que tenha, efetivamente, dito ter o médico Ricardo Fayad praticado tortura. Apenas, que ele era médico e trabalhava em estabelecimento militar no qual se encontravam presos políticos.

Em se tratando de um direito tão caro quanto é o livre exercício profissional, o depoimento preliminar prestado por outrem não pode ser único lastro probatório para ensejar eventual condenação. Nesse compasso, as restrições feitas ao exercício de qualquer profissão ou atividade devem obedecer ao princípio da intervenção mínima, a qual se pautaria pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A liberdade de exercício profissional, prevista no art. 5º, XIII, da Constituição, seria praticamente absoluta e qualquer restrição a ela só se justificaria se houvesse a necessidade de proteção a um interesse público superior. Como não há suporte probatório robusto, ainda que porventura se entenda descabida a Lei de Anistia, não haveria de se falar em punição administrativa, em face da ausência de comprovação fática do ocorrido.

Em face do exposto, embora não por todos os fundamentos expostos pelo douto sentenciante, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

Medida Cautelar Inominada 0004297-65.2012.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado
Requerente: Companhia Brasileira de Alumínio
Advogados: Dr. Sebastião Botto de Barros Tojal
Dr. Sergio Rabello Tamm Renault
Dra. Daniela Ubaldo Mendes Campos
Dra. Fabiana Paula Medeiros Manuel
Dr. Fernando Ferreira Alves Pereira
Dr. Gabriel Rodrigues Facchini Cerqueira
Dr. Guilherme Simões Ferreira
Dra. Luciana de Alencar Paschoalino
Dra. Luciana Mendes
Dr. Marco Aurélio Natale da Silva
Requerido: União Federal
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Publicação: e- DJF1 de 23/02/2012, p. 411

Decisão

Cuida-se de medida cautelar ajuizada pela Companhia Brasileira de Alumínio, com pedido de liminar, em face da União visando a atribuição efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido pela 5ª Turma desta Corte, nos autos da Apelação Cível 0047322-36.2000.4.01.3400, cuja ementa foi lavrada nos seguintes termos:

Administrativo. Exploração área portuária. Contrato de concessão. Renovação. Inexistência de direito. Exigência legal de prévio procedimento licitatório.

1. O contrato de concessão firmado entre as partes prevê tão-somente a possibilidade de renovação do contrato – depois de findo o termo contratual – mediante renegociação de valores e desde que haja interesse mútuo de ambas as partes. A parte contratada não tem direito subjetivo à renovação do contrato.
2. A partir do advento da Lei 8.630/93 exige-se a realização de prévio procedimento licitatório para a celebração de contrato de concessão pública.
3. Nega-se provimento ao recurso de apelação.

Contra referido julgado a requerente interpôs recurso extraordinário, fundado na alínea *a* do permissivo constitucional, alegando, em resumo, ofensa ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Nas razões desta medida cautelar, narra a requerente que ajuizou ação declaratória pleiteando ver reconhecida a validade do 1º Termo Aditivo celebrado com a Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp), relativamente ao contrato de arrendamento 090.88, o qual foi responsável pela prorrogação desse contrato até o ano de 2008, de forma a ver assegurado o alfandegamento da área. O contrato foi assinado no ano de 1988, ainda sob a égide do Decreto 59.832/1966, legislação vigente à época, que autorizava a renovação do prazo contratual. Inicialmente, ficou estabelecido o prazo de 10 (dez) anos, podendo ser renovado por igual período. Assevera que embora constasse referida cláusula permitindo a renovação, a União, por intermédio da Secretaria da Receita Federal, considerou o contrato vencido e negou-lhe validade. A ação foi julgada improcedente, ao fundamento de que a exploração portuária é direito exclusivo da União, não se podendo falar em direito adquirido do particular, além do que o termo aditivo seria inválido, haja vista o advento da Lei 8.630/1993, que previu novo regime para o arrendamento das instalações portuárias, determinando licitação prévia. Irresignada, interpôs recurso de apelação, que foi julgado improcedente pela Turma, do qual a requerente interpôs recurso extraordinário, que requer seja atribuído o efeito suspensivo.

Sustenta que se encontram presentes os requisitos do *fumus boni juris* e *periculum in mora*, de forma que postula o deferimento da liminar para atribuir efeito suspensivo o recurso extremo interposto contra acórdão proferido na Apelação 0047322-36.2000.4.01.3400, para o fim de manter o alfundegamento do terminal arrendado até o julgamento do recurso em questão.

A atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário constitui medida excepcional, uma vez que, em regra, ele é recebido apenas no efeito devolutivo, nos termos do art. 542, § 2º, do CPC. Assim, consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para a concessão de liminar exige-se a presença concomitante dos seguintes requisitos:

[...] o recurso extraordinário interposto possua viabilidade processual, caracterizada, dentre outras, pelas notas da tempestividade, do prequestionamento explícito da matéria constitucional e da ocorrência de ofensa direta e imediata ao texto da Constituição; que a postulação de direito material deduzida pela parte recorrente tenha plausibilidade jurídica e que se demonstre, objetivamente, a ocorrência de situação configuradora do *periculum in mora* (AC 2798 ED / PR, rel.: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe-070 de 13.04.2011; AC 1420 MC-AgR / RS, rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe-157 de 2208/2008).

No caso, a requerente alega, em síntese, que o *fumus boni juris* repousa violação ao art. 5º, XXXVI, da Constituição, visto que está demonstrado que é perfeitamente válido o 1º Termo Aditivo do contrato 090.88, celebrado entre a requente e a Copesp, tudo na mais fiel observância à intangibilidade do ato jurídico perfeito. No pertinente ao *periculum in mora*, aduz que decorre da possibilidade de toda coletividade e da própria autora serem prejudicados com a paralisação do serviço público prestado no terminal portuário.

Assim posta a questão, passo a apreciar o pleito da requerente.

Observa-se das razões da requerente, que sua pretensão recursal esta fundada no art. 5º, XXXVI, Constituição Federal, sob alegação de ofensa ao ato jurídico perfeito. Tenho, contudo, que a verificação, no caso concreto, da ocorrência, ou não, de violação ao ato jurídico perfeito, quando objeto de verificação de cada caso concreto, não desafiam a instância extraordinária, posto implicar análise de matéria infraconstitucional. Nesse sentido: RE 590410 AgR / MG, rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe-216 de 14/11/2008; RE 583857 AgR / RJ, rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe-156 de 16/08/2011; AI 746091 AgR / SP, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe-181 de 21/09/2011. Não demonstrado, pois, a ofensa direta e imediata ao texto da Constituição.

Essa situação permite concluir que não está configurado o requisito do *fumus boni iuris*, porquanto ausente o indicativo da probabilidade de êxito do recurso extremo, razão por que ausente o pressuposto de procedibilidade do recurso.

Cumpra destacar, por fim, que o Supremo Tribunal Federal tem entendimento no sentido de que a cautelar para outorga de eficácia suspensiva a recurso extraordinário constitui medida que se exaure em si mesma, não demandando citação e tampouco contestação, visto que não qualquer vinculação com o litígio subjacente à causa (AC 2096 QO2-MC / RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe-075 de 24/04/2009; Pet 1886 AgR-QO/RS, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ de 31/03/2006, p. 30).

Ante o exposto, ausente um dos pressupostos autorizadores, indefiro liminarmente a medida cautelar.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 15 de fevereiro de 2012.

Desembargador Federal *José Amílcar Machado*, vice-presidente.

Numeração única: 0002890-16.2002.4.01.3802

Apelação Criminal 2002.38.02.002862-1/MG

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes
Recorrente: Wesley Portela
Advogado: Dr. Vianey Augusto de Andrade
Recorrido: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Paulo Queiroz
Publicação: e-DJF1 de 24/02/2012, p. 2

Despacho

Wesley Portela interpôs recurso especial (fls. 387-390) em face do acórdão proferido pela Terceira Turma deste Tribunal, que “deu parcial provimento à apelação, apenas para reduzir as penas, na forma do presente voto”, pelo cometimento do crime tipificado no art. 183 da Lei 9.472/1997. Instado a se manifestar, o MPF pugna pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

Com a publicação da Lei 12.234, de 5 de maio de 2010, que alterou o art. 110, § 1º, do Código Penal, foi excluída do ordenamento jurídico a possibilidade de se considerar a prescrição retroativa que tome qualquer evento anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa como marco inicial do lapso prescricional. Contudo, por tratar a prescrição de tema eminentemente de direito material, não pode a lei retroagir para agravar a situação do réu na hipótese de crime cometido antes da vigência do novo texto legal, por ser vedada a *novatio legis in pejus*.

Cuidando-se de evento delitivo consumado ainda quando vigorava a redação antiga do art. 110, § 1º, do Código Penal, é imperioso, portanto, que se atente até mesmo para o momento em que foi deflagrado o ilícito penal. No caso, entre a data do recebimento da denúncia, que se deu em 31/10/2002 (fl. 51) e a prolação da sentença condenatória, ocorrida em 28/04/2008 (fl. 294), transcorreu prazo superior a 4 (quatro) anos, pelo que incide a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade intercorrente, pela pena em concreto, na forma do art. 110, § 1º, c/c o art. 109, V, ambos do Código Penal (redação anterior à Lei 12.234/2010), tendo em vista que até mesmo eventual acréscimo da pena privativa de liberdade decorrente da continuidade delitiva não deve ser levado em consideração para o cálculo do prazo prescricional, razão por que é de se reconhecer a incidência da prescrição da pretensão punitiva, nos termos dos arts. 61 do Código de Processo Penal e 21, XXXIII, g, do RITRF1.

Pelo exposto, decreto a extinção da punibilidade quanto ao delito descrito no art. 183 da Lei 9.472/1997, imputado a Wesley Portela, com fundamento nos arts. 110, § 1º, e 109, V, do Código Penal, em face da ocorrência da prescrição, e determino o arquivamento dos autos no juízo de origem, com as comunicações e anotações de estilo. Julgo prejudicado o recurso especial.

Intimem-se.

Brasília, 15 de fevereiro de 2012.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, presidente.

Numeração única: 0003373-70.2007.4.01.3802

Apelação Criminal 2007.38.02.003373-8/MG

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães
 Apelante: Iracema de Souza Rocha
 Advogado: Dr. Jair César Ferreira
 Apelada: Justiça Pública
 Procurador: Dr. Frederico de Carvalho Paiva
 Publicação: e-DJF1 de 27/02/2012, p. 56

Decisão

Processo a mim distribuído em 1º/12/2011 (fl. 252). Autos conclusos em 07/12/2011 (fl. 256), com parecer da PRR/1ª Região pela prescrição da pretensão punitiva, pela pena *in concreto*, de forma retroativa (fls. 254-255).

Trata-se de apelação, interposta por Iracema de Souza Rocha (fls. 243-244), contra sentença, proferida pelo ilustre Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção de Uberaba/MG, que a condenou pela prática do delito previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal, a 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, substituindo, em seguida, a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (CP, art. 44, § 2º).

No caso, em face do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação (fl. 232), a prescrição da pretensão punitiva do Estado regula-se, desde então, pela pena *in concreto*, nos termos do art. 110, §1º, do Código Penal.

Sendo assim, considerando a pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, fixada em sentença, o prazo prescricional da pretensão punitiva estatal é de 4 (quatro) anos, nos termos do art. 109, V, do Código Penal. Porém, em razão de a ré possuir *mais de 70 anos*, na data de prolação da sentença condenatória (17/06/2011, fl. 231), porquanto nasceu em 02/02/1932 (fl. 33), o prazo prescricional deverá ser reduzido à metade, conforme disposto no art. 115 do Código Penal. Assim, o prazo prescricional, no caso, será *de 2 (dois) anos*.

Verificado, que entre a consumação do delito (praticado de 07/07/1993 até 02/05/2002 – fl. 04) e o recebimento da denúncia, em 26/07/2007 (fl. 58), houve o transcurso de lapso temporal superior a 2 anos, não sendo aplicável, ao caso – por se tratar de norma de Direito Penal mais gravosa à ré e posterior à ocorrência do delito –, a vedação contida na nova redação do art. 110, § 1º, do Código Penal, dada pela Lei 12.234/2010, dúvida não há quanto à consumação da prescrição da pretensão punitiva estatal, pela pena *in concreto*, de forma retroativa.

Diante do exposto, declaro extinta a punibilidade de Iracema de Souza Rocha, em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal, pela pena *in concreto*, de forma retroativa, com base no art. 29, XIV, do RITRF 1ª Região, e, em consequência, julgo prejudicada sua apelação (fls. 243-244), com fulcro no art. 29, XXII, também do RITRF 1ª Região.

Sem recurso, encaminhem-se os autos à origem.

Intimem-se. Cumpra-se.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2012.

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*, relatora.

Agravo de Instrumento 0007999-19.2012.4.01.0000/GO

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente
Agravante: Município de Goiânia/GO
Procuradores: Dra. Juliana Paschoal Lemos
Dra. Adriana Guimaraes Xavier Thome
Dra. Ana Cristina Veloso e Silva
Dra. Anne Cristina Godoi Naves
Dr. Carlos Eduardo de Paula Itacaramby
Dra. Célia Regina de Moraes e Silva da Costa
Dra. Carmen Suneli Terêncio Vaz
Dra. Cenen Carla Natividade Gomes
Dr. Dalmir Batista da Silva
Dr. Dionísio Pereira Machado
Agravada: União Federal
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Agravada: Caixa Econômica Federal – CEF
Publicação: e-DJF1 de 28/02/2012, p. 205-206

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão proferida pelo douto Juízo da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Goiás, que, nos autos da ação ajuizada pelo *Município*

de Goiânia/GO contra a União Federal e outros, revogou decisão anteriormente proferida e indeferiu o pedido de antecipação da tutela ali formulado, no sentido de que fosse assegurado ao autor o direito ao repasse dos convênios descritos nos autos, independentemente da inscrição de seu nome em cadastros de inadimplentes.

Em suas razões recursais, insiste o agravante na concessão da almejada antecipação da tutela postulada nos autos de origem, reiterando os fundamentos deduzidos perante o juízo monocrático, destacando que, na espécie, a eventual restrição de seu nome em cadastros de inadimplentes não tem o condão de privar toda a comunidade dos serviços que serão prestados em razão de convênios celebrados com os órgãos federais, motivo pelo qual requer a concessão de efeito suspensivo, para que lhe seja deferida a tutela pretendida, até o pronunciamento definitivo da Turma julgadora.

Não obstante os fundamentos em que se amparou a decisão agravada, vejo presentes, na espécie, os pressupostos do art. 558 do CPC, a autorizar a concessão da almejada antecipação da tutela recursal, na medida em que a pretensão recursal deduzida pela agravante afina-se com o entendimento jurisprudencial que este egrégio Tribunal vem dispensando à matéria, no sentido de que

[...] afigura-se legítima a exclusão da inscrição do nome do município no cadastro do Siafi e Cadin, até que seja efetivada a Tomada de Contas Especial, referente a convênio celebrado, na Administração anterior. Ademais, a inscrição da entidade municipal, em cadastro de inadimplentes, contraria o disposto no art. 4º, IX, da Instrução Normativa 35/2000, do colendo Tribunal de Contas da União, no sentido de que apenas o nome do responsável pelas contas municipais é que deve ser inscrito nos cadastros restritivos de crédito, no intuito de preservar-se o interesse público e não se penalizar toda a população local (AMS 2005.34.00.036816-8/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente, Sexta Turma, e-DJF1 de 08/09/2008).

Nesse mesmo sentido, confirmam-se os seguintes julgados proferidos pelo colendo Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria:

Processual Civil e Comercial – Medida cautelar – Inscrição – Débito – Sistemas de proteção ao crédito – Recurso especial – Efeito suspensivo – Possibilidade

Pedido de eliminar, que se defere para agregar efeito suspensivo a recurso especial, voltado contra acórdão que determinou a inscrição do nomeado devedor nos sistemas de proteção ao crédito (SERASA, SCI, CADIN, CADIP), quando pendente de discussão judicial o valor do quantum debeatur.

Liminar concedida e referendada pelo colegiado.”

(MC 2542/SP – rel. Min. Waldemar Zveiter – STJ/Terceira Turma – Unânime – DJU de 11/04/2000).

“SPC – Serasa – Cadin – Exclusão do registro – Liminar – Pendência de ação ordinária.

Não cabe a inclusão do nome do devedor em bancos particulares de dados (SPC, CADIN, SERASA) enquanto é discutido em ação ordinária o valor do débito, pois pode ficar descaracterizada a inadimplência, causa daquele registro.

Recurso conhecido, pelo dissídio, e provido para deferir a liminar.” (Resp 188390/SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 22/03/1999; no mesmo sentido Resp. 191.326, rel. Min. Barros Monteiro, DJU 5/4/1999).

Com estas considerações e tendo em vista que a tutela pretendida ajusta-se às hipóteses do art. 558, do CPC, *defiro* o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial, sob a rubrica de efeito suspensivo, para assegurar ao município recorrente o direito à formalização de convênios com órgãos federais, bem assim, ao repasse financeiro daí decorrente, independentemente da inclusão do seu nome em cadastros de inadimplentes, até o pronunciamento definitivo da Turma julgadora.

Intimem-se as promovidas, com urgência, via FAX, para fins de ciência e imediato cumprimento desta decisão, e, também, para as finalidades do art. 527, V, do CPC, cientificando-se, ainda, o juízo monocrático.

Publique-se. Intime-se a União Federal.

Brasília, 22 de fevereiro de 2012.

Desembargador Federal *Souza Prudente*, relator.

Numeração única: 0000364-98.2006.4.01.3814

Apelação Cível 2006.38.14.000363-0/MG

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves
Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Apelada: Maria do Rosário Soares Paula Rocha
Advogado: Dr. Antônio Mário Pereira Soares
Remetente: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Ipatinga/MG
Publicação: e-DJF1 de 24/02/2012, p. 235

Decisão

Trata-se de apelação interposta pelo INSS em desfavor da sentença que assegurou à autora a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez desde a cessação do último benefício de auxílio-doença que lhe estava sendo pago, com o pagamento das prestações correlatas.

Correção monetária sobre as prestações devidas e juros de mora de 1% a contar da citação.

Honorários a cargo do INSS estabelecidos em 10% das parcelas vencidas até a prolação da sentença.

Sem custas.

Houve remessa.

O ente público recorre do referido comando, sustentando, em resumo, a ausência do direito ao benefício requestado porque a condição patológica da autora decorreu de sua não adesão ao tratamento médico adequado, conforme descrito no laudo pericial. Sustenta ainda que a autora é portadora de uma incapacidade temporária, e que esse quadro não autoriza a concessão da aposentadoria por invalidez.

Fustiga, ainda, a obrigatoriedade de ajuizamento de ação judicial com vistas a um eventual cancelamento do benefício, visto que se na esfera administrativa vier a ser apurada a recuperação laboral da autora não há razão para que se acione o aparelho judiciário a fim de sustação da prestação.

Contrarrazões a fls. 90-101 e pedido de antecipação de tutela a fls. 102-105.

Sucintamente relatados, *decido*.

Não há razoabilidade na pretensão recursal do INSS.

Em primeiro lugar, transcende o absurdo o argumento de que a autora não faz jus ao benefício que pediu por não ter “aderido ao tratamento adequado para a sua patologia”. Em primeiro lugar, não é verdadeira a afirmação nesse sentido formulada pelo INSS, já que a perita do juízo em momento nenhum disse que a autora não aderiu ao tratamento, mas apenas que a medicação por ela utilizada, e certamente prescrita por outro profissional da área médica, não era forte o suficiente para o grau de depressão que ela, a perita, havia diagnosticado. Por outro lado, é claro, para qualquer leigo até, que em se tratando de uma doença de natureza psiquiátrica, não se pode imputar ao paciente eventuais dificuldades de “adesão ao tratamento”.

Seria o mesmo que dizer que uma pessoa portadora de anorexia em estado grave não faz jus a uma prestação previdenciária por ter ela própria causado o seu estado de debilidade física.

Sem comentários!

No que se refere à incapacidade da autora, verifico que o só fato de a perita do juízo não ter consignado a sua irreversibilidade não impede, na espécie, o deferimento da prestação, justamente pelo fato de que o caráter temporário da patologia em comento tem a ver, exclusivamente, com a possibilidade, em tese, de seu controle, e não com uma expectativa temporal precisa de quando ele vai ocorrer (e se é que vai), hipótese em que o benefício adequado seria o de auxílio-doença.

É saber, quando um segurado é acometido de um problema ortopédico em relação ao qual a recuperação é prevista para um prazo de, por exemplo, seis meses, o benefício consentâneo com essa situação é o de auxílio-

doença. É diferente, contudo, no caso dos autos, pois a autora está há muito tempo acometida de um transtorno mental que, mesmo não sendo irreversível (como ocorre, por exemplo, com a esquizofrenia), não permite o estabelecimento de um prazo específico de recuperação, que inclusive pode não vir a ocorrer.

Tal o contexto, enquanto acometida da depressão incapacitante a autora estará impossibilitada de exercer qualquer atividade laboral, não sendo razoável que a ela seja deferido apenas o auxílio-doença, à premissa de que algum dia poderá voltar à atividade.

Aliás, sensível à real situação da autora, o Instituto de Previdência do Estado de Minas Gerais já deferiu o benefício de aposentadoria por invalidez em seu favor (decorrente do vínculo estatutário por ela mantido com a referida unidade da Federação), tendo considerado que ela estava definitivamente incapacitada para o seu labor (fls. 62), fato que reforça a ausência de razoabilidade na postura beligerante do INSS.

Por fim, constatando-se a recusa insistente do apelante em deferir a prestação em testilha, desborda do razoável pretender-se que ele possa a qualquer tempo efetuar uma nova análise do quadro clínico da autora, e por conta disso até mesmo cancelar a sua própria conclusão anterior pela ausência de invalidez, a despeito da decisão judicial já exarada em sentido contrário.

Por essa razão, não se mostra inadequada a explicitação sentencial de que, observada a similaridade das formas, o benefício judicialmente deferido poderá ser sustado a qualquer tempo.

Em face do exposto, e com lastro no art. 557 do CPC, já que manifesta a improcedência da apelação, a ela nego seguimento.

Considerando a superveniência da Lei 11.960/2009 em relação à sentença, explícito que a correção monetária será feita com base nos índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aplicando-se o IPCA-E a partir da entrada em vigor da referida norma (pois a TR é imprestável para esse fim), momento em que também os juros moratórios são reduzidos para 0,5% ao mês.

Ao fim, verificando a natureza alimentar do benefício e a presença dos requisitos necessários, defiro a antecipação de tutela requerida e assim determino ao INSS que proceda à implantação da aposentadoria por invalidez no prazo máximo de 15 dias.

Registro, por importante, que esta ordem antecipatória deve ser cumprida independentemente da interposição de agravo interno pela autarquia, recurso que, caso oposto, será analisado no momento oportuno.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 7 de fevereiro de 2012.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, relatora

Numeração única: 0007722-29.2009.4.01.3000

Recurso inominado 2009.30.00.900904-3/AC

Relatora: Juíza Federal Substituta Luciana Raquel Tolentino de Moura
Recorrido: Maria Rosângela da Silva Melo
Advogados: Dr. Andresson S. Bomfim
Dra. Sílvia Maria Baeta Minhoto
Recorrente: Caixa Econômica Federal
Advogado: Dr. Augusto Cruz Souza
Publicação: e-DJF1 de 22/02/2012, p. 93

Civil e Processual Civil. Seguro obrigatório (DPVAT). Pagamento via internet banking. Ausência de repasse ao Detran. Indenização por danos morais. Recurso desprovido.

I. Sentença julgou procedente o pedido da autora, condenando a Caixa ao pagamento do valor de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) a título de dano moral, bem como a restituir o valor de R\$ 255,13 (duzentos e cinquenta e cinco reais e treze centavos), corrigido monetariamente e acrescido de juros no valor de 1% desde a data do pagamento.

II. Recurso da Caixa: alega a inexistência de dano moral sofrido pela autora; aduz que, se mantida a condenação, há desproporção entre o dano sofrido e o valor da indenização.

III. Apresentadas contrarrazões.

IV. Avaliação:

1 - Autora afirma que efetuou pagamento do DPVAT junto à recorrente, Caixa Econômica Federal, por meio do internet banking, mas que referido valor não foi repassado ao Detran, em razão de não existir convênio com o Detran AC, passando por inadimplente em blitz.

2 - O dano sofrido pela autora não se limitou à efetivação de um segundo pagamento do DPVAT, por meio do caixa eletrônico do Banco do Brasil, mas também à situação constrangedora de ser reputada inadimplente frente à blitz em que foi abordada.

3 - Conforme destacado na sentença recorrida, a Caixa Econômica Federal, ao aceitar o pagamento e emitir o recibo, responsabilizou-se pelos efeitos advindos do pagamento.

4 - O valor da indenização por danos morais não pode ser módico, de forma a representar ausência de sanção efetiva ao ofensor; nem excessivo, a fim de evitar o enriquecimento sem causa da vítima, revelando-se justa e alinhada à jurisprudência dos Tribunais, a condenação em R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais).

V. Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida.

VI. Custas e honorários advocatícios pela Caixa, estes fixados em R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais).

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado do Acre – 15/02/2012.

Juíza Federal Substituta *Luciana Raquel Tolentino de Moura*, relatora.

Numeração única: 0008558-36.2008.4.01.3000

Recurso inominado 2008.30.00.903584-7/AC

Relatora: Juíza Federal Substituta Luciana Raquel Tolentino de Moura
Recorrente: Darci da Silveira
Advogado: Dr. Thales Arcoverde Treiger
Recorrida: Fazenda Nacional
Publicação: e-DJF1 de 22/02/2012, p. 93

Tributário. Contribuição previdenciária. Construção civil. Imóvel residencial familiar. Ampliação de área para além dos limites ensejadores da isenção da contribuição. Recurso desprovido.

I. Sentença julgou improcedente o pedido do autor (anulação de crédito tributário relativo à contribuição previdenciária incidente sobre salário de contribuição referente à utilização de mão de obra para realização de obra na construção civil), considerando que a área construída do imóvel do autor é superior ao limite de isenção para pagamento das contribuições previdenciárias, isto é, 70m².

II. Recurso apresentado pelo autor: alega que as multas foram impostas indevidamente, já que o limite de 70m² refere-se à área na qual se realiza a obra, e não à área total da propriedade, e que, no caso, a propriedade possuía 49,66m², chegando a 86,59m² após a reforma; afirma também que na obra não foi empregada mão de obra assalariada, sendo a mesma realizada pelo autor e seus irmãos.

III. Apresentadas contrarrazões.

IV. Avaliação: Segundo o art. 30 da Lei 8.212/1991 c/c art. 278 do Decreto 3.048/1999, para a dispensa do pagamento de contribuição destinada à seguridade social, devem ser satisfeitos, cumulativamente, os seguintes requisitos: 1) ser a construção residencial unifamiliar, destinada ao uso próprio, do tipo econômico; 2) ser executada sem mão de obra assalariada; e, 3) com área total não superior a setenta metros quadrados.

No caso, apesar da construção ser residencial unifamiliar e de não ter sido empregada qualquer mão de obra assalariada, a área total da construção residencial ultrapassa 70m². É que após a ampliação do imóvel do autor em 36,93m², a área total construída do imóvel passou a ter a dimensão de 86,59 m².

Segundo jurisprudência do STJ, "1. A isenção estabelecida pela Lei 8212/1991 da contribuição previdenciária sobre a construção de residência familiar só se aplica aos imóveis que possuam, dentre outros requisitos, área inferior a 70m². 2. Construtor que amplia seu imóvel além dos limites de área beneficiada de isenção fiscal deve recolher a contribuição previdenciária sobre toda a construção, e não apenas sobre a ampliação". (REsp 645.047/CE, STJ, Segunda Turma, rel. Min. Humberto Martins, data do julgamento: 02/04/2009, data da publicação/fonte: DJe 06/05/2009). Sendo a área total construída do imóvel do autor de 86,59 m², devida a cobrança efetuada pela União.

V. Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida.

VI. Sem custas e sem honorários.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado do Acre – 15/02/2012.

Juíza Federal Substituta *Luciana Raquel Tolentino de Moura*, relatora.

Recurso inominado 0000536-09.2012.4.01.9350/GO

Relator: Juiz Federal Marcelo Meireles Lobão
 Recorrente: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS
 Recorrido: Hélio Freitas Braga
 Advogados: Dr. Nair Leandro Chaves dos Reis e outro(s)
 Publicação: e-DJF1 de 29/02/2012, p. 994-995

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo INSS contra decisão que antecipou os efeitos da tutela e determinou o restabelecimento do benefício de auxílio-doença.

O INSS alega não estarem presentes os requisitos para antecipação da tutela. Sustenta que “não há prova inequívoca a favor da pretensão do agravado; ao revés, há prova contrária às suas aspirações, qual seja, perícias médicas realizadas pelos médicos do INSS que concluíram que a parte autora estava apta para o trabalho”. Aduz por fim que “a antecipação de tutela para a concessão de benefício previdenciário ocasiona a irreversibilidade do provimento, haja vista que o patrimônio da parte autora é desconhecido, bem assim que este não faz qualquer tipo de caução para garantir a reversão do provimento antecipatório”. Requer a suspensão da antecipação dos efeitos da tutela.

É o breve relato.

Decido

O princípio (ou critério) da prova tarifada não foi acolhido pelo direito processual pátrio. De sorte, não prospera a alegação de que a perícia judicial, intrinsecamente, possui valor probatório superior ao das demais provas produzidas pelas partes. Em outros termos, não apenas a prova técnica tem a vocação de firmar o convencimento do magistrado, o qual tem liberdade para transitar nos autos e recolher dali outros elementos igualmente idôneos e valorá-los a fim de formar o seu conceito acerca da questão que lhe é posta.

Em vista do princípio da comunhão da prova, não cabe reduzir a matéria probatória a uma espécie de compensação entre provas produzidas por cada parte, como se uma anulasse o valor da outra. Além disso, a presunção de legitimidade dos atos administrativos é meramente relativa, podendo ceder à vista de outras provas.

Neste sentido o julgado da Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência da 1ª Região:

Entendo que as provas da continuidade da incapacidade laboral, consistentes nos laudos médicos anexados com a inicial pelo beneficiário, são suficientes para sustentar de forma razoável a veracidade das alegações ali vertidas, pois no juízo perfunctório em que se lastreia a antecipação da tutela não se pode exigir que a prova seja contundente, mas sim, que haja, pelo menos, início de prova do alegado.

Ademais, quando se trata de restabelecimento de benefício, o INSS, através de seus peritos, já admitiu a existência da incapacidade laboral do segurado durante certo período, sendo que o conflito entre os laudos, particular e administrativo, se concentra na permanência da impossibilidade para o exercício da atividade profissional e não na existência da enfermidade. Em se tratando de pedido em razão da perpetuação da incapacidade, milita em favor do segurado, em regra parte hipossuficiente, a presunção relativa em relação aos atos praticados pela administração, pois a pesquisa técnica do órgão previdenciário não pode possuir credibilidade inquestionável. Em juízo, as provas trazidas pela parte autora – laudos médicos – e pelo INSS, devem ter a mesma valoração, pois ambas foram produzidas de forma unilateral.

Decidir com fundamento exclusivamente na supremacia absoluta dos atos administrativos em relação aos administrados, como corolário da presunção (relativa) de legalidade de que são predicados, culminaria por submeter o ordenamento jurídico e o Judiciário à primazia do Executivo, além de afastar a possibilidade do efetivo e eficaz controle de suas manifestações de vontade, de molde a assegurar direitos vitais irrenunciáveis, dentre eles o direito à preservação da vida e da saúde do cidadão. Ademais o acórdão recorrido, de caráter provisório, está fundamentado, ainda, na premissa consistente na configuração do *periculum in mora* inverso, dada a natureza alimentar da verba, decorrente da probabilidade de demora no provimento judicial definitivo, em especial, quanto à realização da perícia médica para aferição da real condição física do autor. Nesse contexto, tenho como perfeitamente possível que o magistrado entenda presente o pressuposto da verossimilhança das alegações, baseando-se nos laudos médicos anexados ao pedido. Obviamente, essas circunstâncias deverão ser analisadas caso a caso (2007.34.00.914029-8, Juíza Federal Carmem Elisângela Dias Moreira de Resende, julgado em 11/02/2010).

No caso, a decisão combatida está lastreada em quadro probatório robusto.

A decisão agravada concluiu que “Embora a autarquia ré, mediante a perícia médica, tenha considerado a parte autora apta para o trabalho, consta nos autos relatório médico contemporâneo (emitido em 18/08/2011), subscrito por especialista (Dr. Flávio Madeira), que atesta a permanência do quadro de incapacidade para o trabalho e a necessidade de afastamento das atividades laborais”.

Desse modo, não vislumbro situação caracterizadora de dano irreparável à parte agravante, capaz de justificar a concessão do pretendido efeito suspensivo. Ao contrário, dano irreparável ocorrerá em relação à parte agravada caso a antecipação de tutela seja suspensa.

Ante o exposto, nego o pedido de efeito suspensivo.

Intime-se a parte agravada para apresentação de resposta.

Oportunamente, façam os autos conclusos.

Goiânia, 3 de fevereiro de 2012.

Juiz Federal *Marcelo Meireles Lobão*, relator.

Numeração única: 0031650-16.2008.4.01.3300

Recurso inominado 2008.33.00.711730-0/BA

Relator: Juiz Federal Valter Leonel Coelho Seixas
 Recorrente: Gardênia Maria Fernandes de Araújo Falk
 Advogados: Dra. Inae Gonçalves Machado
 Dr. Wiliam Ferreira Evangelista
 Recorrido: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS
 Recorrida: Clara Mônica da Silva Ferreira
 Procurador: Dr. Leonardo Lima Nazareth Andrade
 Publicação: e-DJF1 de 27/02/2012, p. 325

Súmula de julgamento previdenciário. Pensão por morte. Ex-mulher separada judicialmente. Dependência econômica não demonstrada. Recurso desprovido.

I. Para concessão do benefício de pensão por morte, segundo a legislação previdenciária, é necessária a comprovação do óbito, da qualidade de segurado do falecido e da qualidade de beneficiário da parte interessada.

II. Inexistindo questionamento acerca dos dois primeiros requisitos, cumpre apenas a demonstração da qualidade de beneficiária da autora, e não há nos autos documentos suficientes à comprovação desta condição. Com efeito, o documento acostado à fl. 106 faz prova justamente em sentido contrário, demonstrando que o falecido pagava pensão alimentícia aos filhos, não à ex-mulher, restando evidenciado que a autora não requereu, na ocasião própria, pensão alimentícia em seu nome, afastando, assim, o requisito dependência econômica.

III. Provado que a autora recebia valores do *de cujus* a título de pensão alimentícia na qualidade de representante dos filhos, os documentos referentes aos aludidos pagamentos não robustecem a tese da sua dependência econômica. Do mesmo modo, a manutenção dos pagamentos em seu nome mesmo após a maioridade dos descendentes, sem outras provas em contrário, deve ser tributada à manutenção da relação jurídica que vinha sendo antes travada, notadamente em razão de que a filha continuou a fazer jus à pensão porquanto era estudante universitária.

IV. É cediço que se a autora de fato dependesse do falecido teria pleiteado a pensão, como mostrou saber fazer na ocasião em que moveu a competente demanda para proteger o direito dos filhos.

V. Recurso desprovido. Sentença mantida por seus próprios fundamentos.

VI. Acórdão integrativo proferido nos termos do art. 46 da Lei 9.099/1995, e art. 40 da Resolução 10/2002, da Presidência do TRF 1ª Região.

VII. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, entretanto com exigibilidade suspensa em razão dos benefícios da justiça gratuita

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento ao recurso da parte autora.

1ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária da Bahia – 23/02/2012.

Juiz Federal *Valter Leonel Coelho Seixas*, relator.

Numeração única: 0021609-60.2008.4.01.3600

Recurso inominado 2008.36.00.902161-5/MT

Relator: Juiz Federal Jeferson Schneider
 Recorrente: Juscilene Rosa dos Santos
 Advogados: Dr. Jatabairu Francisco Nunes
 Dra. Adaiane Tonha Galvão
 Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Publicação: e-DJF1 de 16/03/2012, p. 1.775

Ementa

Previdenciário. Auxílio-reclusão. Verbas de natureza extraordinária. Baixa renda não comprovada. Art. 333, I, CPC. Benefício indevido.

I. Dentre os requisitos legais para a concessão do benefício auxílio-reclusão estão os seguintes:

1) manutenção da qualidade de segurado e de dependente previdenciário; 2) o segurado não deve estar recebendo nenhuma remuneração ou proventos decorrentes de benefício previdenciário; 3) a concessão restringe-se aos dependentes dos segurados de baixa renda (art. 80 da Lei 8.213/1991).

II. No presente caso, o recolhimento do segurado à prisão ocorreu em 10/10/2007, conforme alegado na inicial. Logo após, em 12/11/2007, a autora requereu administrativamente o auxílio-reclusão, que foi indeferido pela autarquia previdenciária em razão de que o último salário de contribuição era superior ao previsto na legislação. A questão posta, a saber, é sobre se deve ser incluído no conceito de “renda bruta mensal”, expressão utilizada pela Emenda Constitucional, as verbas salariais eventuais.

III. O magistrado prolator da sentença, no caso dos autos, tomou o cuidado de realizar uma média salarial do recorrente para aferir se o valor do último salário teria sido muito superior aos anteriores. Porém, realizados os cálculos, verificou que a média salarial do último ano ultrapassava R\$ 800,00, isto é, superior ao valor do último salário, R\$ 766,13, e muito além do limite máximo permitido pela Constituição Federal, R\$ 676,27 (Portaria 142/2007, do Ministério da Previdência Social).

IV. Recurso desprovido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso – 14/03/2012.

Juiz Federal *Jeferson Schneider*, relator.

Numeração única: 0024282-89.2009.4.01.3600

Recurso inominado 2009.36.00.902710-2/MT

Relator: Juiz Federal Jeferson Schneider
Recorrido: Gabriel Pereira de Alencar
Advogada: Dra. Giselda Natália de Souza Winck
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Publicação: e-DJF1 de 16/03/2012, p. 1.777-1.778

Ementa

Assistência social. Benefício de prestação continuada. Pessoa portadora de deficiência. Menor de idade. Possibilidade. Restrição na participação social. Hipossuficiência econômica. Benefício devido. Sentença mantida. Recurso improvido

I. A concessão do benefício assistencial a menor é perfeitamente legal e possível à luz da legislação. Segundo o § 1º, do art. 4º, do Decreto 6.214/2007, com a redação dada pelo Decreto 7.617/2011, para fins de reconhecimento do direito ao benefício de prestação continuada às crianças e adolescentes menores de dezesseis anos de idade, deve ser avaliada a existência da deficiência e o seu impacto na limitação do desempenho de atividade e restrição da participação social, compatível com a idade. E, ainda, no texto do mesmo parágrafo revogado, constava expressamente ser, no caso de menor, dispensável a avaliação da incapacidade para o trabalho.

II. Interpretando esse mesmo dispositivo e, ainda, com maior extensão, a TNU decidiu que “ao menor de dezesseis anos, ao qual o trabalho é proibido pela Constituição, salvo o que se veja na condição de aprendiz a partir dos quatorze anos, bastam a confirmação da sua deficiência, que implique limitação ao desempenho de atividades ou restrição na participação social, compatíveis com sua idade, ou impacto na economia do grupo familiar do menor, seja por exigir a dedicação de um dos membros do grupo para seus cuidados, prejudicando a capacidade daquele familiar de gerar renda, seja por terem que dispor de recursos maiores que os normais para sua idade, em razão de remédios ou tratamentos; confirmando-se ainda a miserabilidade de sua família, para que faça jus à percepção do benefício assistencial previsto no art. 203, inc. V, da Constituição e no art. 20 da Lei 8.742/1993” (PEDILEF 200783035014125, rel. Juiz Federal Manoel Rolim Campbell Penna, TNU, DOU 11/03/2011).

III. No caso concreto, a não impugnada incapacidade do recorrido – é portador de *Refluxo Vesico Ureteral, Bexiga Neurogênica e Insuficiência Renal Crônica desde o nascimento*; a doença vem se agravando com o passar dos anos, com surgimento de insuficiência renal crônica; a doença encontra-se em fase evolutiva com refluxo vesico ureteral e bexiga neurogênica que facilitam o surgimento de infecções de repetição e que acarretam em piora da insuficiência renal; a parte autora necessita do auxílio de terceiros para cateterismo vesical – dá a exata idéia do comprometimento de sua inserção social, assim como das despesas com tratamento e medicamentos, ademais da necessidade de ajuda de terceiros.

IV. Quanto à miserabilidade da família, segundo o laudo sócio-econômico, o menor de 14 anos mora com sua mãe de 39 anos, que com o trabalho gera a única fonte de renda da família no valor de um salário mínimo. Destarte, essa TR tem reiteradamente decidido no sentido de que a renda *per capita* familiar a ser adotada para a Loas é a fração de ½ salário mínimo, teto este não violado no caso concreto.

V. O juiz não está obrigado a esquadriñar todos os argumentos jurídicos deduzidos pelas partes, os quais não se confundem com fundamentos jurídicos.

VI. Recurso desprovido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso – 14/03/2012.

Juiz Federal *Jeferson Schneider*, relator.

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

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Anulação de auto de infração que redundou em multa e perdimento de mercadoria. Fixação da competência pela matéria de fundo. Ato administrativo. Competência da Terceira Seção. Art 8º, § 7º, com a redação dada pela Emenda Regimental 7/2010.

Versando o feito sobre a anulação de atos administrativos praticados pela Agência Nacional do Petróleo – ANP e que culminaram na autuação da autora e imposição de sanções (multa e perdimento de mercadoria), resta evidenciada a competência da Terceira Seção, a quem compete processar e julgar feitos relativos a atos administrativos em geral, não incluídos na competência de outra seção (inteligência do art. 8º, § 3º, I, combinado com os seus §§ 5º e 7º do Regimento Interno deste Tribunal, com a redação dada pela Emenda Regimental 07/2010).

Numeração única: 0011236-61.2003.4.01.3400

Conflito de Competência 2003.34.00.011232-8/DF

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto – Corte Especial

Publicação: e-DJF1 de 08/03/2012, p. 31

Mandado de segurança. Servidor público federal civil. Poder Judiciário. Cargo de provimento efetivo. Exercício de funções comissionadas entre 08/04/1998 e 04/09/2001. Interrupção voluntária do vínculo com o serviço público federal. Retorno ao Poder Judiciário em cargo de provimento efetivo. Quintos. Décimos. Incorporação. Possibilidade.

I. Jurisprudência pacificada no âmbito da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça no sentido da possibilidade de incorporação de quintos/décimos, em relação ao exercício da função comissionada no período de 08 de abril de 1998 – data do início da vigência da Lei 9.624/1998 – até 04 de setembro de 2001 – data da publicação da MP 2.225-45/2001 (Precedentes).

II. “Esta Corte em diversas oportunidades já se manifestou no sentido de que o servidor tem direito adquirido à manutenção das vantagens pessoais adquiridas em um determinado cargo público e transpostas para outro cargo, também, público.” (RMS 20.850/DF, rel. Min. Felix Fischer, in DJ 1º/08/2006).

III. Ordem concedida.

Numeração única: 0020183-17.2006.4.01.0000

Mandado de Segurança 2006.01.00.019997-3/DF

Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado – Corte Especial

Publicação: e-DJF1 de 08/03/2012, p. 31

Processual Civil. Conflito de competência. Juizado especial federal e juízo federal. Remoção. Anulação de ato administrativo. Vedação expressa do art. 3º, § 1º inciso III, da Lei 10.259/2001.

I. A ação por meio da qual servidor público federal busca impugnar o ato administrativo que determinou a sua lotação no interior do Estado deve ser processada no juízo comum, porquanto o art. 3º, § 1º, inciso III, da Lei 10.259/2001 excepciona apenas os atos de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal – do que não se cogita na espécie.

II. A vedação prevista no supracitado dispositivo da Lei 10.259/2001 tem o escopo de evitar que restem prejudicados princípios próprios dos juizados especiais, como a celeridade, a oralidade, a simplicidade e a composição – todos incompatíveis com o exame a ser procedido em demandas como a da espécie (remoção).

III. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Pará, ora suscitado.

Conflito de Competência 0067871-96.2011.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Kassio Nunes Marques – 1ª Seção

Publicação: e-DJF1 de 27/02/2012, p. 3

Processual Penal. Conflito de competência. Telecomunicações. Lei 4.117/1962. Rádio clandestina. Lei 9.472/1997. Juizado especial federal e vara federal comum. Competência.

I. A Lei 4.117/1962 instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações e, além das disposições relacionadas à concessão, permissão e autorização para os serviços de telecomunicação (gênero), neles incluído o de radiodifusão (espécie), previu essa lei, em seu art. 70, sanção penal para a instalação ou utilização de serviços de telecomunicação em desacordo com as disposições legais nela previstas.

II. Constitui crime desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicações (art. 183 da Lei 9.472/1997).

III. Coexistem os tipos penais previstos nos arts. 70, da Lei 4.117/1962 e 183, da Lei 9.472/1997: aquele tipifica e sanciona a conduta consistente em instalar ou utilizar telecomunicações, desobedecendo exigências legais e regulamentares na execução desses serviços, ou seja, em situação irregular; este, a conduta consistente em desenvolver clandestinamente atividade de telecomunicações, ou seja, sem a necessária concessão, permissão ou autorização legalmente previstas.

IV. A Lei 9.472/1997 não teve efeito ab-rogatório sobre a Lei 4.117/1962, mas apenas de revogação parcial, de modo que permanecem inalteráveis os preceitos relativos aos delitos de radiodifusão.

V. *In casu*, houve a prática de atividade de telecomunicação sem a devida autorização dos órgãos públicos competentes, portanto, passível de enquadrar-se no tipo do art. 183, da Lei 9.472/1997, cuja pena prevista é de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, afastando-se assim, a competência do Juizado Especial Federal. Precedentes.

Conflito de Competência 0026453-81.2011.4.01.0000/PI

Relator: Juiz Federal Guilherme Doehler (convocado) – 2ª Seção

Publicação: e-DJF1 de 03/02/2012, p. 411

Contitucional e Administrativo. Responsabilidade civil. Concurso público. Exame psicotécnico. Ilegalidade reconhecida judicialmente. Indenização pela tardia nomeação calculada com base nos vencimentos do cargo. Impossibilidade. Embargos infringentes. Provimto.

I. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento no sentido de ser indevida qualquer indenização no caso de nomeação tardia, ainda que reconhecida a preterição do candidato, tendo em vista que a percepção dos vencimentos pressupõe a efetiva prestação dos serviços inerentes ao cargo.

II. Embargos infringentes providos.

Numeração única: 0034333-20.2004.4.01.3800

Embargos Infringentes 2004.38.00.034507-0/MG

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – 3ª Seção

Publicação: e-DJF1 de 08/02/2012, p. 7

Conta-corrente. Valores em trânsito. Retenção. Suspeita de proveniência ilícita. Caixa Econômica Federal. Administração pública indireta. Prerrogativa de medida cautelar administrativa. Ação judicial para respaldá-la. Ato lícito. Participação do correntista na ilicitude do dinheiro. Ausência de demonstração. Responsabilidade civil por dano material e moral. Presença. Acórdão que fixa indenização em valor exorbitante da razoabilidade. Enriquecimento sem causa. Rescisão. Rejulgamento da causa. Indenização em valor compatível com as circunstâncias.

I. No julgamento da apelação, a Turma entendeu, por maioria, que, “no uso arbitrário das próprias razões, a apelada – CEF – Agência Carijós/BH, sacou da conta corrente do apelante o valor devidamente depositado em dinheiro, atendendo à solicitação da Agência Afonso Pena/BH, sob suposta irregularidade não comprovada até o momento, mesmo após decorridos mais de sete anos, o que merece a repulsa do Poder Judiciário”. Deu “parcial provimento ao recurso para, reformando a sentença impugnada, julgar procedente a ação, condenando a apelada – CEF a restituir o valor indevidamente sacado da conta corrente do apelante no valor de R\$ 94.000,00 (noventa e quatro mil reais),

acrescido dos encargos, com a mesma base de cálculo cobrados dos clientes 'cheque azul', aplicados a partir da data do ajuizamento da ação, ou seja, 21 de outubro de 1998, mais 100% do valor ali apurado a título de indenização por dano moral".

II. À época dos fatos vigia o art. 1.268 do Código Civil de 1916, nos seguintes termos: "Ainda que o contrato fixe prazo à restituição, o depositário entregará o depósito, logo que se lhe exija, salvo se o objeto foi judicialmente embargado, se sobre ele pender execução, notificada ao depositário, ou se ele tiver motivo razoável de suspeitar que a coisa foi furtada ou roubada". O atual Código prevê, art. 633: "Ainda que o contrato fixe prazo à restituição, o depositário entregará o depósito logo que se lhe exija, salvo se tiver o direito de retenção a que se refere o art. 644, se o objeto for judicialmente embargado, se sobre ele pender execução, notificada ao depositário, ou se houver motivo razoável de suspeitar que a coisa foi dolosamente obtida".

III. Muito embora o anterior Código se referisse a furto ou roubo, a interpretação literal deve ceder lugar ao critério teleológico, de modo a incluir qualquer suspeita de má fé na obtenção da coisa, tal como passou a figurar literalmente no novo Código. No caso, as aparentes circunstâncias ensejavam, em tese, suspeita de que o ora réu pudesse estar envolvido na fraude cometida contra a Caixa Econômica Federal. Era, pois, apropriada a cautela, autorizada legalmente à própria parte no contrato de depósito, de bloquear os valores até o devido esclarecimento dos fatos.

IV. Não bastasse aquela previsão legal relativa ao contrato de depósito, a Caixa Econômica Federal, conquanto exerça, predominantemente, atividade econômica em sentido estrito, é empresa pública (patrimônio exclusivamente público) e nessa qualidade faz parte da Administração Pública. É verdade que, pelo disposto no art. 173, § 1º, II, da Constituição as empresas estatais dedicadas a atividades econômicas *stricto sensu* sujeitam-se "ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários". Todavia, tal regra não impede a utilização, pelas empresas estatais, de prerrogativas de administração pública justificadas por suas atividades, desde que não impliquem atentado à livre concorrência.

V. Nessa prerrogativa, obedecido o devido processo legal, inclui-se a atividade cautelar da Administração destinada a prevenir dano ao patrimônio público. A prerrogativa das medidas cautelares, dentro de processo administrativo, era implícita à época dos fatos e, hoje, está expressa no art. 45 da Lei 9.784/1999 (que se aplica à Administração Federal direta e indireta, cf. art. 1º): "Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado".

VI. A providência tomada pela Caixa Econômica Federal foi, portanto, lícita, ainda mais considerando-se que ingressou imediatamente com ação judicial destinada a respaldá-la.

VII. A licitude da providência tomada não isenta de responsabilidade civil pelo resultado, sabido que as medidas cautelares acarretam para quem as pleiteia – e, com mais razão, para quem as toma de ofício – responsabilidade objetiva, em caso de se revelarem finalmente injustas para as pessoas atingidas.

VIII. A aparência inicial dos fatos justificava a providência cautelar levada a efeito pela Caixa Econômica Federal. Não se tratou de "exercício arbitrário das próprias razões", mas de medida cautelar destinada, em princípio, a impedir a consumação de grave dano à Administração e, portanto, a toda a sociedade.

IX. Tivesse a Caixa conseguido demonstrar, depois de tudo, participação do ora réu no ato supostamente criminoso, nada teria que indenizar e nem mesmo teria que restituir a quantia bloqueada. Não alcançou este intento, razão pela qual deve-se presumir a boa-fé do ora réu (apesar de que não se dignou a revelar o negócio que teria dado origem ao recebimento do numerário). Por isso, é devida a restituição do valor que foi bloqueado, devidamente corrigido, e o pagamento dos prejuízos que o bloqueio trouxe para o correntista. Quanto a este ponto, presume-se que os juros de mora cobrem os prejuízos, salvo demonstração específica em montante superior, o que, no caso, não aconteceu.

X. O dano moral pode, em situações tais – devolução de cheques por insuficiência de fundos -, ser presumido nos limites do que normalmente acontece (não mais do que isso), mas no valor da respectiva indenização deve ser considerado o grau de malícia do causador. Na espécie, conforme já apontado, a Caixa agiu licitamente e não foi demonstrada excepcionalidade do prejuízo moral.

XI. Ponderados todos esses aspectos, viola o direito – por resultar em enriquecimento sem causa –, e viola literalmente o art. 1.268 do Código Civil, vigente à época do fato, acórdão que estipula dupla indenização (por dano material e

por dano moral), cada uma no montante do valor bloqueado, aplicando-se-lhe o mesmo regime do *cheque azul*. O mesmo rendimento do cheque azul não é devido, especialmente, porque o dinheiro permaneceu indisponível.

XII. Deferido o pedido de rescisão e, rejuogada a causa, deferir em parte o pedido para condenar a Caixa Econômica Federal no pagamento, ao autor da ação rescindenda, do valor bloqueado em sua conta corrente, com correção monetária e juros de mora desde a data do bloqueio, estes de meio por cento ao mês até a entrada em vigor do Código Civil atual e, a partir daí, calculados pela taxa Selic, a qual engloba juros e correção monetária. Acrescidos 10% (dez por cento) a esse valor, a título de indenização por dano moral.

XIII. Em face da sucumbência recíproca, tanto na ação rescindenda quanto na ação rescisória, não há condenação em honorários de advogado, nem na perda do depósito inicial.

Numeração única: 0005357-49.2007.4.01.0000

Ação Rescisória 2007.01.00.005018-0/MG

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira – 3ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 05/03/2012, p. 344-345

Tributário e Processual Civil. Conflito de competência. Mandados de segurança: atos coatores autônomos

I. Se as ações tratam de atos coatores diversos e momentos temporais diversos, uma vez que o pedido de liberação de mercadorias especificadas (ato perpetrado) objeto da primeira impetração difere do pedido de abstenção quanto à apreensão de novas importações (ato futuro), para fins de pagamento de imposto de importação complementar, objeto da segunda impetração, não há falar em continência.

II. Tratando-se de MS, cada ato coator é autônomo em relação ao outro, o que, por si, é suficiente ao afastamento da conexão (STJ, MS 6.250/DF, rel. Min. Gilson Dipp, S3, ac. Un., *DJ* 31/03/2003, p. 143; TRF1, CC 2005.01.00056746-2/DF, rel. Des. Federal Assusete Magalhães, CE, ac. maioria, *DJ* II 20/03/2006, p. 05).

III. Conflito de que se conhece para declarar competente o suscitado, juízo federal da 8ª Vara/BA.

IV. Peças liberadas pela relatora, em Brasília, 1º de fevereiro de 2012, para publicação do acórdão.

Conflito de Competência 0063745-03.2011.4.01.0000/BA

Relatora: Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva (convocada) – 4ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 08/02/2012, p. 10

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Ajuizamento de ação cautelar nominada pelo contribuinte preparatória de futuros embargos à execução fiscal. Inexistência de processo executivo. Competência do juízo suscitante.

I. Ajuizada medida cautelar preparatória (antecipação de penhora) de futuros embargos à execução fiscal, ainda que ausente processo executivo em tramitação, ela deve ser processada e julgada pelo mesmo juízo competente para resolver aludidos embargos.

II. Tendo a vara especializada em execuções fiscais competência em razão da matéria para julgar os respectivos embargos, o processo cautelar a este vinculado deve tramitar também na vara de execução fiscal. Precedentes deste Tribunal.

III. Conflito conhecido, declarando-se competente o Juízo da 26ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, o suscitante.

Conflito de Competência 0066784-42.2010.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado) – 4ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 13/02/2012, p. 14

Previdenciário. Restabelecimento de benefício de pensão por morte. Ampla defesa. Devido processo legal. Inobservância.

- I. A Administração Pública pode, a qualquer tempo, rever os seus atos para cancelar ou suspender benefício previdenciário que foi concedido irregularmente, desde que mediante procedimento administrativo que assegure ao beneficiário o devido processo legal.
- II. O devido processo legal compreende também a via recursal administrativa, de modo que a suspensão do benefício, ou a sua revisão, somente será possível após o julgamento do recurso. Precedentes desta Corte.
- III. Não havendo prova de observância do devido processo legal e da ampla defesa, merece ser mantida a sentença que julgou procedente o pedido.
- IV. A presunção de legalidade milita em favor do procedimento administrativo que deferiu o pedido de pensão por morte à autora que foi pago de 20/10/1985 até 30/06/1994, quando foi indevidamente cessado.
- V. Não é razoável que benefício recebido por quase 10 (dez) anos seja cessado em decorrência de conclusão de processo administrativo que sequer foi encontrado pelo INSS para juntada aos autos, encontrando-se extraviado, conforme expressamente informado pela própria autarquia previdenciária.
- VI. A correção monetária e os juros devem incidir na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução/CJF 134, de 21/12/2010.
- VII. Verba honorária arbitrada em conformidade com o art. 20, § 4º, do CPC e a jurisprudência deste Tribunal.
- VIII. Apelação a que se nega provimento e remessa oficial, tida por interposta, a que se dá parcial provimento.

Numeração única: 0001325-15.2008.4.01.9199

Apelação Cível 2008.01.99.002209-8/PI

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão – 1ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 17/02/2012, p. 50

Administrativo. Processo administrativo disciplinar. Servidor público. Lei 8.112/1990, art. 137, IX. Uso do cargo em benefício próprio. Mensuração da conduta. Pena de demissão. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Correção monetária. Juros de mora. Honorários.

- I. O processo administrativo disciplinar instaurado contra servidor público é especificamente regido pela Lei 8.112/1990, estabelecendo-se o contraditório com a apresentação da defesa escrita, após o indiciamento, ocasião em que será requerida a produção de provas, o que foi observado na hipótese, não pairando pecha de ilegalidade sobre o procedimento.
- II. Ao aplicar a sanção administrativa, o administrador deve observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para que não paire sobre o ato a pecha de ilegalidade, de modo a demandar a provocação do Judiciário, que pode e deve exercer o controle judicial dos atos administrativos.
- III. *In casu*, os servidores promoveram a devolução dos valores recebidos a maior como ajuda de custo, e as demais acusações – uso de bens e servidores públicos para fins particulares, solicitação de passagens ferroviárias para familiares – não são suficientes, no contexto, para a aplicação da pena máxima aos servidores, qual seja, a demissão, em detrimento de mais de 20 anos de serviço público prestado, sem nenhuma repreensão, sendo certo que, se alguma situação desfavorável se estendeu pelo período de um ano, tal fato deveu-se também à inércia da Administração, que não apurou a tempo as condutas tidas como indevidas.
- IV. Evidenciado o excesso na aplicação da penalidade, deve o ato ser anulado.
- V. Correção monetária com base nos índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal, mesmo após a entrada em vigor da Lei 11.960/2009 (período em que será aplicado o IPCA, índice utilizado para o mês de junho de 2009), uma vez que a TR é impréstável para fins de correção monetária de débitos resultantes de condenação judicial, conforme os fundamentos utilizados pelo colendo STF no julgamento da ADI 493/DF.
- VI. Juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação, em relação às parcelas a ela anteriores, e de cada vencimento, quanto às subsequentes, até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, a partir de quando os juros de mora incidirão à

razão de 0,5% ao mês, ou com outro índice de juros remuneratórios das cadernetas de poupança que eventualmente venha a ser estabelecido.

VII. Verba honorária, mantida em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, incidindo somente sobre as parcelas vencidas até o momento da prolação da sentença (Súmula 111/STJ).

VIII. Apelação desprovida e remessa oficial parcialmente provida.

Numeração única: 0033191-80.2005.4.01.3400

Apelação Cível 2005.34.00.033598-9/DF

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves – 2ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 24/02/2012, p. 34

Penal. Processual Penal. Patrocínio simultâneo ou tergiversação. CP, art. 355, parágrafo único. Não configuração. Atipicidade da conduta. Absolvição sumária mantida.

I. Para que seja caracterizado o crime descrito no art. 355 do Código Penal, é necessário, por parte do advogado, a ação de trair o dever profissional, prejudicando o interesse da parte cujo patrocínio lhe fora confiado. Assim, na falta de interesses antagônicos entre as partes, não há que se falar em patrocínio infiel.

II. Entende-se por partes contrárias aquelas que têm interesses opostos na mesma relação jurídica, o que não se verifica quando houver a homologação de acordo entre o reclamado e a reclamante na ação trabalhista.

Apelação Criminal 0050731-32.2010.4.01.3800/MG

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto – 3ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 29/02/2012, p. 452-453

Penal. Apelação criminal. Arts. 323, § 1º/CP (abandono de função) e 299/CP (falsidade ideológica). Competência. Súmula 122/STJ. Processo administrativo disciplinar. Provimento judicial. Afastado óbice para exoneração. Prejuízo para Administração Pública. Inocorrência. Sentença reformada.

I. Havendo conexão entre os crimes supostamente praticados pelo apelante (arts. 299 e 323, § 1º, ambos do Código Penal) devem estes ser apurados conjuntamente no âmbito da Justiça Federal, à luz do enunciado de Súmula 122, do egrégio Superior Tribunal de Justiça, diante da inegável existência de interesse da União.

II. O apelante solicitou a vacância do cargo de auditor fiscal do trabalho que ocupava, adotando, dessa forma, a providência necessária para se desvincular do referido cargo, uma vez que já dispunha de provimento jurisdicional com efeito antecipatório (Agravo de Instrumento 2005.01.41145-4, referente ao Mandado de Segurança 2005.34.00.010743-0 – 13ª Vara/SJDF), que culminou com a anulação integral de todos os atos praticados no processo administrativo disciplinar instaurado em seu desfavor, ficando afastado, assim, o óbice legal para a exoneração e vacância do cargo público federal que exercia, não se caracterizando a vedação prevista no art. 172, da Lei 8.112/1990.

III. O prejuízo para a Administração Pública não restou caracterizado considerando-se que o apelado já estava afastado preventivamente do desempenho de suas funções (art. 147, da Lei 8.112), não havendo, portanto, perigo ou risco para a Administração Pública.

IV. Recurso de apelação provido.

Numeração única: 0000692-56.2008.4.01.3200/AM

Apelação Criminal 2008.32.00.000708-8

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro – 4ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 02/03/2012, p. 369

Administrativo. Processo Civil. Agravo de instrumento. Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. Ausência de fundamento legal para o desconto de valor pertinente ao passivo ambiental. Decisão agravada mantida. Agravo desprovido. Agravo regimental prejudicado.

I. A indenização na desapropriação há de ser justa e prévia, e, no caso em exame, se aponta que o expropriante-agravante, Incra, teria deduzido a quantia de R\$ 14.054,96 (quatorze mil, cinquenta e quatro reais e noventa e seis centavos) do valor do depósito prévio, sob o argumento de estar deduzindo o valor referente ao *passivo ambiental*, obedecendo à determinação do Tribunal de Contas da União (fls. 2 e 18-19).

II. Apresenta-se como juridicamente discutível o procedimento do expropriante de efetivar, unilateralmente, a avaliação do imóvel expropriado e realizar o depósito judicial, com o abatimento da quantia que aponta como pertinente ao *passivo ambiental*.

III. Aplicação de precedente jurisprudencial da Quarta Turma deste Tribunal Regional Federal.

IV. Decisão mantida.

V. Agravo de instrumento desprovido.

Agravo de Instrumento 0048230-59.2010.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Ítalo Mendes – 4ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 1º/03/2012, p. 1.127

Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Transporte gratuito a idosos e pessoas deficientes carentes. Reintegração à lide de empresas aéreas. Município de Santarém: ilegitimidade passiva ad causam. Não exclusão do transporte aéreo. Dignidade das pessoas hipossuficientes. Lei 8.899/1994 e Lei 10.741/2003.

I. A razão se perfila ao lado do Ministério Público Federal no ponto em que pretende a reintegração das empresas aéreas como sujeitos passivos da relação processual. Isso porque, na qualidade de concessionárias de transporte aéreo de passageiros, estão elas na contingência de realizar o transporte de pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, e de idosos com idade igual ou superior a 60 anos, e renda igual ou inferior a dois salários mínimos, em cumprimento ao estatuído no art. 40 da Lei 10.741/2003 e no art. 1º da 8.899/1994.

II. Descabida, porém, a pretensão de que o Município de Santarém seja reintegrado à lide, tendo em vista a impossibilidade de responsabilizá-lo pelo cumprimento das medidas requeridas na ação.

III. A Lei 8.899/1994 instituiu a gratuidade do transporte coletivo interestadual para pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes. Por sua vez, a Lei 10.741/2003 garantiu a reserva de 2 (duas) vagas gratuitas, por veículo, no mesmo sistema de transportes, destinadas a idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários mínimos.

IV. Tendo presente a norma inscrita no § 2º do art. 5º da Constituição da República, que instituiu, entre outras garantias, os direitos fundamentais implícitos, é fora de dúvida que as prerrogativas dela inerentes não se restringem àquelas expressamente arroladas com tal caráter. Entre esses princípios, exsurge aquele que confere tratamento especial, compensatório, aos idosos hipossuficientes e aos carentes deficientes. Presente esse contexto, impõe-se reconhecer que é função precípua da lei disciplinar a matéria atinente aos direitos dos idosos e pessoas deficientes carentes. Assim é que a lei ordinária podia, legitimamente, como o fez, estabelecer a gratuidade do transporte coletivo interestadual, na qual não se discrimina o transporte aéreo, pelo que não cabe ao intérprete nem ao Poder Executivo, em sua atividade regulamentar, levar a cabo a discriminação. Revela-se desprovida de suporte constitucional, portanto, a portaria que restringiu o direito instituído na lei ao transporte terrestre, aquaviário e ferroviário.

V. Há previsão, no art. 115 da Lei 10.741/2003, de criação de recursos pertinentes para aplicação em programas e ações relativos aos idosos, sendo de se presumir que o Poder Público dará cumprimento ao quanto dispõem os arts. 194, 195, 203, *caput*, e 204 da Carta Magna, especificamente quanto à execução e implementação das diretrizes emanadas do Estatuto do Idoso e dos respectivos decretos regulamentares. Com efeito, cumpre ao Estado, em primeiro lugar, garantir o direito fundamental erigido em prol de seu titular, de sorte que somente se vier a ser constatado, em razão disso, o rompimento na equação econômico-financeira do contrato de concessão, aí, sim, se abrirá ensanchas às empresas concessionárias para pleitear, pelos meios legais cabíveis, a realização de seu

direito, direito esse que é de categoria inferior ao direito fundamental do idoso e das pessoas carentes portadoras de deficiência.

VI. Nessa perspectiva, não há nenhuma objeção a que se estenda o benefício do passe livre aos idosos e a pessoas portadoras de deficiência comprovadamente carentes. No entanto, tal extensão deve seguir, provisoriamente, os mesmos parâmetros já estabelecidos na Portaria Interministerial 003/2001 e no Decreto 5.934/2006, pelo que é de ser parcialmente provida, no particular, a remessa oficial tida por interposta. Por conseguinte, até que seja expedida normatização específica, é de se limitar o acesso ao transporte gratuito a 2 (dois) assentos por vôo regular aos idosos com idade igual ou superior a sessenta anos e renda igual ou inferior a dois salários mínimos, e 2 (dois) assentos por vôo regular às pessoas portadoras de deficiência comprovadamente carentes, devendo a comprovação de renda seguir os mesmos moldes já traçados na Portaria e Decreto acima referidos.

VII. Afasta-se a condenação imposta à União ao pagamento de danos morais coletivos, visto que, segundo já decidiu o egrégio STJ, “não parece ser compatível com o dano moral a idéia da transindividualidade (da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão” (RESP 971.844/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, in DJe 12/02/2010). Precedentes do STJ.

VIII. Apelação do Ministério Público Federal parcialmente provida, para determinar a reintegração à lide das empresas de transporte aéreo Varig S/A – Viação Aérea Rio Grandense e TAM Linhas Aéreas S/A .

IX. Apelação da União parcialmente provida, a fim de afastar a condenação ao pagamento de danos morais imposta na sentença.

X. Remessa oficial parcialmente provida, nos termos do voto.

Numeração única: 0000780-64.2004.4.01.3902

Apelação/Reexame Necessário 2004.39.02.000779-9/PA

Relator: Desembargador Federal Fagundes de Deus – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 07/02/2012, p. 97

Civil. Processual Civil. Contrato de mútuo para construção de empreendimento imobiliário celebrado entre a empresa construtora e a Caixa Econômica Federal. Ação ordinária ajuizada pela construtora por alegado descumprimento contratual. Pedido de indenização por perdas e danos, lucros cessantes e danos emergentes, além de dano moral. Improcedência.

I. Consoante o contrato celebrado pelas partes, o desembolso do empréstimo contratado seria efetuado segundo o cronograma de desembolso por elas aprovado, o qual previa a liberação do valor total do financiamento, em 12 (doze) parcelas mensais, sendo a primeira no prazo mínimo de 30 (trinta) dias após a assinatura do contrato, depois de atendidas as exigências ali contidas (Cláusula Terceira e § 2º), e as demais, a cada 30 (trinta) dias, mediante a medição da evolução física das obras.

II. Conforme comprovado nos autos, inclusive pela perícia, a primeira parcela do financiamento foi liberada antes de decorridos os 30 (trinta) dias previstos no contrato, ou seja, no mesmo dia em que a autora apresentou a documentação exigida (v. resposta do perito ao quesito 5 da autora: “Os documentos foram apresentados à Ré dia 28/01/92, fls. 439 dos autos, tendo sido liberado no mesmo dia o valor de 12.582,6568 UPFs, contra a previsão contratual de 12.935,00 UPFs, correspondendo pois a 97,2760% do valor contratualmente previsto, faltando liberar ainda 352,34342 UPFs ou 2,7240%. A 1ª etapa previa uma evolução física da obra de 5,00%, tendo sido realizado o que foi previsto”).

III. Ainda segundo a perícia, já na segunda etapa, correspondente à 2ª, 3ª e 4ª liberações, “constata-se que ocorreu um atraso na obra de 30 dias, tanto pela medição da autora como da ré”.

IV. Em consequência, não há como acolher a pretensão da apelante, de declarar o descumprimento do contrato pela ré, com a consequente condenação ao pagamento das indenizações postuladas, sendo correta a conclusão da sentença no sentido de que, “ao contrário do que alega a autora, depreende-se do conjunto probatório dos autos

que o insucesso da autora deveu-se ao seu descontrole econômico-financeiro na administração do empreendimento e no descumprimento do contrato de financiamento por ela própria”.

V. Sentença confirmada.

VI. Apelação desprovida.

Numeração única: 0032865-31.1998.4.01.3800

Apelação Cível 1998.38.00.033268-0/MG

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – 6ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 07/03/2012, p. 308

Administrativo. Ambiental. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama). Apreensão de espécimes da fauna silvestre. Criação sem autorização da autoridade competente. Infração administrativa. Multa. Decreto 3.179/1999, art. 11, caput. Hipótese de dispensa (§ 2º do art. 11).

I. Embora configurada infração à legislação ambiental, pela guarda de espécimes da fauna silvestre ou migratória, sem a autorização ou licença da autoridade competente, “pode a autoridade competente, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a multa, nos termos do § 2º do art. 29 da Lei 9.605, de 1998” (§ 2º do art. 11 do Decreto 3.179/1999).

II. Na hipótese, tendo em consideração as circunstâncias do caso concreto, como a inexistência de ameaça de extinção da espécie, além das condições do infrator, pessoa de baixa renda e de parques conhecimentos da legislação ambiental, é cabível a dispensa da multa, na forma dos dispositivos legais e regulamentares.

III. Apelação provida, para reformar a sentença e declarar a inexigibilidade da multa.

Numeração única: 0003131-49.2009.4.01.3800

Apelação Cível 2009.38.00.003428-7/MG

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – 6ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 28/02/2012, p. 207

Processual Civil. Execução fiscal. Conselho profissional. Falta de recolhimento das custas processuais. Lei 9.289/1996.

I. Conselhos de Fiscalização e Exercício Profissional são autarquias. Quem o diz é o STF (ADIn/MC 1.717-6/DF). A eles não se aplica, entretanto, a isenção prevista no *caput* do art. 4º da Lei 9.289/1996, mas a exceção específica do parágrafo único do mesmo artigo.

II. Apelação de que não se conhece.

III. Peças liberadas pela relatora, em 24/01/2012, para publicação do acórdão.

Numeração única: 0024084-55.2004.4.01.3300

Apelação Cível 2004.33.00.024088-0/BA

Relatora: Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva (convocada) – 7ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 03/02/2012, p. 712

Tributário. Processual Civil. Execução de título judicial. Mandado de segurança coletivo. Prescrição. Ato de autoridade. Limitação. Autoridade coatora.

I. Cuida-se de execução de título judicial que, em sede de mandado de segurança coletivo, concedeu parcialmente a segurança, determinando às autoridades coatoras que apenas façam incidir o Imposto de Renda sobre as quantias a serem resgatadas pelos associados da impetrante junto à Funcef, cuja formação tenha se dado com as contribuições efetuadas antes de 1989 e posteriores a 1º de janeiro de 1996.

II. O mandado de segurança é ação de conhecimento que visa assegurar ao impetrante uma decisão judicial de natureza mandamental, mais precisamente que comine à autoridade coatora uma ordem para que faça, deixe de fazer ou permite que se faça algo, cuja execução, em regra, observa o comando das Súmulas 213/STJ e 269 e 271 do c. STF.

III. O ato objeto de cominação judicial somente pode afetar as atribuições da autoridade coatora e no que toca com essas atribuições.

IV. O mandado de segurança, cuja sentença é objeto de liquidação, embora impetrado pela Federação Nacional, estão limitados seus efeitos à área de *jurisdição* (atribuição) administrativa da autoridade coatora, porque limitado aos atos que por ele devem ser corrigidos.

V. No caso dos autos o exequente tem domicílio tributário fora do local de atribuição da autoridade coatora e, portanto, é ilegítimo para execução do julgado já que não destinatário da segurança concedida.

VI. Apelação desprovida.

Apelação Cível 0036328-60.2011.4.01.3400/DF

Relator: Juiz Federal Cleberon José Rocha (convocado) – 8ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 17/02/2012, p. 791

Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Estágio probatório. Aplicação imediata da EC 19/1998. Inexistência de direito adquirido ao regime anterior.

I. “A nova norma constitucional do art. 41 é imediatamente aplicável. Logo, as legislações estatutárias que previam prazo inferior a três anos para o estágio probatório restaram em desconformidade com o comando constitucional. Isso porque, não há como se dissociar o prazo do estágio probatório do prazo da estabilidade” (STF, STA 290, presidência, rel. Min. Gilmar Mendes, decisão em 25/11/2008. Publicada no *DJE* 231, de 03/12/2008. Trânsito em julgado em 03/02/2009).

II. Estabelecido, na lei, determinado prazo, se o fato foi inteiramente realizado nasce o direito que se incorpora imediatamente ao patrimônio do servidor, consubstanciando direito adquirido, que a lei não pode desprestigiar. No entanto, não é essa a situação dos autos, pois os substituídos cumpriram o estágio probatório na vigência da nova norma constitucional.

III. Apelação não provida.

Numeração única: 0020198-05.2005.4.01.3400

Apelação Cível 2005.34.00.020237-1/DF

Relator: Juiz Federal Mark Yshida Brandão (convocado) – 1ª Turma Suplementar

Publicação: *e-DJF1* de 28/02/2012, p. 323

Constitucional e Administrativo. Processo administrativo disciplinar. Acumulação de cargos públicos. Incompatibilidade de horário. Jornada excessiva. Aplicação da penalidade de suspensão em razão de violação de dever funcional. Art. 116, II, art. 117, XVIII e art. 130, da Lei 8.112/1990. Possibilidade. Inexistência de dupla punição (bis in idem).

I. A expressão “compatibilidade de horários”, prevista constitucionalmente e que torna lícita a acumulação de um cargo de professor com outro técnico ou científico, compreende o regular exercício das duas jornadas sem prejuízo ao serviço público e à saúde do servidor.

II. No caso em apreço, a conclusão da comissão de processo administrativo disciplinar do Processo Administrativo 23106.001325/2003-93, instaurado pela Resolução da Reitoria 18/2003, de 28/04/2003, é inconteste de que houve acumulação ilícita de dois cargos públicos por incompatibilidade de horário (de 12/05/1999 até 24/06/2001, acumulação de 8 horas diárias; de 25/06/2001 até 31/04/2002, acumulação de 05 horas diárias; de 1º/05/2002 até 19/03/2003, acumulação num total de 11 horas por semana).

III. A decisão proferida no julgamento do processo administrativo disciplinar que aplicou a pena de suspensão de 30 dias por inobservância do dever de lealdade para com a instituição e por exercer atividade incompatível com o horário de trabalho encontra respaldo legal no disposto pelo art. 116, II, art. 117, XVIII, e art. 130, todos da Lei 8.112/1990, que permite a imposição de penalidade mais grave que a advertência a critério da Administração Pública, no uso de poder discricionário permitido pela lei e dentro do seu juízo de oportunidade e conveniência, considerando a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as

circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais, nos termos do art. 128 do referido diploma legal, sendo vedado ao Poder Judiciário adentrar no mérito administrativo

IV. A anterior aplicação da pena de suspensão por 30 dias pelos mesmos fatos pela Secretaria de Educação do Distrito Federal, não impedia a imposição de idêntica penalidade pela ré, uma vez que o ilícito administrativo praticado pelo autor repercutiu no âmbito de cada entidade onde servir (no Distrito Federal e na Fundação Universidade de Brasília), podendo cada uma delas exercer o poder disciplinar previsto em Lei.

V. Apelação não provida.

Numeração única: 0041990-83.2003.4.01.3400

Apelação Cível 2003.34.00.042038-4/DF

Relator: Juiz Federal Mark Yshida Brandão (convocado) – 1ª Turma Suplementar

Publicação: *e-DJF1* de 28/02/2012, p. 316

Administrativo. Processual Civil. Remessa oficial tida por interposta. Servidora pública pensão por morte. Companheiro. União estável reconhecida administrativamente. Designação e comprovação de dependência. Desnecessidade. Juros e correção monetária.

I. Remessa oficial tida por interposta, porque que não incidem, na hipótese, os §§ 2º e 3º do art. 475 do Código de Processo Civil, uma vez que o conteúdo econômico do pleito não restou definido em *quantum* inferior a 60 salários mínimos e os fundamentos da r. sentença vergastada não se assentam em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula daquele Sodalício ou de tribunal superior competente.

II. Versam os autos sobre hipótese em que a Administração, embora tenha reconhecido a existência de união estável entre o demandante e a servidora pública federal falecida, não concedeu o benefício de pensão por morte postulado nos autos por ausência de demonstração de dependência econômica.

III. A prova testemunhal produzida, associada à vasta documentação carreada aos autos, confirmam que, à época do falecimento da ex-servidora, o casal mantinha relação de união estável e que havia o compartilhamento das despesas de manutenção do lar. O fato de o postulante ganhar, à época do óbito, o suficiente para sua sobrevivência e para contribuir com a manutenção do lar, dividindo com a ex-companheira as despesas da casa e também do sustento e educação das filhas, antes de afastar sua dependência econômica em relação à falecida, apenas a reforça, já que esta última, recebendo salário superior ao do demandante, certamente suportava a maior parte das despesas domésticas, que não poderiam ser suportadas sozinhas pelo autor.

IV. Ainda que assim não fosse, nos termos do art. 217 da Lei 8.112/1990, a exigência legal de comprovação de dependência econômica resume-se aos pais, irmãos e pessoa designada ou portadora de deficiência física. Aos companheiros exigiu-se a comprovação da união estável, casos em que a dependência é presumida, em razão do dever de mútua assistência entre os cônjuges, também aplicável aos companheiros, por força do art. 226, § 3º, da CF/1988.

V. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a ausência de prévia designação do companheiro como beneficiário de pensão não impede a concessão do benefício, se a união estável resta devidamente comprovada por outros meios idôneos de prova.

VI. No que diz respeito às verbas acessórias, correção monetária e juros de mora a serem aplicados sobre as parcelas devidas, seus percentuais e oportunidade de incidência não foram explicitados na r. sentença, razão pela qual merece parcial provimento a remessa necessária, para a finalidade de serem discriminados.

VII. A correção monetária será calculada na forma da Lei 6.899/1981, com a observância dos índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, desde o momento em que cada parcela for devida até a data da vigência da Lei 11.960/2009, que uniformizou a atualização monetária e a incidência de juros de mora sobre todas as condenações impostas à Fazenda Pública e alterou a redação do art. 1º-F da Lei 9.494/1997.

VIII. Os juros moratórios incidirão no percentual de 0,5% am, até a vigência da Lei 11.960/2009, que conferiu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/1997, segundo o qual, “nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora”, incide uma única vez, até o efetivo pagamento, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados

às cadernetas de poupança. Contam-se da citação, para as parcelas eventualmente vencidas anteriormente a ela, e do respectivo vencimento, para as que lhe são posteriores.

IX. Apelação desprovida. Remessa oficial tida por interposta parcialmente provida para ajustar os critérios de correção monetária e juros de mora a serem aplicados, mantidos os demais termos da sentença.

Numeração única: 0020449-91.2003.4.01.3400

Apelação Cível 2003.34.00.020455-6/DF

Relatora: Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada) – 2ª Turma Suplementar

Publicação: *e-DJF1* de 15/02/2012, p. 131

Previdenciário. Processual Civil. Aposentadoria por invalidez. Nulidade da sentença. Imprescindibilidade da instrução processual. Manutenção do benefício previdenciário. Remessa dos autos ao juízo de primeiro grau.

I. Do quanto verificado nos autos, a sentença prolatada fundamentou-se tão somente na ausência de procedimento administrativo regular que culminou com a suspensão do benefício de aposentadoria por invalidez do autor, não cuidando, entretanto, o magistrado *a quo* de determinar a realização de perícia médica com vista a confirmar a incapacidade alegada.

II. A instrução processual se mostra imprescindível para o deslinde do litígio, especialmente a realização de perícia médica. Dessa forma, faz-se necessária a remessa dos autos ao juízo de primeiro grau, a fim de possibilitar o prosseguimento do feito.

III. Necessária a manutenção do benefício previdenciário atualmente percebido pelo autor até a prolação de nova decisão, tendo em vista as graves consequências de caráter social que resultariam do cancelamento de uma aposentadoria que vem sendo recebida de boa-fé por mais de uma década.

IV. Apelação e remessa oficial providas para anular a sentença e determinar a remessa dos autos para a 5ª Vara da Justiça Federal do Piauí, a fim de que seja realizada a instrução processual e posteriormente seja prolatada nova sentença.

Numeração única: 0004336-81.1998.4.01.4000

Apelação Cível 1998.40.00.004337-7/PI

Relatora: Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu (convocada) – 3ª Turma Suplementar

Publicação: *e-DJF1* de 15/02/2012, p. 143

Processual Civil. Agravo de instrumento. Competência. Autarquia federal. União. Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Litisconsórcio passivo. Foro competente. Art. 100, IV, a e b, CPC. Inaplicabilidade. Inexistência de exclusão da União. Art. 109, §2º, CF/1988 C/C art. 99, I, CPC. Aplicabilidade. Foro da capital do Estado. Possibilidade de eleição do foro pelo autor. Precedentes STJ e TRF1. Agravo provido.

I. Ante o fato de a União não ter sido excluída da ação ordinária, subsistindo seu litisconsórcio com a ANS, é aplicável, neste caso, a regra do art. 109 §2º c/c art. 99, CPC, sendo possível o ajuizamento da ação no foro de residência do autor, qual seja, Cuiabá – MT.

II. Mesmo que a União não constituísse o pólo passivo da ação ordinária, há que se considerar o fato de que a matéria tratada refere-se a obrigação instituída por lei, hipótese na qual há precedentes pela possibilidade do ajuizamento da ação no local em que se recolhe a cobrança, ficando o foro à critério de eleição do autor.

III. “A Agência Nacional de Saúde – ANS, autarquia federal, tem jurisdição em todo o território nacional, sendo o recolhimento da taxa instituída pela Lei 9.961/2000 (art. 20, I) efetivado em qualquer agência do Banco do Brasil, de modo simplificado, assim, a ação que impugna a sua cobrança pode ser manejada no lugar do seu recolhimento”. (AG 2001.01.00.015730-6, Des. Federal Mário César Ribeiro, TRF1 - Oitava Turma, DJ Data: 04/06/2004, p.178.)

IV. “A regra basilar quanto à competência territorial, nas demandas contra a União e suas Autarquias, obedecendo a cláusula do efetivo acesso à justiça é a de que compete ao foro da sede da pessoa jurídica ou de sua sucursal ou agência, o julgamento das ações em que figurar como ré, desde que a lide não envolva obrigação contratual. [...] por força do mesmo princípio, cabe ao demandante a escolha do foro competente em se tratando de controvérsia acerca de obrigação instituída por lei.” (Min. Luiz Fux, EDREsp. 495.838/PR).

V. Agravo provido.

Numeração única: 0024642-62.2006.4.01.0000

Agravo de Instrumento 2006.01.00.024355-9/MT

Relator: Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos (convocado) – 4ª Turma Suplementar

Publicação: e-DJF1 de 08/02/2012, p. 272

Direito Administrativo e Constitucional. Inocorrência de nulidade da sentença por julgamento citra petita. Existência de relação jurídica. Cooperativa médica. Submissão à Lei 9656/1998. Ressarcimento ao sus pelas operadoras de plano de saúde privado. Art. 32 da Lei 9.656/1998. Constitucionalidade. Legalidade. Cobrança regular.

I. Não é *citra petita* a sentença que aprecia a causa por completo, apresentando razões suficientes para respaldar sua conclusão, mesmo porque, o magistrado não está obrigado a se manifestar sobre todas as alegações das partes (STJ, 1ª Turma, EDcl no AgRg no REsp 958.555/MG, rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 03/04/2008, p. 1; TRF 1ª Região, 5ª Turma, AC 2000.38.00.031021-3/MG, rel. Juiz César Augusto Bearsi (convocado), DJ de 09/11/2007, p.123).

II. Conforme disposto no art. 1º, da Lei 9656/1998, as cooperativas se submetem à referida norma, de modo que está obrigada a observar integralmente os seus dispositivos, que também incidem sobre os contratos celebrados com as pessoas jurídicas, nas diversas modalidades de plano de saúde.

III. O art. 32 da Lei 9.656/1998 teve sua constitucionalidade reconhecida pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento liminar da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.931/DF.

IV. O ressarcimento de que trata a Lei 9.656/1998 é devido dentro dos limites de cobertura contratados, e não tem natureza tributária, pois visa, além da restituição dos gastos efetuados, impedir o enriquecimento da empresa privada às custas da prestação pública de saúde, indenizando o Poder Público pelos custos dos serviços não prestados pela operadora privada, os quais tem cobertura no contrato em favor do usuário.

V. Nega-se provimento ao recurso de apelação.

Numeração única: 0021108-08.2000.4.01.3400

Apelação Cível 2000.34.00.021150-6/DF

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado) – 5ª Turma Suplementar

Publicação: e-DJF1 de 17/02/2012, p. 973

Processual Civil e Tributário. Embargos de terceiro. Transferência de propriedade. Procuração. Instrumento inadequado. Fraude à execução. Configurada. Art. 185 do CTN. LC 118 de 09/02/2005. Art. 543-C do CPC. Prova acerca da má-fe do adquirente. Desnecessária. Súmula 375 do STJ. Inaplicável às execuções fiscais.

I. O Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial Representativo de Controvérsia (art. 543-C do CPC), decidiu que, diante da redação dada pela LC 118, de 09 de fevereiro de 2005, ao art. 185 do Código Tributário Nacional, para análise de eventual fraude à execução, há que se observar a data da alienação do bem, estabelecendo aquela Corte que, se a alienação foi efetivada antes da entrada em vigor da referida lei complementar de 09/02/2005, presume-se em fraude à execução o negócio jurídico feito após a citação válida do devedor; caso a alienação seja posterior à 09/06/2005 (120 dias após a publicação da lei), considera-se fraudulenta se efetuada pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa.

II. A procuração outorgada pelo executado ao embargante para prática de poderes em relação a determinado imóvel não tem o condão de transferir a ele (procurador) o domínio sobre o imóvel, que permanece vinculado ao proprietário identificado.

III. Ocorrência de fraude à execução, uma vez que, quando da alienação do imóvel em questão, em 11/06/1997 (fls. 8-9), a executada Ostur Transportes Ltda. já tinha sido citada, o que ocorreu em abril de 1997, conforme asseverado na sentença (*vide* fl. 40).

IV. É desnecessária, para fins de reconhecimento de fraude à execução, a prova por parte do credor acerca da má-fé do terceiro adquirente, eis que inaplicável a Súmula 375 do e. STJ às execuções fiscais.

V. Apelação não provida.

VI. Peças liberadas pelo relator, em 13/02/2012, para publicação do acórdão.

Numeração única: 0004172-91.1998.4.01.3200

Apelação Cível 1998.32.00.004179-4/AM

Relator: Juiz Federal Sílvio Coimbra Mourthé (convocado) – 6ª Turma Suplementar

Publicação: *e-DJF1* de 22/02/2012, p. 29

- ★ Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais;
- ★ Editora Fórum Administrativo: Revista Fórum Administrativo;
- ★ Editora Forense: Revista Forense;
- ★ Editora LTR: Revista de Previdência Social – RPS;
- ★ Editora Revista dos Tribunais: Revista dos Tribunais, Revista de Processo, Revista de Direito Privado, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Revista de Direito Ambiental, Revista de Direito do Consumidor, Revista Brasileira de Ciências Criminais e Revista Tributária e de Finanças Públicas;
- ★ Editora Dialética: Revista Dialética de Direito Tributário, Revista Dialética de Direito Processual;
- ★ Editora Nota Dez: Revista Jurídica e Revista Interesse Público;
- ★ Editora Nacional de Direito – Livraria Editora: Revista Nacional de Direito e Jurisprudência;
- ★ Editora Plenum: Revista Juris Plenum;
- ★ Associação Paulista de Estudos Tributários: Revista de Direito Tributário da APET;
- ★ Editora IOB: Revista de Estudo Tributário, Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal e Repertório de Jurisprudência IOB, IOB Direito Administrativo, Direito Público e CD Juris Síntese.

Normas de Envio de Artigos Doutrinários à Revista

A *Revista do TRF 1ª Região* tem como objetivo divulgar as decisões da Corte expressas em acórdãos (inteiros teores) e em decisões monocráticas. Além desse objetivo institucional, divulga a produção intelectual de autores do meio jurídico, trazendo a lume temas da atualidade jurídica, por meio da publicação de artigos especializados na seção *Artigos Doutrinários* e de entrevistas na seção *Ponto de Vista*, todos selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

Normas editoriais de submissão e encaminhamento de artigos

- Os trabalhos devem ser preferencialmente inéditos (exceto os publicados somente por meio eletrônico). Esses não devem infringir norma ética, respeitando as normas gerais que regem os direitos do autor.
- A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração de seus autores.
- A priorização da publicação dos artigos enviados decorrerá de juízo de oportunidade da *Revista do TRF 1ª Região*.
- As opiniões emitidas, bem como a exatidão, a adequação e a procedência das referências e das citações bibliográficas são de exclusiva responsabilidade dos autores, não representando, necessariamente, o pensamento do TRF 1ª Região.
- A *Revista* não publicará trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional, nem material que possa ser considerado ofensivo ou difamatório.
- Os trabalhos deverão ser encaminhados ao e-mail cojud-revista@trf1.jus.br ou ao endereço: Setor de Autarquias Sul, quadra 4, bloco N, Edifício Funasa, 9º andar – CEP 70070-040 – Brasília/DF. A folha de rosto deve ser identificada com: a) título em português (no máximo oito palavras); b) nome completo do autor, seguido de sua titularidade; e, c) endereço completo, telefone e e-mail do autor do artigo.

Normas de elaboração dos trabalhos

- O manuscrito deve ser apresentado da seguinte forma: fonte *Times New Roman*, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e configurados em folha A4, títulos e subtítulos destacados do corpo do texto em negrito e utilização somente de itálico para realçar palavras ou expressões, em lugar de negrito ou sublinhado.
- O nome completo do autor deverá estar logo abaixo do título e sua qualificação e títulos em nota de rodapé da primeira página.
- Os artigos doutrinários, para melhor compreensão do pensamento do autor, devem conter necessariamente um tópico de introdução e outro de conclusão.
- As referências e notas bibliográficas devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, NBR 10520 e 6023.
- Os textos da seção *Artigos Doutrinários* deverão conter no mínimo três e no máximo 30 laudas.
- A *Revista do TRF 1ª Região* não altera o estilo nem a estrutura gramatical dos manuscritos, reservando-se o direito de corrigir erros tipográficos evidentes e fazer controle de texto do original encaminhado pelo autor, responsável pela estrutura e conteúdo do trabalho.
- Ao autor serão fornecidos três exemplares da Revista.
- Para dirimir eventuais dúvidas, entrar em contato pelos telefones 3314-1752 e 3314-1734 ou pelo e-mail cojud-revista@trf1.jus.br.

