

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

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Número 11 Ano 23 Novembro/2011

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

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

Ylka Conceição de Carvalho – estagiária

Revisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

Gabriela Vaz Junqueira Artiaga

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

Entrevista

Gabriela Vaz Junqueira Artiaga

Editoração eletrônica

Leonardo Arantes de Melo – prestador de serviço

Luciana Fernandes Menezes

Capa e projeto gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Distribuição

Loyane Damasceno Silva 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

Gráfica e Editora Movimento

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 *Ítalo Mendes*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *João Batista Moreira*

Desembargador Federal *Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene Almeida*

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*

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*

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Amorim*

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 *Assuete Magalhães*
Desembargador Federal *Carlos Olavo*

3ª Seção

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro* – Presidente
Desembargador Federal *João Batista Moreira*
Desembargadora Federal *Selene Almeida*
Desembargador Federal *Fagundes de Deus*
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*
Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

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*
Desembargador Federal *Souza Prudente*

1ª Turma

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

2ª Turma

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

3ª Turma

Desembargadora Federal *Assuete Magalhães* – Presidente
Desembargador Federal *Carlos Olavo*
Desembargador Federal *Tourinho Neto*

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 *Fagundes de Deus*
Desembargador Federal *João Batista Moreira*

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

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso* – Presidente
Desembargador Federal *Leomar Amorim*
Desembargador Federal *Souza Prudente*

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 *Assuete 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 *Amilcar 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*

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*

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



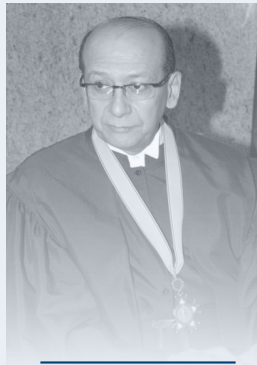
Desembargador Federal
Osmar Tognolo
maio/1997 – maio/1999



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 de magistrados instrutores no STF – Lei 12.019/2009, 23 Ney de Barros Bello Filho	
Artigos Doutrinários	27
Aplicação do Código Civil nas relações administrativas, 27 João Batista Gomes Moreira	
O conteúdo dos direitos fundamentais: considerações acerca da estrutura e da eficácia normativa, 35 Felipe Silva Noya	
Enriquecimento ilícito do agente público. Meios de apuração. Sindicância patrimonial, 46 Sebastião José Lessa	
Inovações Legislativas	63
Lei Complementar 139, de 10 de novembro de 2011.	
Lei 12.513, de 26 de outubro de 2011.	
Lei 12.514, de 28 de outubro de 2011.	
Decreto 7.591, de 28 de outubro de 2011.	
Decreto 7.592, de 28 de outubro de 2011.	
Decreto 7.593, de 28 de outubro de 2011.	
Decreto 7.598, de 7 de novembro de 2011.	
Decreto 7.603, de 9 de novembro de 2011.	
Decreto 7.604, de 10 de novembro de 2011.	
Acórdãos — Inteiros Teores	65
Corte Especial – Homicídio tentado. Organização criminosa. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e de uso restrito. Tráfico internacional de entorpecentes. Desaforamento. Imparcialidade dos jurados. Garantia da ordem pública, 65 Desaforamento de Julgamento 0043472-03.2011.4.01.0000/AM Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian	

Primeira Seção – Conflito negativo de competência. Juízo de Direito e Juízo do Juizado Especial da Fazenda Pública Estadual. Competência Delegada Federal. Art. 109, §3º da CF/1988. Lei 12.153/2009. Inaplicabilidade. Lei 10.259/2001. Vedação expressa. Juizado Especial Estadual. Impossibilidade de julgamento de causas previdenciárias, 70

Conflito de competência 0012845-16.2011.4.01.0000/RO

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

Segunda Seção – Agravo regimental. Ação de improbidade administrativa. Prefeito. Condenação. Acórdão da Segunda Seção deste Tribunal. Decisão que ordenou a intimação do requerido para pagamento no prazo de 15 (quinze) dias. Alegação de incompetência da Justiça Federal e, também, deste TRF. Trânsito em julgado ocorrido em janeiro de 2008. Decadência para o ajuizamento de ação rescisória. Impossibilidade de levantamento de questões, 73

Numeração única: 0027862-73.2003.4.01.0000

Agravo Regimental na Ação Civil de Improbidade Administrativa 2003.01.00.036269-4/BA

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

Terceira Seção – Agravo regimental. Ação rescisória. Interposição de dois recursos pela mesma parte contra a mesma decisão. Princípio da singularidade. Exceção. Interposição de embargos declaratórios juntamente com outros recursos. Precedentes. Preclusão não caracterizada. Agravo provido, 75

Numeração única: 0022484-29.2009.4.01.0000

Ação Rescisória 2009.01.00.023603-3/AC

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

Quarta Seção – Agravo regimental. Conflito negativo de competência. Execução fiscal ajuizada por Município contra empresa pública federal. Competência da Justiça Federal (CF, art. 109, I). Competência do suscitante, 78

Agravo Regimental em Conflito de Competência 0032064-15.2011.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca

Primeira Turma – Ação de restabelecimento de benefício decorrente de acidente de trabalho. Incompetência da Justiça Federal, 81

Apelação 0002988-91.2011.4.01.9199/MG

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

Segunda Turma – Aposentadoria por idade. Trabalhadora rural. Não preenchimento dos requisitos. Vínculos urbanos do marido, 84

Apelação 0061565-96.2010.4.01.9199/MG

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves

Terceira Turma – Arts. 273, § 1º-B, I, do CP (crime contra a saúde pública) e art. 241-B da Lei 8.069/1990 (armazenamento de fotografias/imagens de cenas de pornografia infantil) – competência da Justiça Federal, inclusive para processar e julgar o crime contra a saúde pública – Súmula 122 do STJ, 86

Habeas Corpus 0003116-63.2011.4.01.0000/RO

Relator: Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida (convocado)

Quarta Turma – Desapropriação. Decisão que suspendeu o procedimento administrativo sem a participação da impetrante possuidora do imóvel expropriado. Legitimidade. Contrato de promessa de compra e venda sem registro. Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça, 88

Agravo de Instrumento 0019942-04.2010.4.01.0000/BA

Relatora: Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo (convocada)

Quinta Turma – Responsabilidade civil. Danos materiais e morais. Acidente em rodovia com morte. Existência de lombadas na pista. Ausência de sinalização. Responsabilidade objetiva do Estado, 91

Numeração única: 0005081-51.2004.4.01.4000

Apelação/Reexame Necessário 2004.40.00.005083-2/PI

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

Sexta Turma – Responsabilidade civil. Imóvel financiado e com o pagamento das prestações regular colocado à venda. Notificação de desocupação. Direito de moradia e de propriedade ameaçados. Dano moral configurado. Ação comissiva da CEF. Nexo causal. Valor da indenização. Litigância de má-fé não configurada, 97

Numeração única: 0003325-24.2009.4.01.3000

Apelação Cível 2009.30.00.003334-0/AC

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Sétima Turma – Execução fiscal em vara federal. Exceção de pré-executividade. Prescrição ordinária. Constituição do crédito: autolancamento ou por notificação da Receita. Ausência de contraminuta: omissão da FN sobre fato relevante, 102

Agravo de Instrumento 0012659-90.2011.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral

Oitava Turma – Competência. Art. 61 da Lei 5.010/1966. Inaplicabilidade. Juízo criminal. Apreensão de mercadorias. Auto de infração fiscal. Pena de perdimento, 104

Agravo de Instrumento 0036068-95.2011.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Decisões Monocráticas

107

Inadmissibilidade. Recurso especial, ao fundamento de que não houve particularização das alegadas omissão, obscuridade, contradição e ausência de fundamentação, além de não ter havido o devido prequestionamento, requisito para a admissibilidade do recurso, porquanto a tese, não tendo sido levantada na apelação, somente foi cogitada quando da interposição do apelo especial, o que provoca a incidência da Súmula 282 do STF, 107

Numeração única: 0025915-75.2003.4.01.3300

Apelação Cível 2003.33.00.025899-8/BA

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Indeferimento de pedido formulado pelo Ministério Público Federal, em sede de ação civil pública, para que fosse determinada a abstenção do réu/agravado de promover desmatamento da área discutida nos autos de origem ou qualquer outra espécie de exploração sobre a área já desmatada. O *decisum* foi fundamentado no fato de que, decorridos seis anos da autuação do agravado, não há *risco iminente* de dano ambiental suscetível de justificar medida cautelar, 108

Agravo de Instrumento 0008008-15.2011.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira

Indeferimento de petição inicial de mandado de segurança impetrado contra ato da Quarta Seção deste Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que declarou a competência do Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Ananindeua/PA para processamento e julgamento de execuções fiscais, 110

Mandado de Segurança 0055801-47.2011.4.01.0000/PA

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves

Indeferimento de petição inicial em mandado de segurança impetrado contra ato que determinou a expedição de mandado de desocupação e reintegração de posse em favor da CEF nos autos de reintegração de posse movida pela empresa pública, **112**

Mandado de Segurança 0060093-75.2011.4.01.0000/PI

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

JEFs em Revista

115

Previdenciário. Tempo de serviço especial. Agentes nocivos superiores ao limite de tolerância previsto na legislação de regência. Comprovação mediante formulário próprio, acompanhado de laudo pericial firmado por engenheiro de segurança do trabalho. Tempo de contribuição insuficiente para a aposentadoria. Possibilidade de conversão de tempo especial em comum. **Averbação, 115**

Numeração única: 0090423-14.2005.4.01.3800

Recurso inominado 2005.38.00.745452-4

Relator: Juiz Federal Giovanny Morgan

Responsabilidade civil. Serasa. Inscrição indevida, anterior ao vencimento do contrato de empréstimo para antecipação de restituição do IRPF/13º salário. Responsabilidade civil objetiva da Caixa Econômica Federal. Desnecessidade de comprovação objetiva do dano moral experimentado pelo autor. Fixação do *quantum* indenizatório. Princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Ausência de comprovação de quitação do contrato, **117**

Numeração única: 0033189-46.2010.4.01.3300

Relator: Juiz Federal Fábio Stief Marmund

Benefício assistencial. Transtorno bipolar. Incapacidade e miserabilidade demonstradas, **118**

Numeração única: 0033641-72.2009.4.01.3500

Recurso inominado 2009.35.00.908964-4

Relatora: Juíza Federal Alcioni Escobar da Costa Alvim

Benefício de amparo assistencial (Lei 8.742/1993). Obesidade mórbida. Incapacidade demonstrada, **119**

Numeração única: 0045956-69.2008.4.01.3500

Recurso inominado: 2008.35.00.913153-4

Relatora: Juíza Federal Alcioni Escobar da Costa Alvim

Reconhecimento de períodos laborados em condições especiais. Sujeição a gases tóxicos próprios da indústria petroquímica em um dos vínculos laborais. Direito comprovado. Formulário e laudo atestam salubridade em relação ao outro período. Ausência de direito, **121**

Numeração única: 0021756-79.2009.4.01.3300

Recurso inominado 2009.33.00.704797-9

Relator: Juiz Federal Valter Leonel Coelho Seixas

Breviário

123

Suspensão da execução de liminar. Implantação de serviços e reserva de leitos de UTI. Percentual mínimo da Portaria GM/MS 1.101/2002. Inexistência de pressupostos específicos da contracautela. Dano inverso à coletividade.

Responsabilidade civil. Obra. Impossibilidade de cumprimento do contrato imputável à União. Pessoa jurídica. Lucros cessantes e danos morais caracterizados. Súmula 227 do STJ.

Fundo de Participação dos Municípios – FPM. Portaria da Secretaria do Tesouro Nacional e Balanço Geral da União. Base de cálculo do Fundo. PIN e Proterra. FEF e FSE (5,6%). Restituição do Imposto de Renda retido na fonte pela União, autarquias e fundações. Não ocorrência. Inclusão das receitas oriundas da dívida ativa na base de cálculo do FPM.

Conflito negativo de competência. Mandado de segurança. Autoridade coatora indicada erroneamente. Legitimidade passiva. Eventual correção de ofício. Impossibilidade.

Administrativo. Servidor público. GDAOC – Gratificação de Desempenho de Atividade Oficial de Chancelaria. Lei 10.479/2002. Percentual diverso do concedido aos inativos/pensionistas. Possibilidade. Não ofensa à paridade constitucional.

Aposentadoria por idade. Trabalhador rural. Início de prova material. Não preenchimento dos requisitos.

Recurso em sentido estrito. Competência. Delitos dos arts. 297 e 304 do Código Penal. Apresentação de documento falso, perante a Polícia Federal, com intuito de obter registro profissional de vigilante. Crime cometido em detrimento de serviço da União. Competência da Justiça Federal.

Ação por improbidade administrativa. Afastamento do exercício de funções e cargos públicos. Cabimento. Necessidade de preservação da instrução processual. Prova de existência de contrangimentos a testemunhas.

Ação de cobrança. Cartão de crédito. Ausência de contrato escrito assinado. Efetiva utilização do cartão. Prova.

Execução de título judicial. Honorários de sucumbência. Pedido de desconsideração da personalidade jurídica. Indeferimento.

Execução fiscal. Gratuidade de justiça. Presunção relativa. Não comprovação da incapacidade econômica.

Embargos à execução fiscal. Extinção por ausência de segurança do juízo. Impossibilidade. Nomeação de curador especial. Defensoria pública. Dispensa do oferecimento de garantia do juízo. REsp 1.110.548/PB, julgado no regime do art. 543-C do CPC. Representativo da controvérsia.

Repositórios Oficiais de Jurisprudência

129

Normas de Envio de Artigos Doutrinários à Revista

131

A Seção Ponto de Vista da Revista deste mês traz entrevista do Juiz Federal Ney de Barros Bello Filho, precursor no Supremo Tribunal Federal na função de magistrado instrutor, que visa a agilizar a tramitação dos processos penais de competência originária daquela Corte (Lei 12.019/2009).

Além disso, a Revista apresenta o texto *Aplicação do Código Civil nas relações administrativas*, de lavra do Desembargador Federal desta Corte João Batista Gomes Moreira, bem como outros dois artigos: *O conteúdo dos direitos fundamentais: considerações acerca da estrutura e da eficácia normativa*, de Felipe Silva Noya; e, *Enriquecimento ilícito do agente público. Meios de apuração. Sindicância patrimonial*, de Sebastião Lessa.

Acórdãos dos órgãos colegiados desta Corte, decisões monocráticas e decisões das Turmas Recursais dos JEFs da Primeira Região também estão publicados.

Boa leitura.

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 liberdade é o direito de fazer o próprio dever."
Auguste Comte*

Disponível em: <<http://www.citador.pt/frases/a-liberdade-e-o-direito-de-fazer-o-proprio-dever-auguste-comte-11168>>.

A atuação de magistrados instrutores no STF – Lei 12.019/2009

Ney de Barros Bello Filho*



“O Regimento Interno do STF foi atualizado e criou-se uma cultura de tramitação de feitos criminais compatível com qualquer vara criminal bem sucedida no País. [...] Hoje julgam-se muitos processos criminais e com tempo de tramitação indiscutivelmente menor.”

Revista: O senhor foi convocado para auxiliar o então Presidente do STF Ministro Gilmar Mendes na área penal. Sua função era organizar o cartório criminal daquela Corte e estudar propostas de alteração do Regimento Interno para agilizar a tramitação dos processos penais de competência originária da Corte. Como foi este trabalho?

Ney Bello: O Supremo Tribunal Federal é uma Corte que cumula competências. Ela é uma Corte Recursal Extraordinária, mas é também uma Corte Criminal e uma Corte Constitucional. Isto implica a necessidade de combinação de diversas expertises. É necessário que ministros e funcionários sejam versados em matéria penal, constitucional e Direito em geral. Isto é o que se espera de todos, pois a máquina judiciária movimenta processos de muitas naturezas. Quando trabalha com a sua competência penal originária o STF faz o mesmo trabalho das varas criminais, mas seus servidores e sua estrutura procedimental estavam prioritariamente voltados para questões constitucionais. Era necessário que o STF abraçasse a jurisdição penal com afinco para que os processos tramitassem de forma célere e racional, sem a infinita demora que levava à inevitável prescrição. O que desejava o Presidente Gilmar Mendes era adequar

rotinas processuais, mecanismos de tramitação e tratamento do processo criminal ao modelo de uma vara criminal, fazendo com que os processos penais de agentes com foro específico tivessem a mesma movimentação e velocidade de conclusão que as varas e cortes criminais do país. O trabalho foi exaustivo e imensamente proveitoso. O Regimento Interno do STF foi atualizado e criou-se uma cultura de tramitação de feitos criminais compatível com qualquer vara criminal bem sucedida no País. A enorme visão e inquestionável senso prático do então presidente fizeram com o que o resultado pudesse ser sentido estatisticamente. Hoje julgam-se muitos processos criminais e com tempo de tramitação indiscutivelmente menor.

Revista: Por que surgiu a necessidade de reorganização do trâmite dos processos penais no STF? Por que se concluiu que haveria necessidade da convocação de juízes de outra instância do Poder Judiciário?

Ney Bello: Exatamente por ser o STF uma Corte de competência plural, mas com inegável pendor constitucional, era necessário trazer a experiência das varas criminais. Isto faria, como de fato fez, com que os processos criminais caminhassem mais velozmente e houvesse uma atenção maior às suas tramitações. Isto sem negar a inevitável lufada de jurisdição de primeiro grau que invadiu o STF, permitindo um assessoramento maior das causas criminais pelos senhores ministros. A sociedade sempre cobrou muito dos Tribunais a

*Juiz Federal Titular da 1ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Maranhão – SJMA/TRF1.

finalização dos feitos criminais, e a recente medida de criação da função de Magistrados Instrutores dotou a Corte do arsenal necessário para a funcionalização dos processos.

Revista: Os efeitos da Lei 12.019/2009, no que se refere ao tempo de tramitação das ações, estão aparecendo atualmente, com a conclusão das instruções das ações penais em torno de quatro meses (antes da lei o prazo muitas vezes se estendia por quatro anos), evitando a ocorrência da prescrição das ações. O senhor pode comentar sobre isso?

Ney Bello: A utilização de magistrados instrutores permite que a instrução criminal seja realizada por um só juiz. Ao invés de o Tribunal utilizar as Cartas de Ordem, é o juiz convocado quem viaja o Brasil realizando audiências e despachando em incidentes processuais. Não apenas a celeridade é manifesta, como também o conhecimento da causa por parte do juiz se torna evidente. Desta maneira, cada magistrado convocado fica responsável por um só gabinete – com acervo variável entre 30 e 50 processos ou inquéritos – o que permite um franco desenvolvimento da jurisdição penal. Qualquer juiz criminal do Brasil tem muito mais ações sob sua responsabilidade, e ao tratar com este número reduzido de processos ele pode realizar um trabalho qualificado, detalhado e de extrema competência, colaborando com o STF e com toda a jurisdição criminal brasileira.

Revista: Um caso interessante foi o do Deputado Federal Neudo Campos (PP-RR), que renunciou ao mandato antes que o senhor procedesse à oitiva das testemunhas. Foi então que o Ministro Gilmar Mendes declinou da competência em favor da Seção Judiciária de Roraima, determinando o aproveitamento dos atos preparatórios. Nessa situação, o ministro considerou que as designações e intimações continuavam válidas, afirmando que a condução das audiências pelo juiz federal de primeira instância não traria nenhum prejuízo, nem à defesa nem à acusação. O senhor pode comentar esse caso específico?

Ney Bello: Atuando perante o STF estão os melhores advogados do País, e é natural a prática de grandes estratégias. Renunciar às vésperas de uma condenação em foro nos tribunais tem sido uma prática corriqueira. O magistrado deve ter a sensibilidade de verificar quando é o caso de lúcida e legítima técnica de defesa e quando é o caso de um mero artifício para postergar e negar a atuação da Justiça. Neste caso específico eu iria para Roraima em determinada data ouvir todas as

testemunhas de mais de dez processos que corriam contra o parlamentar citado. Ante o encerramento da instrução criminal, o réu achou por bem renunciar ao mandato para que o processo fosse encaminhado para aquela Seção Judiciária. Ocorre que as testemunhas e os réus já haviam sido intimados, e o ato político possuía apenas o intento de postergar a realização de todas aquelas audiências, que, se me recordo bem, eram mais de trinta. Atento a este fato, o relator, Ministro Gilmar Mendes, decidiu manter todos os atos preparatórios e declinar a competência ao colega Helder Girão, já para a realização das audiências. Isso sinalizou positivamente para a sociedade, deixando ver a todos que o STF não endossava a política de chincanas processuais e de eternização de procedimentos criminais.

Revista: Os benefícios trazidos com o advento da Lei 12.019/2009 se referem não somente ao ganho de tempo no transcurso das ações penais no STF, mas também à qualidade da instrução. Quando feita diretamente por um só juiz de primeira instância, tal instrução se revela mais pormenorizada?

Ney Bello: As instruções sempre foram feitas por juízes. Os ministros do STF nunca interrogam réus ou ouvem testemunhas. Com o advento da lei, no entanto, deixou-se de chamar ao processo uma enorme pluralidade de juízes e confiou-se toda a instrução criminal a um só magistrado. Em outras palavras, o STF deixou a pauta de audiências de diversas varas de todo o País e passou a montar a sua própria pauta. Considerando-se que o acervo do STF é de apenas 30 ou 50 processos por gabinete, esta pauta refinada permite a conclusão célere e expedita de procedimentos desta natureza. Além disso, a instrução nas mãos de um só juiz permite um conhecimento mais verticalizado e menos formal do conjunto dos fatos.

Revista: O senhor entende que há possibilidade de haver algum prejuízo às partes, tendo em vista que muitas pessoas alegam que a lei sob comento *pressiona* o trâmite processual?

Ney Bello: Em absoluto! O que a lei faz é devolver ao STF a instrução dos feitos de sua competência, que era dissolvida por meio do artifício das cartas de ordem. O que ela permite é que o Tribunal competente faça instrução conforme a sua própria pauta e agenda, e não se submeta ao dia a dia de outras varas do País, que funcionavam mediante ordem (ou empréstimo). A pouca grita que se vê vem do fato de o STF estar julgando mais, concluindo melhor e condenando mais em processos criminais. Agindo como um Tribunal

Penal, com sua estrutura especializada, seu cartório específico e sua própria pauta o Supremo Tribunal Federal conclui os processos, e deixa para trás um histórico de não condenações e de prescrições. A reclamação existe por parte de réus e advogados que se acostumaram com uma não jurisdição penal e uma

completa ausência de razoabilidade dos períodos de tramitação. Os processos se eternizavam e agora chegam ao fim. As medidas tomadas pelo STF na presidência do Ministro Gilmar Mendes permitiram à Corte cumprir a sua função constitucional. Isto só incomoda a quem não quer que o Tribunal funcione.

Aplicação do Código Civil nas relações administrativas

João Batista Gomes Moreira*

Agradeço ao Professor Flávio Henrique Unes Pereira, ilustre fundador e presidente do Instituto de Direito Administrativo do Distrito Federal, a gentileza do convite para participar deste memorável congresso de Direito Administrativo destinado a discutir o *Direito Administrativo e a interlocução com os demais ramos do Direito*. Nada mais apropriado para um tempo em que se busca, na teoria, substituir pela interdisciplinaridade a extrema especialização preconizada pelo racionalismo jurídico e, na prática, com a horizontalidade democrática das relações, superar, ao mesmo tempo, o patrimonialismo e o autoritarismo da administração.

Há um poema de Fernando Pessoa – *Aniversário* – que começa assim: “No tempo em que festejavam o dia dos meus anos, eu era feliz e ninguém estava morto”. Nos últimos congressos de Direito Administrativo, tem tido presença constante a saudade traduzida nesse poema e a “raiva de não ter trazido o passado roubado na algibeira!...” Minha reverência a Marcos Juruena Villela Souto e a Carlos Pinto Coelho Mota, este, que deveria estar fazendo parte da próxima série de painéis.

Não tivemos oportunidade, eu e meus colegas de painel, de estabelecer previamente distribuição dos enfoques sobre o tema, de modo que há o risco de alguma superposição ou omissão, o que espero não venha a prejudicar tanto o aproveitamento, nosso e de nosso ilustrado auditório.

Como sempre digo nestas ocasiões, a separação entre a mesa de trabalhos e o auditório é meramente instrumental. Bem a propósito do tema “aplicação do Código Civil nas relações administrativas”, peço que considerem como se aqui estivéssemos – expositores e auditório – em uma mesa horizontalmente redonda.

1 Código Civil e relações administrativas

O Código Civil traz algumas normas que são, na verdade, normas gerais de Direito, como o são as normas de sua lei de introdução, e algumas normas específicas de Direito Administrativo, de que são representativas as constantes do Livro II, Capítulo III – Dos Bens Públicos. Nesses dois casos, a aplicação às relações administrativas não sofre qualquer restrição.

É objeto do presente estudo a aplicação, às relações administrativas, das normas típicas de Direito Civil, não daquelas.

A delimitação das *relações administrativas* implica delimitar *administração*, o que será feito pelos critérios material, orgânico ou subjetivo e formal ou do regime jurídico.

1.1 Administração pelo critério material (residual)

No Estado absolutista, o soberano concentrava, sem distinção, as três clássicas funções – legislação, administração e jurisdição. Na evolução para o Estado de Direito, foram paulatinamente retiradas do poder real e atribuídas a órgãos independentes a legislação – criação de normas gerais e abstratas – e a jurisdição – resolução concreta de conflitos individuais. O que permaneceu na esfera do poder real constitui, no Estado de Direito, a atividade tipicamente administrativa.

É administração tudo que não seja legislação nem jurisdição. Deve ser acrescentado que *legislação* e *jurisdição* são apenas o produto, o resultado essencial, das funções legislativa e jurisdicional, pois as atividades-meio dessas duas funções também ostentam natureza administrativa. Daí concluir-se que o Decreto-Lei 200/1967 disse menos do que deveria ao estabelecer que a administração direta era composta pela presidência da República e ministérios, o que, certa feita, deu origem a polêmica sobre se determinada gratificação, instituída para os servidores da *Administração Direta*, seria extensível aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário.

À luz do critério residual, são, portanto, administrativas as atividades-meio das três funções básicas do Estado e, além disso, são administrativas no pleno sentido da designação as atividades-fim da função executiva, com exceção aqui apenas do resultado final das atividades políticas ou de governo. Uma das mais importantes atividades-meio da função executiva é a tributação. As atividades-fim da mesma função podem ser resumidas em intervenção na propriedade e no domínio econômico¹ e social, polícia administrativa,

*Mestre e doutor em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais; Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

¹ As formas de intervenção econômica são classificadas em: a) *atuação na economia*, quando o Estado assume o papel de sujeito da atividade econômica, seja em regime de monopólio, seja em regime de concorrência; b) *atuação sobre a economia*, que se dá sob a forma de direção compulsória (controle, fiscalização, restrição à liberdade

serviço público e regulação. Em certos casos a regulação – ex.: quando se traduz em atividade de polícia –, confunde-se com aquelas demais atividades administrativas, mas por motivo técnico, nos últimos tempos, passou a formar núcleo distinto.

Dessa genérica conclusão deve ser destacado que a jurisdição, conquanto destinada, em caráter final, à preservação da ordem jurídica, sob uma perspectiva imediata, ou seja, nas respostas dadas aos casos individuais, pode ser considerada serviço público. Concorda com a natureza de serviço público, atribuída à atividade judiciária, o fato de dar origem à cobrança de taxa, que é tributo pela prestação de serviço público específico e divisível. É também administrativa a atividade de investigação, por meio de comissões parlamentares de inquérito, empreendida na estrutura da função legislativa.

O critério residual para definir a administração é a fórmula tradicional do direito austríaco-alemão. Justifica-se historicamente porque

la justicia y la legislación van recorriendo paulatinamente el camino de la independización, arrancando de manos del monarca absoluto competencias que antes le eran propias, y justamente lo que queda em poder de aquél, una vez realizadas las sustracciones de competencia antedichas, constituye como remanente residual la función administrativa.²

Diz, da mesma forma, Otto Mayer que a atividade total do Estado compreendia, originariamente, legislação, administração e jurisdição. Essas funções, no curso da história, vieram a se separar. Ficou para a administração toda atividade que não seja nem justiça nem legislação, “por conseguinte, esta noción parece estar delimitada negativamente: administración debe ser toda actividad del Estado que no es legislación ni justicia”. De outra parte, nem tudo que o Estado possa fazer fora da legislação e da justiça é administração, pois permaneceu como *governo* uma atividade auxiliar de Direito Constitucional.³

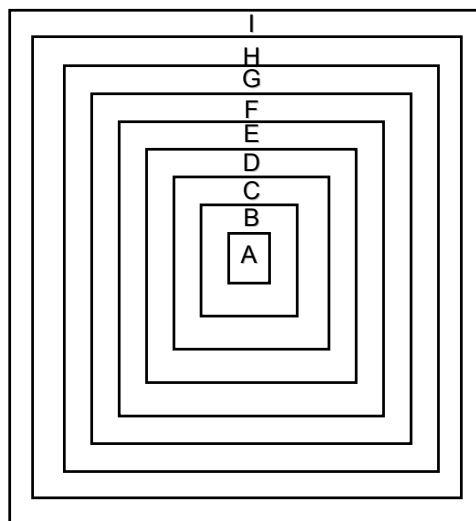
Alguns autores criticam o critério residual ou negativo, que consideram cientificamente inaceitável, apesar de admitirem dificuldade de delimitar a

atividade materialmente administrativa por outro critério, devido a sua variedade e fragmentação.

1.2 Administração pelo critério orgânico ou subjetivo

A Administração Pública brasileira foi, há pouco tempo, objeto de reexame por uma comissão de notáveis juristas (Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Paulo Eduardo Garrido Modesto, Maria Coeli Simões Pires, Sérgio de Andréa e Maria Sylvia di Pietro) designados “para propor uma nova estrutura orgânica para o funcionamento da Administração Pública Federal e das suas relações com entes de colaboração”. A proposta de reforma é tema de uma série de painéis deste Congresso. Enquanto não concretizadas as mudanças propostas, a estrutura de nossa administração, nos três níveis, com as devidas adaptações, pode ser assim representada:

A administração direta estende-se pelas três funções estatais, enquanto que a indireta é forma de descentralização da atividades-fim,



A = Administração direta ou centralizada (pessoas jurídicas constitucionais)

B = Entidades autárquicas

C = Empresas e fundações públicas

D = Empresas mistas (e subsidiárias)

E = Concessionárias de serviço público

F = Permissionárias de serviço público

G = Delegatários de serviços notariais e de registro (art. 236 da CF)

H = Empresas privadas contratadas ou conveniadas para participar do Sistema Único de Saúde (art. 199, § 1º, da CF)

I = Participação no terceiro setor.

de contrato, imposição de obrigações positivas e repressão de infrações à ordem econômica) ou de *indução* (estímulo, fomento e incentivo) (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 175).

²DROMI, José Roberto. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1983, p. 161.

³MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Trad. Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949, v. I, p. 4, 10-11.

predominantemente, do Poder Executivo. Diz-se *predominantemente* porque há resíduos de atividade-fim administrativa na estrutura das duas outras funções, como é o caso dos serviços notariais, que estão vinculados à função judiciária.

Em antiga lição, contrariamente ao que foi previsto no Decreto-Lei 200/1967, opinou Celso Antônio Bandeira de Mello que deveriam ser consideradas administração indireta apenas as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público. Fora estariam as empresas públicas e sociedades mistas destinadas a atividade econômica *stricto sensu*. Pelo mesmo critério, haveria inserção, na administração, das concessionárias e permissionárias de serviço público.

Mas evoluiu o pensamento do mestre singular, conforme posição reafirmada (já manifestada em artigo intitulado *Natureza Essencial das Sociedades Mistas e Empresas Públicas*)⁴ em conferência de encerramento do V Congresso Sul-Americano de Direito Administrativo (realizado em Foz do Iguaçu/PR, novembro/2001), sob o título *Regime Jurídico Público e Privado na Administração Pública: Pontos de Aproximação e Afastamento*. Nessas ocasiões, sem distinção, concluiu que existe um abismo profundo entre as entidades administrativas e as demais pessoas jurídicas de direito privado. Sejam elas dedicadas à prestação de serviço público ou desenvolvimento de atividade econômica *stricto sensu*, mantêm a qualidade de instrumentos de ação do poder público e, portanto, a personalidade de direito privado, que lhes seja infundida, é uma característica accidental. É apenas um meio, que não pode preponderar sobre a finalidade pública ou comprometer a aplicação de recursos captados total ou majoritariamente de fontes públicas. A personalidade privada, atribuída por lei, não tem o efeito de desgarrar tais entidades da órbita do poder público.

De fato, não há razão para deixar fora do alcance da Administração Pública, seja sob o aspecto orgânico, seja pelo critério objetivo, as atividades econômicas (*stricto sensu*) do Estado, fundadas que estão em imperativos da segurança nacional ou em relevante interesse coletivo (art. 173 da Constituição), vale dizer, também fundadas no interesse da sociedade, ainda

que considerado de menor relevância que o atendido pelos serviços públicos. Isto, sem contar que

há um tipo de situação interessante: é aquela, por exemplo, do Banco do Brasil, que é companhia mista e exploradora de atividade econômica, mas que exerce algumas atribuições delegadas, alguns serviços públicos.⁵

A propósito, entendeu o extinto Tribunal Federal de Recursos que “quando o Banco do Brasil exerceu atividade de fiscalização das operações cambiais o fez por delegação da União; deste modo, a responsabilidade civil por prejuízo que, eventualmente, tenha causado a terceiro no exercício dessa atividade é da União (DJ de 23/04/1987).⁶

O art. 173, §1º, da Constituição prevê que

[...] a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...] II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Há que se levar em conta que a finalidade desse dispositivo é a preservação do princípio da livre iniciativa, declarado desde o art. 1º da Constituição (inciso IV). Em face dele, não é lícito atribuir às empresas estatais, econômicas *stricto sensu*, qualquer privilégio que prejudique a livre concorrência, mas não há impedimento a que lhes sejam impostas restrições ditadas pela finalidade pública.

É por isso que a própria Constituição não faz distinção entre empresas de serviço público e econômicas em sentido estrito, nos seguintes pontos: a) legitimidade de qualquer cidadão para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe (art. 5º, LXXIII); b) licitação com observância dos princípios da Administração Pública (art. 22, XXVII, 37, XXI, e 173, §1º, III); c) obrigatoriedade de prestação de contas da Administração Pública, direta e indireta, sob pena de intervenção nos Estados e Municípios (art. 34, VII, d); d) atenção aos princípios gerais — legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência — e específicos — isonomia no acesso a cargos, empregos e funções; concurso público, ressalvadas a nomeação para cargo em comissão; proibição de

⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza Essencial das Sociedades Mistas e Empresas Públicas*. *Revista de Direito Público*, 71, p. 111-117, 1984.

⁵FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, v. III, p. 333.

⁶FERREIRA, loc. cit.

acumular cargos, empregos e funções; autorização legal para criação, inclusive de subsidiárias, e para participação em empresa privada — da Administração Pública (art. 37, *caput* e I, II, XVII e XIX); e) fiscalização e controle de seus atos pelo Congresso Nacional (art. 49, X); f) limites globais e condições, fixados pelo Senado Federal, para operações de crédito externo (art. 52, VII); g) impedimentos a deputados e senadores (art. 54, I); h) controle externo pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União, e interno pelo Poder Executivo (art. 70, *caput* e *parágrafo único*, 71, II, III e V, e 74); i) competência da Justiça Federal e da Polícia Federal em relação às empresas públicas (art. 109, I e IV, e 144, §1º, I); j) disciplina, por lei complementar, da dívida pública externa e interna (art. 163, II); l) depósito das disponibilidades de caixa em instituições financeiras oficiais (art. 164, §3º); m) inclusão do orçamento fiscal e do orçamento de investimento na lei orçamentária anual e disciplina, por lei complementar, da gestão financeira e patrimonial (art. 165, §5º, II e III, e §9º, II); n) vedação do aporte de recursos a entidade de previdência privada, salvo na qualidade de patrocinador e disciplina, em lei complementar, das relações com suas respectivas entidades fechadas de previdência privada (art. 202, §§3º e 4º); o) anistia aos servidores públicos atingidos por atos de exceção, com motivação exclusivamente política (art. 8º, §5º, do ADCT).

1.3 Administração pelo critério formal ou do regime jurídico

Inicialmente, tinha-se que a nota predominante do regime jurídico administrativo era a presença das prerrogativas de poder. Tal orientação predominou, particularmente, junto com a concepção de *puissance publique* (Maurice Hauriou) como característica essencial da administração. A noção-chave do Direito Administrativo estaria na necessidade de que a gestão pública fosse dotada de um poder especial. Haveria uma natural desigualdade (verticalidade) entre a administração e os *administrados*, termo este, por incrível que pareça, ainda hoje empregado pela democrática lei brasileira de processo administrativo.

Em certo momento, chegou-se à conclusão que a essência do regime jurídico administrativo não pode ser constituída apenas pela supremacia de poder. Há situações em que o Poder Público coloca-se em posição desigual em relação às pessoas privadas não só em função de prerrogativas, mas também de restrições especiais, como a exigência de licitação em suas contratações. Isto levou Jean Rivero a afirmar que

[...] as normas de direito administrativo caracterizam-se em face das do direito privado, seja

porque conferem à Administração prerrogativas sem equivalente nas relações privadas, seja porque impõem à sua liberdade de ação sujeições mais estritas do que aquelas a que estão submetidos os particulares.⁷

Esse aditamento não foi, porém, suficiente para salvar a concepção clássica do Direito Administrativo, a essa altura abalada também pelo fato de a administração ter passado a executar serviços comerciais e industriais, mediante o emprego de métodos do direito civil. Em contrapartida, aconteceu de entidades privadas receberem diretamente da lei *poder regulamentar* e *tarefas intervencionistas*, do que é exemplo a ocorrência de poder regulamentar exercido por organismos profissionais.⁸ Atenuou-se a diferença, quanto aos processos empregados, entre atividades públicas e privadas, ensejando que, em certos casos, pessoas privadas fossem dotadas de prerrogativas de poder público.⁹

Chegou-se a pensar que o Direito Administrativo não teria mais território próprio. Estaria fadado à extinção. Na tentativa de conciliar a realidade com a concepção dicotômica (Direito Público e Direito Privado), idealizou-se a figura do *regime jurídico híbrido*, que seria formado por regras e princípios dos dois campos entrelaçados. Tal regime jurídico

[...] justapõe, em consequência da combinação de elementos públicos e privados, regras de direito administrativo e regras de direito privado e, por conseguinte, os litígios relacionados com uma tal instituição vão ser da competência ou dos tribunais judiciários ou da jurisdição administrativa, conforme o assunto a que dizem respeito. [...] Existe aqui, não uma confusão, mas pelo menos uma interpenetração, uma imbricação.¹⁰

Não haveria, assim, uma média, uma mistura homogênea, abstratamente considerada, mas uma convivência de relações concretas que se regem umas pelo direito público e outras pelo direito privado. Nessa linha, Miguel Seabra Fagundes reporta-se à opinião de Ranelletti para considerar que são administrativos os atos que o concessionário de serviço público pratique no exercício de *poder de império* — exemplo: arrecadação de tributos, atividade de polícia etc.¹¹ —,

⁷ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad. Doutor Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 42.

⁸ LAUBADÈRE, André de. *Direito Público Econômico*. Trad. Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985, p. 80, 420.

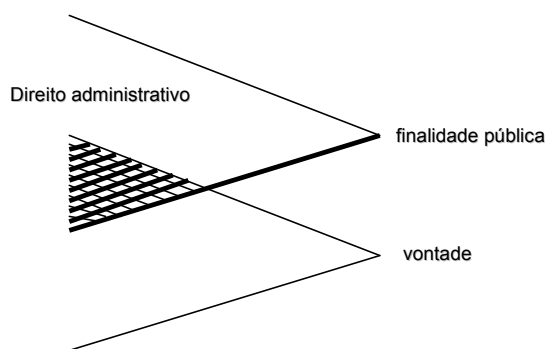
⁹ RIVERO, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰ LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 25.

¹¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 34.

logo, *a contrario sensu*, os atos de outra natureza reger-se-iam pelo Direito Civil.

Numa noção simplificada, pode-se dizer que no Direito Civil e, portanto, no Código Civil o traço predominante é a prevalência da vontade das pessoas, enquanto que o Direito Administrativo é orientado pela finalidade pública. Mas há situações em que a regra de Direito Civil pode ser instrumentalmente aplicada com finalidade pública. Aliás, essa prática é cada vez mais recorrente na chamada *administração pactuada ou concertada*, em que a finalidade pública é perseguida por meios consensuais aplicados nas relações da administração com a sociedade, assim:



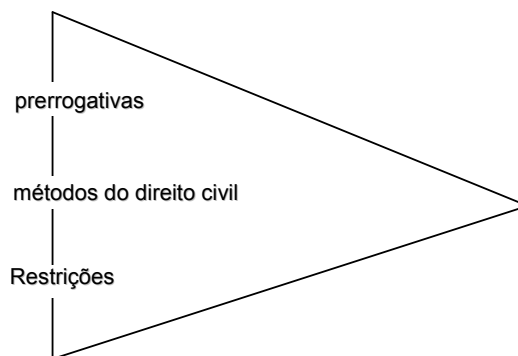
As tendências da administração para o uso preferencial de processos convencionais (contratuais) e recurso a pessoas privadas como auxiliares em suas tarefas leva a que muitas vezes se fale em tendência para a *privatização*, “mas esta privatização é apenas uma tomada de empréstimo de um método, uma inspiração”.¹² É o caso de atividade intervencionista desempenhada por meio de atos *comerciais*: “É comprando, vendendo, fazendo contratos que agem estes organismos. Daí resulta um certo equívoco, pois esta actividade comercial não tem na realidade um fim comercial mas um fim dirigista que noutros tempos o Estado teria cumprido por meio de acção unilateral”.¹³

Exemplo brasileiro que bem ilustra essa situação é o da Companhia Nacional de Abastecimento, que desempenha serviço público de *organização do abastecimento alimentar* – art. 23, VIII, da Constituição – praticando atos, isoladamente considerados, de natureza comercial.

O Código Civil de 2002 estabeleceu (art. 99, parágrafo único) que, “não dispondo a lei em contrário,

consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado”. Fala-se, portanto, em *pessoa jurídica de direito público com estrutura de direito privado*. Enquadram-se nessa situação as empresas públicas, qualificadas como pessoas jurídicas de direito privado, naturalmente que apenas na estrutura. Aliás, no caso das empresas públicas, melhor seria ignorar a dicotomia *público* e *privado* para denominá-las, simplesmente, *empresas administrativas*.

Na administração, as prerrogativas de poder e as restrições especiais, assim como os métodos do direito civil, estão a serviço da finalidade pública. A finalidade pública é o norte pelo qual devem ser orientados e qualificados os meios, submetida essa operação ao princípio da proporcionalidade. Inexistentes os fatores alegados como determinantes ou não havendo correlação adequada entre tais fatores e uma finalidade pública relevante, é indevido o emprego de prerrogativas ou a submissão da administração a restrições especiais.



O raciocínio vale, sim, também para a hipótese de limitações discriminatórias, em que se inclui, exemplificativamente, a exigência de licitação ou de concurso público em situações que impeçam ou dificultem sobremaneira a eficiência, como acontece, em certos pontos, com a atual lei brasileira de licitações.¹⁴ É desproporcional a exigência de licitação na atividade-fim de empresas estatais dedicadas a atividades mercantis, e essas empresas podem dispor de maior liberdade para contratar diretamente seus

¹² LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 116.

¹³ LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 416.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 30.

empregados, nas hipóteses em que o concurso dificulta o recrutamento de profissionais especializados.¹⁵

Quanto às prerrogativas, deve-se registrar que o *poder de império* não é uma nota de desigualdade natural do Estado em relação à sociedade, a depender exclusivamente da vontade do legislador para se estabelecer. Mesmo a legislação está sujeita a controle constitucional de proporcionalidade. Assim, uma lei que crie prerrogativas para a administração só se deve manter aplicável enquanto presentes os fatores reais e a finalidade que determinaram sua edição. Não existe *relação especial de sujeição*, no singular, isolada da finalidade, mas *relações especiais de poder-dever* ou “*intervenciones que son exigidas objetivamente por la finalidad de la institución o por una situación dada*”.¹⁶

Ao ser examinado o critério formal ou do regime jurídico esclarece-se, já, de forma ampla, a questão da aplicação do Código Civil às relações administrativas. Ainda que se fale de *vontade* na administração, esta é uma vontade impessoal e deve ser sempre motivada, como acontece nas escolhas discricionárias, na determinação de conceitos e nas opções interpretativas, dentro da moldura de razoabilidade. Por outro lado, as normas, estritamente, de Direito Civil também podem sofrer o influxo da finalidade pública mesmo nas relações privadas. A questão é de predominância do fator finalístico ou volitivo, conforme o caso.

2 Código Civil e relações administrativas específicas

Noutra visão, há duas formas de pensar a aplicação do Código Civil às relações administrativas. Para os que, aplicando critério cronológico, entendem ser o milenar Direito Civil a matriz de todos os ramos do Direito, com exclusão apenas do Direito Penal, ocorreria sempre aplicação subsidiária de suas normas às relações travadas nos campos especializados.

Para os demais, especialmente depois do fenômeno da constitucionalização, deve-se considerar que as categorias jurídicas são ideias puras. Não

pertencem a este ou àquele campo.¹⁷ Quando se fala, por exemplo, de *contrato*, está-se referindo a um conceito da teoria geral do Direito, a uma *categoria jurídica*, matéria-prima que dá origem ao instituto peculiar a cada disciplina: contrato civil, comercial, trabalhista ou administrativo. A aplicação de normas de um campo a outro, quando ocorre, faz-se analógica ou extensivamente, sem precedência ou hierarquia. Hierarquia e precedência, só das normas constitucionais.

Independentemente de um ou outro enfoque, pontos de contato entre o regime jurídico administrativo e o regime de Direito Civil ocorre, com maior frequência, nos capítulos relativos aos bens públicos, contratos e responsabilidade civil.

2.1 Propriedade pública

São distintas as relações de *propriedade, stricto sensu*, e de *administração*. A chamada *propriedade pública* não é apenas adaptação para o Direito Administrativo da *propriedade* regida pelo Direito Civil. *Administração* exprime relação diferente de *propriedade*, designando, justamente, a atividade do que não é proprietário, isto é, do que não tem a disposição da coisa administrada. Disse Ruy Cirne Lima:

[...] opõe-se a noção de administração à de propriedade nisto que, sob administração, o bem se não entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém, à finalidade impessoal a que essa vontade deve servir. [Há relação de administração (diferente também da relação de mandato)] quando a finalidade, que a atividade se propõe, nos aparece defendida e protegida, pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros”, como a administração paterna dos bens dos filhos, a administração da sociedade civil e a administração do bem de família.¹⁸ Todos os bens públicos, incluídos os dominicais, devem ser vistos sob o prisma de que sobre eles “não prepondera o domínio da vontade particular, em si mesma, devendo valer o primado finalístico dos princípios de direito administrativo.”¹⁹

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 35.

¹⁶ ANABITARTE, Alfredo Gallego. *Las Relaciones Especiales de Sujeción y el Principio de la Legalidad de la Administración*. *Revista de Administración Pública*. Madrid, 34, p. 11-50, ene./abr. 1961, p. 24–25–50.

¹⁷ Cf. CRETELLA JR., José. As Categorias Jurídicas e o Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 85, 1966, p. 13-14. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo* 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 234.

¹⁸ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 1954, p. 20, 55.

¹⁹ FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 73.

A relação de administração pública, contraposta à de propriedade, revela-se nítida nos bens de uso comum do povo: “na propriedade, cabe ao proprietário a faculdade de excluir; no domínio público, quanto aos bens de uso comum, ao utente, a pretensão de não ser excluído”.²⁰ Não nega Ruy Cirne Lima, todavia, pontos de contato entre a relação de administração e a de propriedade. A relação de direito subjetivo (propriedade) convive com a relação de administração, mas é secundária a esta, à qual se deve conformar.

Mesmo os bens dominicais ou do patrimônio fiscal estão, mediata e potencialmente, vinculados à finalidade pública, justificando-se, por isso, sua submissão ao regime administrativo. Esses bens estão momentaneamente desativados, mas não é razoável pretender que a administração não possua reservas. Ao contrário, como em qualquer empreendimento, é necessário que as tenha principalmente para fazer face a situações imprevisíveis. Pode-se considerar que as reservas estão afetadas a uma finalidade que lhes é inerente.

A finalidade pública a que se destinam justifica a instituição, em regra, de prerrogativas e restrições instrumentais (proporcionais) dos bens públicos, entre as quais, sempre citadas, a impenhorabilidade, a imprescritibilidade, a indisponibilidade e a autotutela.

2.2 Contrato da Administração

Prevalece tradicionalmente a concepção de que existem na Administração duas espécies de contratos: a) contratos privados da Administração ou, simplesmente, *contratos da administração* e b) *contratos administrativos*. É comumente ensinado que, instituto típico de Direito Privado, o contrato é utilizado pela Administração na sua pureza originária (contratos privados) ou com adaptações necessárias aos negócios públicos, sendo estes os contratos administrativos propriamente ditos.²¹ O contrato é tratado como instituto peculiar ao Direito Civil, tomado por empréstimo pelo Direito Administrativo em forma pura (contrato da administração) ou com absorção das prerrogativas de poder e restrições especiais (contrato administrativo).

Propõe-se que não há a cogitada dicotomia. Na prática administrativa, as figuras contratuais, em rela-

ção às prerrogativas de poder (traduzidas em cláusulas exorbitantes) e restrições especiais, podem assumir diversos graus, dependendo da relevância e necessidade dessas cláusulas (princípio da proporcionalidade) para atingir a finalidade pública. Além disso, afirma-se que todos os contratos celebrados com a administração estão orientados pela finalidade pública, sendo esta a característica que os transforma, todos, em contratos administrativos e os distingue dos contratos essencialmente de direito civil, comercial ou trabalhista. A nota principal do regime contratual da Administração é a finalidade pública, o que não elimina, mas coloca em segundo plano, efetivamente como meios, as prerrogativas e restrições especiais, assim como os métodos do Direito comum.

O regime dos contratos celebrados pela Administração é modulado em diversos graus, não se podendo falar, nesses domínios, em contratos estritamente de direito privado. Mesmo em seu ponto extremo, a contratação pela Administração submetesse a regras próprias, como as relativas a competência, procedimento, habilitação prévia, formação interna da vontade administrativa, exigência de créditos nos orçamentos gerais, fiscalização da operação financeira, formalização etc.²² Da mesma tese participa Miguel Seabra Fagundes: “O contrato com a Administração Pública apresenta sempre alguma diversidade de regime jurídico se comparado com o entre particulares”.²³ Mesmo que haja coincidência entre a *vontade* da Administração e a do particular (atos negociais), o que conta para a administração, sob pena de desvio ilícito, é a finalidade pública, ainda que consistente na simples exploração do patrimônio, (cuja ociosidade é antissocial), na promoção de comodidades para o público ou na produção de renda para atender a outros fins. O interesse econômico do particular é subsidiário da finalidade pública.

Na jurisprudência, é ilustrativa a decisão, pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, da AMS 110.574-DF, DJ 24/09/1987, em que ficou assentado ser possível, no resguardo do interesse público, rescisão unilateral do contrato administrativo atípico. Em seu voto, como relator, assim se manifestou o Min. Costa Leite:

Concordo com a alegação da impetrante de que se está diante de um contrato administrativo

²⁰ LIMA, *op. cit.*, p. 78.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 194.

²² ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 604.

²³ FAGUNDES, Miguel Seabra, *op. cit.*, p. 182.

atípico, porquanto a prestação de serviços que constitui seu objeto não guarda relação com atividade específica da Administração. Não se pode supor, no entanto, que o Poder Público, *in casu*, se despe das suas prerrogativas. Conquanto tal tipo de contrato seja disciplinado pelo Direito Privado, sujeita-se aos temperamentos do Direito Público, usando-se da feliz expressão de Almiro do Couto e Silva. E nem poderia ser diferente. Como ensina Hely, é inadmissível que a Administração realize qualquer ato ou contrato sem finalidade pública ou contra o interesse público.

2.3 Responsabilidade civil

A responsabilidade objetiva não é exclusiva do Estado. A distinção da responsabilidade do Estado por danos, quanto ao caráter de objetividade, em relação ao setor privado, é questão apenas de predominância. Não há qualquer diferença, por exemplo, nas áreas de transportes, energia, atividades potencialmente danosas ao meio ambiente e direitos do consumidor, em que também no setor privado aplica-se o critério da responsabilidade objetiva. No Código Civil de 2002 foi estabelecido que

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (art. 927, parágrafo único).

Por seu lado, na administração há hipóteses, embora raras, de responsabilidade dependente de culpa ou de falta do serviço (danos ocorridos no desempenho das chamadas obrigações de meio; responsabilidade suplementar por acidente de trabalho – art. 7º, XXVIII -, que, por disposição expressa da Constituição, requer a demonstração de culpa).

A especificidade da responsabilidade civil do Estado está menos no caráter objetivo (que, como visto, é comum, em muitos casos, ao setor privado e nem sempre está presente na responsabilidade estatal) que no fato de as indenizações serem pagas com o patrimônio de todo o povo, o que, em vez de diminuir, como exceção da hipótese de hipossuficiência da vítima (Cf. art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990), aumenta as exigências probatórias a cargo de quem reivindica indenização.

O patrimônio público é relativamente indisponível. Este princípio – encartado no princípio da *indisponibilidade do interesse público* –, no sistema brasileiro, afasta a presunção de verdade dos fatos contra o revel, faz dilatar em favor das pessoas jurídicas públicas os prazos processuais, dificulta a

conciliação, impede a penhora de bens, determina remessa obrigatória do processo à segunda instância e condiciona os pagamentos feitos pela Fazenda Pública, em virtude de decisões judiciais, aos precatórios. Abstraida a questão da necessidade e proporcionalidade dessas prerrogativas, nenhuma delas está afastada na hipótese de ação de indenização movida contra o Estado.

3 Estudo de caso

Apresenta-se, para finalizar, estudo de caso que bem ilustra a utilização, nas relações administrativas, de instrumento típico do Código Civil.

Por muito tempo prevaleceu o entendimento de que as relações do Sistema Financeiro da Habitação, sustentado com recursos públicos ou quase-públicos, cuja operação está a cargo da Caixa Econômica Federal, envolviam quatro espécies de contratos: compra e venda de imóvel, mútuo, seguro e hipoteca.

Ocorria que o valor do imóvel, em razão da depreciação, evoluía de forma inversamente proporcional ao do saldo devedor do mútuo (financiamento), este alimentado pela correção monetária e juros.

O agente financeiro não estava autorizado a fazer acordo para ajustar o valor do bem ao do saldo devedor, sob o argumento de que totalmente distintos os contratos de compra e venda e de mútuo. Executava o saldo devedor, adjudicava o imóvel hipotecado pelo valor da dívida e depois o revendia por preço, quase sempre, muito inferior ao daquele saldo. Com isto, sob a alegação de indisponibilidade do interesse público, havia prejuízo, ao mesmo tempo, para o SFH – que recuperava menos do que poderia obter mediante transação com o mutuário – e para o mutuário – que perdia a moradia da família, voltando a integrar o grupo dos *sem-tetos*.

A situação prevaleceu até que se chegou à conclusão que seria mais vantajoso, para ambas as partes, celebrar acordos, mediante descontos no saldo devedor do mútuo em função de certos fatores.

Não há objeção a tais acordos, desde que baseados em critérios razoáveis, objetivos (isonômicos), públicos e motivados. Hoje a Empresa Gestora de Ativos do SFH – EMGEA, uma empresa pública criada especificamente para esse fim, dispõe de manual e fórmula matemática para a realização de tais transações. É um caso de aplicação instrumental de instituto do direito civil – a transação – com finalidade social e pública.

O conteúdo dos direitos fundamentais: considerações acerca da estrutura e da eficácia normativa

Felipe Silva Noya*

Sumário

Introdução; 2 Questões terminológicas; 3 Princípios, regras e postulados; 4 A estrutura normativa dos direitos fundamentais; 5 Os direitos fundamentais como direitos subjetivos; 6 Eficácia e exigibilidade dos direitos fundamentais; Conclusão; Referências.

Introdução

A presente pesquisa busca tecer algumas considerações acerca da estrutura e da eficácia das normas de direitos fundamentais.

Para cumprir tal desiderato, buscamos, em primeiro lugar, esclarecer questões terminológicas que envolvem grande confusão na denominação desses direitos, mas que vem sendo clarificada pela doutrina que busca uma sistematização no uso dos termos comumente utilizados para designar os direitos fundamentais.

A partir desse ponto, passamos ao estudo da sua estrutura normativa formulando breves comentários sobre a distinção entre regras, princípios e postulados, em especial aquela trazida por Robert Alexy e Humberto Ávila para só então adentrarmos na estrutura normativa das normas objeto da pesquisa.

Com essas premissas examinamos a natureza dos direitos fundamentais como direitos subjetivos e a essencialidade ou não de se considerar a existência de um dever que lhe é intrinsecamente correlato seguindo, como consequência, para os questionamentos sobre a sua eficácia, em especial face à escassez de recursos.

Que o esclarecimento sobre esses temas afigure-se de grande importância é despiciendo ratificar tanto pelos constantes equívocos na interpretação/aplicação na *praxis forense* das normas de direitos fundamentais como pela ausência de uma apreensão harmônica pela doutrina.

Atento a isto, buscamos, no texto que se segue, fixar algumas conclusões sobre o problema proposto.

2 Questões terminológicas

Juntamente à expressão direitos fundamentais, a doutrina vem se utilizando de outros vocábulos para indicar as mesmas espécies normativas, tais quais direito naturais e direitos humanos.

Não obstante a confusão terminológica, formou-se certo consenso ao se atribuir diferença entre as expressões direitos fundamentais e direitos humanos. Nesse sentido leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)¹.

Para além dessa distinção em relação ao âmbito de positivação, Ingo Sarlet aponta que o grau de efetivação dos direitos fundamentais, por incidirem dentro de uma ordem jurídica específica, é consideravelmente maior do que o grau de efetivação dos direitos humanos, até mesmo porque dentro desta ordem jurídica existem "instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos"².

Por outro lado, expressões como liberdades públicas³ e direitos públicos subjetivos pecam pela

*Bacharel em Direito laureado pela Universidade Salvador – UNIFACS, especialista em Direito Processual Civil, mestrando em Direito público pela Universidade Federal da Bahia. Atualmente é analista na Defensoria Pública da União em São Paulo, exercendo a função de assessor do defensor chefe.

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35-36.

² *Ibidem*, p. 40.

³ "A expressão 'liberdade pública' aparece na França no final do século XVIII, sendo expressamente empregada no art. 9º da Constituição de

reduzida margem à qual se referem. É que se a primeira expressão fica circunscrita a uma ideia de não intervenção na esfera individual, a segunda limita-se a uma noção individualista que, por certo, afasta aqueles direitos ditos transindividuais, os quais, muito mesmo por tal característica, são considerados direitos fundamentais.

Também a ideia de direitos naturais traz uma noção equivocada de um direito pré-existente que seria meramente descoberto e declarado pelo ordenamento jurídico; nesse sentido, Pérez Luño afirma que “o conceito dos direitos humanos tem como antecedente imediato a noção dos direitos naturais em sua elaboração doutrinal pelo iusracionalismo naturalista”⁴.

Essa ideia dos direitos naturais, conforme aponta André Ramos Tavares:

Compreende o processo de positivação dos direitos humanos como a consagração normativa de exigências que são prévias à própria positivação, ou seja, o reconhecimento, no plano das normas jurídicas, de faculdades que correspondem ao Homem pelo simples fato de sê-lo, vale dizer, em virtude de sua própria natureza⁵.

Esse vínculo entre a expressão direitos naturais e o jusnaturalismo a relegou ao desuso, em especial pela superação da referida linha jusfilosófica, de forma que a expressão preferida neste trabalho, em especial por ter seu âmbito de estudo circunscrito ao ordenamento brasileiro, é a dos direitos fundamentais.

1.793 daquele país. Neste se proclamava: ‘*la loi doit protéger la liberté publique et individuelle contre l’oppression de ceux qui gouvernent*’. O termo, empregado no singular, é ainda utilizado, da mesma forma, na exposição de motivos da Constituição de 1.814. A primeira vez em que apareceu o termo *liberte publiques* (plural) em Texto Constitucional foi precisamente no art. 25 da Constituição do II Império de 1.852. Atualmente, o Decreto ministerial de 30 de abril de 1.997 qualifica o tema como o emprego da expressão *Droit des Libertés Fondamentales* (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 406).

⁴PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Delimitación conceptual de los derechos humanos. In: ____ (et al). *Los derechos humanos: Significación, estatuto rídico y sistema*. Sevilla: Publicaciones Universidad de Sevilla, 1979. p. 17.

⁵TAVARES, *op. cit.*, p. 400.

3 Princípios, regras e postulados

Tanto a doutrina de Karl Larenz⁶ quanto a de Hans Kelsen⁷ traziam a ideia de que norma jurídica era apenas aquela formulada em estrutura de regra devido à ausência de caráter vinculativo dos princípios jurídicos.

A Teoria Pura acarretou a equiparação dos conceitos de Direito e lei ocupando-se da análise apenas do direito positivado⁸; visava, assim, afastar o valor de justiça, de forma que ao jurista só interessa a aplicação daquela norma, conhecendo-a e afastando todo o caráter axiológico – não se julga o direito positivo⁹.

Tal posição, conforme aponta Eros Roberto Grau, pode ser vista na crítica de Kelsen a Esser ao tecer comentários acerca da positivação dos princípios quando aquele afirma que princípios morais, políticos ou dos costumes “não podem ser chamados de jurídicos senão na medida em que influenciam a criação de normas jurídicas individuais pelas autoridades competentes”¹⁰, e assim o é pois o direito é isento de valores.

Nesse sentido, Friedrich Muller afirma que:

De acordo com a intenção da teoria pura do direito, a norma jurídica como juízo hipotético não deve mais apresentar nenhuma semelhança ideológica com a norma moral imperativa. O dever ser do direito positivo remanesce apenas como expressão do nexo de condição e consequência no enunciado jurídico. Na nova versão dessa teoria da norma jurídica, o caráter jurídico-científico também é de uma autossuficiência extremamente formalista; fica excluída outrossim, junto com tudo o que é

⁶LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

⁷KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁸Como bem aponta Friedrich Muller “A denominação usual da teoria kelseniana de “normativismo” é excessivamente otimista; ordens isoladas sem referência material carecem de acesso à normatividade. É verdade que Kelsen concebe somente na segunda edição da sua *Teoria Pura do Direito* a norma jurídica, agora distinguida do enunciado jurídico, como um imperativo à maneira de um quadro referencial; na primeira edição ela fora igualada ao enunciado jurídico (que apresenta a forma fundamental da lei) e caracterizada como juízo hipotético. Mas em ambos os casos está expurgada da norma jurídica a pergunta pela correção do seu conteúdo” (*in Teoria estruturante do Direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 25).

⁹GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 47.

¹⁰GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 46.

“metajurídico”, toda e qualquer normatividade concreta; resulta extremada a medida da objetividade, de acordo com um ideal extrajurídico de lógica formal. A distinção entre interpretação autêntica e não-autêntica corresponde à distinção entre norma jurídica e enunciado jurídico. Elaborados em interpretação não-autêntica pela ciência jurídica na forma de juízos hipotéticos, os enunciados jurídicos descrevem as relações constituídas pelas normas jurídicas entre os suportes fáticos por elas determinados sem vistas a valores ou valorações, que podem ser considerados metajurídicos. Com isso a ciência jurídica fornece enunciados, que devem conter “– assim como as leis da natureza das ciências naturais - uma descrição do seu objeto, isenta de valores”¹¹.

Não obstante, o desenvolvimento da ciência jurídica acabou afastando essa falsa percepção de que o Direito se dava de modo isento de valores.

Assim, vemos em Karl Larenz a importância dos princípios na identificação dos valores subjacentes à norma permitindo o preenchimento de lacunas e até mesmo o desenvolvimento judicial do Direito. Nesse sentido, embora não compreenda os princípios como normas jurídicas lhes atribui caráter jurídico, permitindo que a ponderação levada a cabo à luz desses princípios possua, por sua vez, natureza jurídica. Assim:

Por «valorar» ou «avaliar» deve entender-se, em primeiro lugar, um acto de tomada de posição. O objecto a avaliar será julgado como apeteçível ou despreciando, meritório ou não meritório, preferível a outro ou secundário em relação a ele. Algo que todas as pessoas ou uma pessoa de são entendimento considera apeteçível chama-se um «bem», por exemplo, a paz, a saúde, a independência, a ausência de coacção e a necessidade. Uma actuação que fomenta ou contém este e outros bens aprovamo-la; uma actuação contrária desaprovamo-la. A aprovação ou desaprovação encontram a sua expressão num juízo de valor, que pode ser de natureza moral ou, se se orienta por princípios especificamente jurídicos, de natureza jurídica¹².

Já em Robert Alexy¹³ as normas jurídicas são divididas em duas espécies: as regras e os princípios. Destarte, os princípios jurídicos integram a estrutura da norma jurídica dos direitos fundamentais e a sua

distinção das regras torna-se uma das “colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”¹⁴.

Partindo dessa premissa Alexy traz dois critérios de distinção: um *prima facie* e outro referente à colisão das regras e dos princípios. Pelo critério *prima facie*,

Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau¹⁵.

Por tais considerações, percebe-se que os princípios são mandados de otimização devendo ser realizados na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes enquanto que as regras seriam mandados de determinação de forma que ou são cumpridas ou não na exata medida de sua disposição.

O segundo critério utilizado é aquele referente ao da colisão das normas, sendo que a solução do conflito entre regras se dá com a introdução em uma das regras de uma cláusula de exceção ou com a declaração de invalidade de uma das normas para a eliminação do conflito¹⁶.

Já em relação aos princípios, a sua colisão é resolvida de modo completamente diverso, por meio do critério do *peso* no caso concreto, é dizer, sob determinadas condições, um dos princípios irá prevalecer o que não implica a retirada do que ceder do ordenamento jurídico, tendo em vista que sob outras condições este poderá ter precedência.

Assim, para Alexy, “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem

¹¹ MULLER, Friedrich. *Teoria estruturante do Direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 26.

¹² LARENZ, *op. cit.*, p. 410.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁴ *Ibidem*, p. 85.

¹⁵ *Ibidem*, p. 90-91.

¹⁶ *Ibidem*, p. 92.

colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”¹⁷.

Criticando esses critérios, Humberto Ávila afirma a possibilidade de reformulação parcial do critério do modo final de aplicação na medida em que também as regras poderiam ser ponderadas mediante considerações sobre aspectos concretos e individuais¹⁸, enquanto os princípios também seriam ou não aplicados: “ou o comportamento necessário à realização ou preservação do estado de coisas é adotado, ou não é adotado. Por isso, defender que os princípios sejam aplicados de forma gradual é baralhar a norma com os aspectos exteriores, necessários a sua aplicação”¹⁹.

A proposta de Humberto Ávila, por conseguinte, produz uma reformulação parcial dos conceitos de regras e princípios na medida em que afirma que:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção²⁰.

Agregados às regras e aos princípios encontramos na doutrina de Ávila os chamados postulados normativos que integram a estrutura das normas jurídicas. Assim, ao contrário de Alexy que afirma categoricamente que “toda norma é ou uma regra ou um princípio”²¹, Humberto Ávila fundamenta uma construção tricotômica da norma jurídica dividindo-a em regras, princípios e postulados.

A categoria dos postulados normativos, por sua vez, pode ser dividida em duas espécies: os postulados hermenêuticos “destinados a compreensão em geral

do Direito e os postulados aplicativos, cuja função é estruturar a sua aplicação concreta”²², sendo caracterizados, portanto, como normas secundárias.

Não obstante a doutrina de Ávila, parece-nos que a distinção entre regras e princípios são bem delineadas já com Alexy não podendo ser aceita a ideia de que as regras são ponderáveis. Quando Humberto Ávila afirma tal possibilidade, acaba por considerar como ponderável a regra, quando em verdade a ponderação é do próprio princípio que lhe é subjacente. Tal confusão é percebida na seguinte passagem:

Os casos acima enumerados, aos quais outros poderiam ser somados, indicam que a consequência estabelecida *prima facie* pela norma pode deixar de ser aplicada em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador, mediante condizente fundamentação, como superiores aquelas que justificam a própria regra. Ou se examina a razão que fundamenta a própria regra (*rule's purpose*) para compreender, restringindo ou ampliando, o conteúdo de sentido da hipótese normativa, ou se recorre a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o descumprimento daquela regra (*overruling*). Essas considerações bastam para demonstrar que não é adequado afirmar que as regras *possuem* um modo absoluto *tudo ou nada* de aplicação. Também as normas que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais. A consideração de circunstâncias concretas e individuais não diz respeito a estrutura das normas, mas a sua aplicação; tanto os princípios como as regras podem envolver a consideração a aspectos específicos, abstratamente desconsiderados²³.

Percebe-se que Humberto Ávila, ao justificar a inaplicabilidade do tudo ou nada na colisão de regras, a justifica por meio da ponderação não desta mesma regra, mas sim dos bens jurídicos e dos princípios que lhes são subjacentes. Deste modo, a ponderação continua situada no âmbito dos princípios embora sua consequência possa ser a não aplicação de uma regra.

O que ocorre aqui, no entanto, nada mais é do que ou a declaração de invalidade de uma das normas, devido aos valores impregnados no ordenamento, ou a criação de uma regra de exceção para a não aplicação da regra, o que, como já dito, é defendido por Alexy.

Ademais, seguimos a crítica feita por Luís Virgílio Afonso da Silva ao afirmar que:

¹⁷ ALEXY, *op.cit.*, p. 94.

¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 48.

¹⁹ *Ibidem*, p. 50.

²⁰ *Ibidem*, p. 78.

²¹ ALEXY, *op. cit.* p. 91.

²² ÁVILA, *op. cit.*, p. 124.

²³ *Ibidem*, p. 47.

Também as redefinições que Ávila sugere para os conceitos de regra e princípios mais confundem do que esclarecem. Confundem sobretudo por inserir um sem número de elementos nas definições que, além de dificultar sobremaneira sua inteligência, não são elementos imprescindíveis à correta e suficiente distinção entre os dois conceitos²⁴.

Observando esse panorama, a questão a se saber é a do enquadramento das normas de direitos fundamentais nessas categorias. Afinal, ao aplicar uma tal norma estaríamos diante de princípios, regras ou postulados?

É o que se passa a analisar.

4 A estrutura normativa dos direitos fundamentais

Robert Alexy alterca o fracasso dos modelos puros de regras e princípios no estabelecimento estrutural das normas de direitos fundamentais. O referido autor afirma que:

O modelo puro de regras fracassa em todas as três formas de regulamentação dos direitos fundamentais consideradas acima. É possível supor que esse modelo é insuficiente também para as outras formas de regulação encontrada na Constituição Alemã. O modelo puro de princípios foi rejeitado porque ele não leva a sério as regulações adotadas pela Constituição. Quando duas formas puras e antagônicas não são aceitáveis, deve-se considerar a possibilidade de uma forma mista ou combinada, ou seja, de um modelo combinado. Um tal modelo é o modelo de regras e princípios, que surge da ligação entre um nível de princípios e um nível de regras²⁵.

Com tal crítica, o autor aponta que a apreensão das normas de direitos fundamentais sob o prisma exclusivo de uma das categorias seria insuficiente para a sua adequada compreensão, sendo necessária a amálgama entre os modelos baseado em princípios e em regras constituindo-se, portanto, de um sistema constitucional de caráter dúplice.

Humberto Ávila²⁶, por seu turno, afirma que a norma jurídica não se confunde com o dispositivo normativo tendo a interpretação um caráter constitutivo do Direito. Partindo de tal ponto tem-

se a compreensão de que a formulação linguística do dispositivo não deve, *a priori*, estabelecer se uma determinada norma será considerada como regra ou como princípio. Assim:

[...] é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar a conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. Isso não quer dizer, como já afirmado, que o intérprete é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem. O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais a realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional.

O decisivo, por enquanto, é saber que a qualificação de determinadas normas como princípios ou como regras depende da colaboração constitutiva do intérprete.

Essa posição parece ser parcialmente condizente com os ensinamentos de Alexy, eis que para este as *disposições* de direitos fundamentais possui um caráter duplo podendo estatuir tanto uma regra quanto um princípio, mas afirma que tal característica é meramente contingente nas *normas* de direitos fundamentais que serão ou regra ou princípio, podendo ter caráter dúplice apenas quando formuladas com o intuito de englobar ambos os níveis.

Vale destacar, ademais, que a categoria dos postulados posta como autônoma²⁷ na obra de Humberto Ávila deve ser aqui indicada como integrante também da estrutura normativa dos direitos fundamentais, é dizer, além de serem formulados como princípios ou regras, essa gama normativa também pode ser construído como um postulado hermenêutico ou aplicativo.

²⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 76.

²⁵ ALEXY, *op. cit.*, p. 135.

²⁶ ÁVILA, *op. cit.*, p. 34

²⁷ Uma noção aproximada dos direitos fundamentais como postulado, embora não o diga expressamente, pode ser abstraído também em Robert Alexy quando este analisa o efeito irradiante dos Direitos Fundamentais, em especial em sua face objetiva (ALEXY, *op. cit.*, p. 524 e ss).

Nestes termos apreendida a norma de direito fundamental é polivalente e, a depender de como extraída do texto normativo, pode ter uma estrutura de regra, de princípio ou de postulado.

Verifique-se, destarte, que se a norma de direito fundamental possuir um estrutura de regra, ela conduzirá a um princípio que lhe é subjacente e a um postulado que guie a aplicação dessa regra para a consecução do objetivo traçado pelo princípio. Desta forma, a regra se mostra como um instrumento de concretização do mandado de otimização traçado pela regra cuja aplicação será conduzida por um postulado.

Exemplificativamente vemos o art. 5º, II, da Constituição Federal que preconiza que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim formulada pode-se extrair uma regra que afirma que apenas a lei pode obrigar um indivíduo a agir de determinada forma. Isto é um mandado de determinação que reserva à legislação a restrição da liberdade individual.

A partir dessa regra pode-se buscar um princípio que lhe é subjacente e que determina que, na maior medida possível, será assegurado ao indivíduo a liberdade de autodeterminação e autocondução ao mesmo tempo em que se extrai um postulado normativo que orienta tanto a criação quanto a aplicação da norma ao se determinar, v.g., que as leis devam limitar em menor escala possível esta liberdade individual respeitando outros fins constitucionalmente previstos, p.ex., limita-se a liberdade de contratar para assegurar a isonomia material como o ocorre nas relações consumeiristas.

Essa natureza polivalente dos direitos fundamentais permite uma maior consciência na definição, aplicação e efetivação dos direitos fundamentais evitando argumentos que esvaziem o seu conteúdo, tal como comumente procedido com a dignidade da pessoa humana.

5 Os direitos fundamentais como direito subjetivo

A expressão direitos subjetivos, como já apontava Alf Ross²⁸, é utilizada para descrever uma situação jurídica sendo composto pelos seguintes elementos: sujeito, conteúdo, objeto e proteção.

Para a presente pesquisa merecem análise tanto o conteúdo quanto a proteção do direito subjetivo bastando indicar, para o elemento sujeito que

[...] é mister fazer distinções relativamente à posição do sujeito em relações diversas, em particular aquela do sujeito do interesse dos processos e da alienação. Em situações típicas esses sujeitos coincidem num sujeito geral simples. Em situações atípicas, estão separados²⁹.

Ao se referir ao objeto, Alf Ross aponta que este indica o objeto físico que está incluso para a determinação do conteúdo do próprio direito subjetivo, mas que tal elemento é próprio dos direitos subjetivos reais sendo dificilmente aplicável aos direitos *in personam*³⁰.

Gozando de maior importância, temos os elementos do conteúdo do direito subjetivo e de sua proteção, sendo que em relação ao primeiro o autor escandinavo afirma que:

Em sentido mais amplo o conteúdo do direito subjetivo inclui tanto a faculdade (*claim*) que o titular do direito (*right*) dispõe contra outros quanto seu poder para fazer valer essa faculdade mediante a instauração de processos, e o poder para alienar o direito. Visto que, entretanto o poder de instaurar processos e o poder de alienar são acessórios da faculdade principal – e, portanto, elementos constantes que a apreem nos diferentes direitos subjetivos – é preferível restringir a idéia do conteúdo à faculdade específica em virtude da qual um direito se distingue do outro³¹.

Dessa forma, o conteúdo do direito subjetivo fica restrito à faculdade que é conferida ao seu titular, faculdade esta específica e que o diferencia dos demais direitos subjetivos.

Não obstante, esta faculdade, conforme o próprio Alf Ross aduz, “nada é sem a tutela do aparato jurídico”³², isto porque a mera positividade sem uma instrumentalização que a torne eficaz se reduz à mera demagogia aplacando as vontades, mas concretamente nada concedendo.

Com base neste fato, a proteção ao direito torna-se elemento essencial para a caracterização do direito subjetivo visto que,

²⁹ Ibidem, p. 218.

³⁰ Ibidem, p. 218.

³¹ Ibidem, p. 218.

³² Ibidem, p. 219.

²⁸ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007.

[...] uma faculdade equivale, quanto à sua função jurídica, à possibilidade de obter uma sentença contra a pessoa obrigada, a proteção processual (ou estática) de um direito é apenas um outro aspecto do conteúdo do mesmo. Uma faculdade nada é sem a tutela do aparato jurídico. Ao mesmo tempo, a própria faculdade pode receber proteção através de diferentes reações jurídicas (aplicação de uma pena, condenação a realizar o ato devido, restituição, indenização por danos e prejuízos)³³.

Em linha semelhante de inteligência, Hans Kelsen afirma que o direito subjetivo nada mais é do que um reflexo do dever exigível, é dizer, a visualização do conteúdo de um direito somente poder ocorrer mediante análise do dever que é posto ao outro, uma vez que é por meio dele que se dá a circunscrição do próprio conteúdo do direito subjetivo.

Nesses termos leciona Kelsen que:

Esta situação, designada como *direito* ou *pretensão* de um indivíduo, não é porém, outra coisa senão o dever do outro ou dos outros. Se, neste caso, se fala de um direito subjetivo ou de uma pretensão de um indivíduo, como se este direito ou esta pretensão fosse algo de diverso do dever do outro (ou dos outros), cria-se a aparência de duas situações juridicamente relevantes onde só uma existe. A situação em questão é esgotantemente descrita com o dever jurídico do indivíduo (ou dos indivíduos) de se conduzir por determinada maneira em face de um outro indivíduo. Dizer que um indivíduo é obrigado a uma determinada conduta significa que, no caso da conduta oposta, se deve verificar uma sanção; o seu dever é a norma que prescreve esta conduta enquanto liga uma sanção à conduta oposta. Quando um indivíduo é obrigado em face de outro a uma determinada prestação, é a prestação a receber pelo outro que forma o conteúdo do dever; apenas se pode prestar a outrem algo que esse outrem receba. E, quando um indivíduo está obrigado em face de outrem a suportar uma determinada conduta deste, é a tolerância desta mesma conduta que constitui o conteúdo do dever. Quer dizer: a conduta do indivíduo em face do qual o dever existe, correlativa da conduta devida, está já conotada na conduta que forma o conteúdo do dever. Se se designa a relação do indivíduo, em face do qual uma determinada conduta é devida, com o indivíduo obrigado a essa conduta como *direito*, este direito é apenas um reflexo daquele dever³⁴.

Essa correlação entre direito e dever também pode ser abstraída de Karl Larenz quando este, ao caracterizar uma norma jurídica, afirma que a

configuração de uma proposição jurídica se dá com a pretensão de validade no sentido de uma exigência vinculante de comportamento³⁵.

Essa exigência vinculante de comportamento inclui não apenas a consequência jurídica, dadas as circunstâncias fáticas, mas também a percepção de um dever correlato que assegure tal consequência.

A partir dessa premissa pode-se dizer que se um direito subjetivo fosse mera descrição de uma situação nós estaríamos diante de uma proposição enunciativa e não normativa de forma que tal disposição encontrasse-se fora do ordenamento jurídico³⁶. Tal posição seria dificilmente defendida pela doutrina atual.

Não obstante, é em Alexy que encontramos posição doutrinária pela qual mesmo sendo considerados direitos subjetivos, os direitos fundamentais não possuem um dever correlato exigível, até mesmo porque a exigibilidade, para o autor, não integra essencialmente o seu conteúdo. Assim,

Não parece ser imprescindível que se fale em direito somente se estiver presente a capacidade jurídica para a sua exigibilidade, por exemplo, por meio de uma demanda judicial. Embora seja possível definir o conceito de direito subjetivo dessa maneira, uma tal definição estipulativa não apenas não reflete o uso corrente da linguagem, como também não seria frutífera para o conhecimento dos sistemas jurídicos³⁷.

Em sentido semelhante, Gustavo Amaral defende uma natureza de direitos sem deveres correlatos, baseando-se no fato de que “a equivalência binominal direito-dever decorre de postulados do Direito Civil”³⁸ que seria incompatível com a estrutura dos direitos fundamentais.

Afirma o autor que a ideia de dever como elemento do próprio direito está baseada, no Direito

³⁵ É característico de uma *regra*, no sentido aqui pensado, em primeiro lugar, a sua pretensão de validade, quer dizer, ser o sentido a ela correspondente uma exigência vinculante de comportamento ou ser uma pauta vinculante de julgamento — o seu carácter normativo; em segundo lugar, a sua pretensão de possuir validade, não só precisamente para um determinado caso, mas para todos os casos de *tal espécie*, dentro do seu âmbito espacial e temporal de validade — o seu carácter geral (LARENZ, 1997, p. 349).

³⁶ “Regra do Direito tem a forma linguística de uma proposição, a *proposição jurídica*. É dela que se vai tratar em seguida. A proposição jurídica deve distinguir-se, em virtude do sentido normativo que lhe é correspondente, de uma proposição enunciativa, que contém uma afirmação de factos ou uma constatação” (Idem, *Ibidem*, p. 350).

³⁷ ALEXY, *op. cit.*, p. 189.

³⁸ AMARAL, *op. cit.*, p. 58.

³³ *Ibidem*, p. 219.

³⁴ KELSEN, *op. cit.*, p. 89-90.

Civil, na autonomia da vontade ou de alguma forma de responsabilidade causal³⁹, característica ausente nos direitos humanos que decorriam “do mero fato de pertencer à humanidade, ou da afiliação a uma dada sociedade”⁴⁰.

Que tal premissa é equivocada parece-nos bastante claro, tendo em vista que o binômio direito-dever parte não do estudo do Direito Civil, em especial do obrigacional, mas sim da própria Teoria Geral do Direito e se assenta na noção de que direito inexigível não é direito, mas apenas paliativo para as vontades populares.

Note-se, nessa senda, que Kelsen, embora confundindo os planos de validade, eficácia e existência⁴¹, afirma peremptoriamente que norma integralmente ineficaz não pode ser válida, sendo, nesse sentido, inexistente no ordenamento jurídico.

Em que pese não concordamos com a vinculação realizada por Kelsen entre os planos de eficácia, validade e existência da norma jurídica, devemos afirmar que a norma não precisa ser eficaz para ser válida ou existente, mas deve gozar de pretensão de ser vinculativa, caso contrário, seguindo a doutrina de Larenz, não estamos diante de uma proposição jurídica, mas apenas de uma proposição enunciativa onde irá se descrever uma situação fática ideal sem que haja qualquer intenção política ou meios de coação jurídicos idôneos para forçar a sua consecução.

³⁹ *Ibidem*, p. 58.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 59.

⁴¹ Embora o autor trace distinção entre a eficácia e a validade das normas afirma que “A solução proposta pela Teoria Pura do Direito para o problema é: assim como a norma de dever-ser, como sentido do ato de ser que a põe, se não identifica com este ato, assim a validade de dever-ser de uma norma jurídica se não identifica com a sua eficácia da ordem do ser; a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são - tal como o ato que estabelece a norma - condição da validade. Tal eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular já não são consideradas como válidas quando cessam de ser eficazes. Mas também a eficácia de uma ordem jurídica não é, tampouco como o fato que a estabelece, fundamento da validade. Fundamento da validade, isto é, a resposta à questão de saber por que devem as normas desta ordem jurídica ser observadas e aplicadas, é a norma fundamental pressuposta segundo a qual devemos agir de harmonia com uma Constituição efetivamente posta, globalmente eficaz, e, portanto, de harmonia com as normas efetivamente postas de conformidade com esta Constituição e globalmente eficazes. A fixação positiva e a eficácia são pela norma fundamental tornadas condição da validade. A eficácia é-o no sentido de que deve crescer ao ato de fixação para que a ordem jurídica como um todo, e bem assim a norma jurídica singular, não percam a sua validade” (KELSEN, Hans, *op cit.* p. 148).

Talvez por isso, de forma um tanto contraditória, Gustavo Amaral afirme que os direitos humanos são direitos sem deveres correlatos, mas que ao mesmo tempo há um dever estatal contraposto de atender as exigências formuladas ou justificar o porquê não o fez⁴².

Verifica-se, destarte, que a compreensão dos direitos fundamentais como direitos subjetivos sem deveres correlatos ou sem exigibilidade redundam na criação de uma legislação simbólica impregnada apenas de uma face negativa.

Em verdade, se assim entendidos, esta característica normativa acabaria formando uma legislação-álibi que, conforme expôs Marcelo Neves,

[...] decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos. A essa formulação do problema subjaz unia crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade. Entretanto, é evidente que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, eis que as variáveis normativo-jurídicas se defrontam com outras variáveis orientadas por outros códigos e critérios sistêmicos [...]. A resolução dos problemas da sociedade dependeria então da interferência de variáveis não normativo-jurídicas. Parece, portanto, mais adequado afirmar que a legislação-álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, sem, contudo, normalizar as respectivas relações sociais.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político [...] desempenhando uma função ideológica. Mas parece muito limitada e simplista a concepção que considera, no caso da legislação-álibi, o legislador como quem ilude e o cidadão como o iludido. Em primeiro lugar, deve-se observar que, face à “perda de realidade da legislação” em um mundo que se transforma aceleradamente, confundem-se o real e a encenação, “desaparecem também os contornos entre desejo e realidade”, “ilusão e autoilusão tornam-se indiferenciáveis”, de tal maneira que “líderes políticos não são apenas produtores, mas também vítimas de interpretações simbólicas”. A legislação-álibi implica uma tomada de papéis sociais tanto pelas elites que encenam, quanto por parte do público-espectador, não podendo ser restringida a atividades conscientes das elites para alcançar seus fins; eis que tentativas de manipulação desse tipo

⁴² AMARAL, *op. cit.*, p. 55, nota 34.

“tornam-se usualmente conhecidas” e tendem ao fracasso. Entretanto, embora seja de relativizar-se os conceitos de manipulação e de ilusão, é evidente que a legislação-álibi pode induzir “um sentimento de bem-estar” (“resolução de tensão”), portanto, servir à lealdade das massas⁴³.

Em conclusão, que todos os direitos fundamentais são direitos que possuem um dever exigível correlato não nos parece ser equivocado, mas em quais termos e em que extensão eles o são é algo a ser analisado na próxima seção.

6 Eficácia e exigibilidade dos direitos fundamentais

A força vinculativa das normas constitucionais defendida desde Konrad Hesse⁴⁴ parece ter sido remoldurada com a festejada classificação trazida por José Afonso da Silva⁴⁵ quando este trata das normas de eficácia plena, contida e limitada.

Em breve resumo, as normas de eficácia plena seriam aquelas que

desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular⁴⁶.

De forma semelhante, as normas de eficácia contida possuem aplicabilidade direta, mas são potencialmente restringíveis por normas infraconstitucionais. Não obstante, sua eficácia não fica condicionada à existência de norma inferior como ocorre nas normas de eficácia limitada.

Para esta última categoria, o autor defende um mínimo de eficácia, mas condiciona a sua aplicação integral nas situações concretas à ação do legislador infraconstitucional ou de outros órgãos estatais, aceitando que elas

regem, até onde possam [...] situações, comportamentos e atividades na esfera de alcance do princípio ou esquema que contém, especialmente condicionando a atividade dos órgãos do Poder

Público e criando situações jurídicas de vantagens ou de vínculo⁴⁷.

Em síntese, as normas de eficácia limitada, por tal doutrina, possuem por si só uma eficácia circunscrita apenas à orientação na criação de outras normas ou na vinculação negativa do poder estatal.

Assim, deve-se ter cuidado ao vincular as noções das diferentes gerações/dimensões das normas com a classificação tricotômica acima esboçada, o que geraria inúmeros equívocos na aplicação dos direitos fundamentais.

Por tal caminho, a primeira geração de direitos fundamentais, que reúne aqueles que visavam à proteção das liberdades individuais e à imposição de limites ao Estado⁴⁸, poderia ser correlacionada às normas de eficácia plena, em especial devido ao seu caráter *prima facie* negativo.

Por seu turno, os direitos de segunda geração, aqueles ditos sociais, por possuírem como nota distintiva o seu caráter positivo, prestacional, ensejando a intervenção estatal⁴⁹ para a consecução do bem-estar social⁵⁰, tornaria fácil o seu enquadramento em normas de eficácia limitada.

Não obstante, a análise promovida por Stephen Holmes e Cass Sustein demonstra a falsidade da afirmação de que os direitos classicamente ditos negativos exigem exclusivamente omissões do Estado, assim:

Are the liberties protected under the Bill of Rights wholly negative? Do they require the state to refrain from acting without requiring the state to act?

Some constitutional rights depend for their existence on positive acts by the state, and the government is therefore under a constitutional duty to perform, not to forbear, under the Constitution as it stands. [...]

Practically speaking, the government “enfranchises” citizens by providing the legal facilities, such as polling stations, without which they could not exercise their rights⁵¹.

⁴³ NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 49-50.

⁴⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 101.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 164.

⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 51.

⁴⁹ Note-se que a eficácia limitada está associada não apenas à necessidade de uma intermediação legislativa, mas antes pode necessitar também da atuação de órgãos estatais o que não ocorre nas de eficácia plena ou nas de eficácia contida.

⁵⁰ SARLET, *op. cit.*, p. 55-56.

⁵¹ HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999, p. 52-53.

Nesses termos, parece-nos que a classificação entre gerações/dimensões dos direitos fundamentais deve pautar-se em outro fundamento que não a existência ou inexistência de obrigações comissivas do poder estatal, é dizer, independentemente da dimensão, poderá ou não haver normas de eficácia limitada ou plena não sendo tal critério lastro suficiente para sustentar a diferenciação.

Exemplificativamente basta pensar no direito à sindicalização, considerado como direito social, mas que estruturalmente assemelha-se muito mais aos direitos de *primeira dimensão* devido ao seu caráter primariamente negativo.

Gustavo Amaral, atento à impropriedade dos critérios utilizados para a classificação ordinária, traz uma distinção baseada na essencialidade da ação estatal, assim,

[...] cumpre ver que há “direitos” cuja eficácia não depende *necessariamente* de uma ação estatal. A liberdade de expressão e de credo são bons exemplos disso. De outro lado, há “direitos” cuja eficácia depende *intrinsecamente* de uma conduta estatal positiva, como os direitos ligados à assistência social. Para facilitar, chamemos nos próximos parágrafos de “direitos parcialmente independentes” aqueles que não dependem necessariamente da ação estatal, e de “direitos dependentes” aqueles cuja dependência é intrínseca.

A diferença perceptível entre os direitos parcialmente dependentes e os dependentes estaria na própria resolução quando presente uma colisão sendo que nos primeiros a solução estaria em um conflito de delimitação⁵² e nos segundos haveria necessariamente a análise dos custos dos direitos.

A percepção dos custos dos direitos e sua análise na efetivação dos direitos fundamentais, em especial nos direitos fundamentais a uma prestação, aqueles chamados por Gustavo Amaral de necessariamente dependentes, é questão das mais tormentosas quando se passa à análise da eficácia desses direitos, o que dividiu a doutrina entre aqueles que acreditam na eficácia, independente de se analisar a escassez de

recurso, e aqueles que a põe como elemento essencial para a sua efetivação.

Dentro desta dicotomia concordamos com Dirley da Cunha Junior quando este afirma que:

[...] na hodierna dogmática constitucional, com o reconhecimento de um direito fundamental à efetivação da Constituição, assiste-se, sem dúvida, a um deslocamento da doutrina dos *direitos fundamentais dentro da reserva de lei* para a doutrina da *reserva de lei dentro dos direitos fundamentais*, de tal modo que é incogitável negar o caráter jurídico e, conseqüentemente, a exigibilidade e acionabilidade dos direitos fundamentais sociais, que são autênticos direitos subjetivos. Todos os direitos sociais geram imediatamente posições jurídicas favoráveis aos indivíduos, exigíveis desde logo, inobstante possam apresentar teores eficácias distintos. Esses direitos, portanto, “são verdadeiros ‘direitos subjetivos’, na acepção mais comum da palavra”, máxime quando necessários à garantia do padrão mínimo social⁵³.

Não obstante, a escassez dos recursos é problema que não pode ser ignorado ainda quando diante de questões que envolvam o mínimo existencial, eis que, como bem conclui Gustavo Amaral, “a ideia de escassez traz consigo a noção de *trade-off*. Sem tradução exata para o português, podemos dizer que a alocação de recursos escassos envolve, simultaneamente, a escolha do que atender e do que não atender”⁵⁴, de forma que as decisões alocativas podem salvaguardar o mínimo existencial de um indivíduo, ao tempo em que viola o mínimo existencial de muitos outros devido a este deslocamento dos recursos.

Com esta conclusão, destarte, aceitamos parcialmente a solução oferecida por Gustavo Amaral para o qual,

[...] O Judiciário, ao apreciar demandas individuais ou coletivas relativas a pretensões positivas, deve ponderar o grau de essencialidade da pretensão, em função do mínimo existencial e a excepcionalidade da situação, que possa justificar a decisão alocativa tomada pelo Estado que tenha resultado no não atendimento da pretensão.

Aceitamos parcialmente, pois, embora esta decisão alocativa possa ser revista pelo Poder Judiciário e o Estado tenha a possibilidade de se esquivar da efetivação do direito fundamental no caso concreto devido às ponderações referentes à essencialidade x excepcionalidade, isto não possui o condão de retirar a eficácia da referida norma fundamental, é dizer, a

⁵² Nesses casos, diante de uma demanda concreta, o Estado é chamado para dizer, nas circunstâncias concretas, qual direito prevalece. Discute-se acerca da localização lógica dos fatos, se dentro do domínio de um direito ou de outro. A decisão estatal resolverá a disputa asseverando estar a situação concreta aquém ou além dos limites de um direito e não de outro, *retroagindo* a decisão à data dos fatos, de modo que, juridicamente, dir-se-á que jamais houve para a situação concreta o direito negado, mas apenas o afirmado, tanto que ao vencido costumam ser aplicadas sanções (AMARAL, *op. cit.*, p. 45)

⁵³ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 294

⁵⁴ AMARAL, *op. cit.*, p. 150.

escassez não retira do indivíduo o direito subjetivo fundamental que lhe foi deferido, mas apenas impede que ele seja efetivado naquele momento.

Essa ausência de efetivação, embora escusável, não o retira de sua esfera jurídica, de forma que embora possa se negar a efetivá-lo continua a violá-lo o que legitimaria, como em qualquer infração a direito, o pleito à indenização a qual estará submetida às limitações orçamentárias como qualquer outra dívida do Poder Público.

Com tal solução evita-se o esvaziamento da força normativa dos direitos fundamentais ao tempo em que não se olvida de uma questão que não pode ser negada, por mais que a vontade política o deseje: o problema da escassez dos recursos.

Conclusão

Por tudo que foi exposto, podemos afirmar que a expressão *direitos fundamentais*, preferível às demais quando pretende-se tratar de direito positivado em determinada sociedade, deve ser utilizada para designar um direito subjetivo que impõe um dever correlato para a sua efetivação sob pena de figurar como mera proposição enunciativa restando situada fora do ordenamento jurídico.

Esse direito subjetivo fundamental poderá ter a estrutura normativa tanto de uma regra quanto de um princípio ou a de um postulado, tendo em vista que será assim definido apenas com a participação criativa do intérprete/aplicador do direito.

A partir dessas premissas vemos que a eficácia das normas de direitos fundamentais poderá ou não depender de uma atuação comissiva do Estado quando ficará sujeita à análise da escassez de recursos o que viabilizaria a escusa do Poder Público em sua efetivação.

Não obstante, embora escusável, a ausência de efetivação do direito fundamental não o retira da esfera jurídica do indivíduo, de forma que embora remanesce a sua violação legitimando, como em qualquer infração a direito, o pleito à indenização a qual estará submetida às limitações orçamentárias como qualquer outra dívida do Poder Público.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MULLER, Friedrich. *Teoria estruturante do Direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Delimitación conceptual de los derechos humanos*. In: _____ (et al). *Los derechos humanos: Significación, estatuto rídico y sistema*. Sevilla: Publicaciones Universidad de Sevilla, 1979.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Enriquecimento ilícito do agente público. Meios de apuração. Sindicância patrimonial.

Sebastião José Lessa*

Sumário

Considerações preliminares; II Sindicância patrimonial; II.a Legitimidade do apuratório; II.b Indisponibilidade e sequestro dos bens; II.c Comunicações; II.d Intercâmbio de informação sigilosa; II.d.1 Abrangência, alcance e utilidade do conhecimento obtido; III Base legal para legitimar o apuratório; III.a Decreto 5.483/2005 (DOU 1º/07/2005); III.b Abrangência, competência e natureza (art. 16 e §§); III.c Competência e requisitos para instauração; III.c.1 Poder-dever de agir da autoridade; III.c.2 Devido processo legal e segurança jurídica; IV Sindicância patrimonial - instrução probatória (art. 18, portaria MCT/CGU 335/6); IV.a Contraditório e a ampla defesa; IV.a.1 Abordagem inicial; IV.a.2 Procedimento preparatório e procedimento instrutório ou acusatório; IV.a.3 Procedimento singular; IV.a.4 Direito de defesa; V Sigilo de dados (§§ do art. 18, Portaria MCT/CGU 335/2006); V.a quebra do sigilo de dados (bancário e fiscal) - art. 5º, inciso XII, CF c/c LC 104/2001 e LC 105/2001; V.b Intercâmbio de informação sigilosa ou *compartilhamento de dados*; V.b.1 Lei Complementar 104/2001; V.b.2 Lei Complementar 105/2001 e Decreto 3.724, de 10/01/2001. DOU 11/01/2001 – STF RE 389808, DJe 10/05/2011; V.b.3 Intercâmbio de informação sigilosa como meio preparatório para quebra do sigilo de dados; VI Evolução patrimonial sugestiva de enriquecimento ilícito do agente público; VI.a O enriquecimento dito *ilícito* – análise preambular; VI.b Enriquecimento ilícito e o enquadramento legal no processo administrativo disciplinar; VI.c Enriquecimento ilícito presumido identificação do ato de ofício – desnecessidade; VI.c.1 Advertência da

doutrina; VI.d O princípio da presunção de inocência e a inversão do ônus da prova; VI.d.1 Presunção de inocência – princípio de caráter penal; VI.d.2 Presunção de inocência – princípio de abrangência geral; VI.e O enquadramento do agente público na Lei 8.112/1990; VI.e.1 A tipificação da conduta na Lei 8.112/1990; Conclusão.

Considerações preliminares

A improbidade administrativa e a corrupção, não há dúvida, são práticas constantes, e portanto devem ser combatidas diuturnamente, sobretudo com mecanismos que visem a preservação da moralidade administrativa e a guarda e recuperação do patrimônio público.

Como é sabido, por muito tempo vigorou uma cultura simplista e equivocada, que pretendia solucionar a chaga incessante da corrupção e da improbidade administrativa com o mero ato *demissório* do agente público.

Não se combatia a *causa* da disfunção e nem mesmo se promovia o efetivo *ressarcimento ao erário*.

A Constituição Federal de 1988, com os novos tempos, pretendeu mudar esse quadro sombrio, trazendo no Título III, Capítulo VII, que cuida da Administração Pública, art. 37, *caput*, a obediência aos *princípios* da *legalidade*, *impessoalidade*, *moralidade*, *publicidade* e *eficiência*, e também o seguinte:

§ 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (grifei)

Em continuidade, a Lei 8.429/1992 trouxe em sua ementa as regras que:

Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. (grifei)

E diz mais:

*Membro do Conselho Fiscal da ADPF – Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal; Diretor Jurídico do Sindicato dos Delegados de Polícia Federal/DF; Autor dos livros: *Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância*, Ed. Fórum/BH/MG, 5. ed., 2009; *Temas Práticos de Direito Administrativo Disciplinar*, Ed. Brasília Jurídica, 2005; *O Direito Administrativo Disciplinar Interpretado pelos Tribunais*, Ed. Fórum, BH/MG, 2008; *A Atual Lei do Mandado de Segurança e as Lides Disciplinares*, Ed. Fórum, BH/MG, 2011 (no prelo); *A Improbidade Administrativa e o Enriquecimento Ilícito*, Ed. Fórum, BH/MG, 2011 (no prelo).

Art. 5º *Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.*

Art. 6º *No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.*

Art. 7º *Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.*

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

Art. 8º *O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança.*

[...]

Art. 13. *A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.*

§ 1º *A declaração compreenderá imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizado no País ou no exterior, e, quando for o caso, abrangerá os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico.*

§ 2º *A declaração de bens será anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função.*

§ 3º *Será punido com a pena de demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa.*

§ 4º *O declarante, a seu critério, poderá entregar cópia da declaração anual de bens apresentada à Delegacia da Receita Federal na conformidade da legislação do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza, com as necessárias atualizações, para suprir a exigência contida no caput e no § 2º deste artigo.*

[...]

Art. 16. *Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.*

§ 1º *O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.*

§ 2º *Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais. (grifei)*

E ainda, ao tratar das sanções aplicáveis aos agentes ímprobos:

Art. 12. *Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei 12.120, de 2009).*

I - *na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;*

II - *na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;*

III - *na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.*

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. (grifei)

Por aí se vê, a nítida preocupação do legislador no sentido de preencher aquele vazio, objetivando assim resguardar o aspecto moral e político, e ainda recuperar o patrimônio público, inclusive com severas multas.

Não se ignora que, antes do advento da Lei 8.429/1992, vigoravam as Leis 3.164/1957 e 3.502/1958, que entretanto, por razões outras, caíram em desuso.

Nessa toada e para revigorar e concretizar a repressão e especialmente recompor a moralidade administrativa e a lesão causada ao erário - com esteio no art. 13, da Lei 8.429/1992 - foi editado o Decreto 5.483/2005, instituindo no âmbito do Poder Executivo, a *Sindicância Patrimonial*.

II Sindicância patrimonial

Trata-se de procedimento administrativo de investigação, colegiado, sigiloso, não punitivo, com direito ao contraditório diferido, que intenta produzir regularmente os sinais indicativos de enriquecimento ilícito à vista da manifesta evolução patrimonial incompatível com os recursos e disponibilidades do imputado, sendo assim indícios autorizativos da persecução nas esferas penal, disciplinar, e de improbidade administrativa, tudo com arrimo no art. 13, da Lei 8.429/1992; arts. 7º, parágrafo único, 8º, 9º e 10, Decreto 5.483/2005 (DOU 1º/07/2005); arts. 4º, V e 16, Portaria MCT/CGU 335, de 30/05/2006 (DOU 31/05/2006).

A sindicância patrimonial, a bem dizer, não é uma investigação comum. Na verdade, trata-se de modalidade de apuração especial, a par da regra ordinária do art. 143, da Lei 8.112/1990.

Tal instrumento recebe um estofo singular, ou seja, apurar *indícios* de possível *enriquecimento ilícito*, caracterizado por uma *evolução patrimonial incompatível* com os recursos e disponibilidades do agente público, nessa qualidade.

Adverta-se que a sindicância patrimonial não deve ser usada indiscriminadamente ou como instrumento de intimidação.

Portanto, deve haver um *fundamentado exame de admissibilidade* para a instauração da sindicância patrimonial, até porque existe a possibilidade da *prévia* instauração de *investigação preliminar* (art 9º, Portaria MCT/CGU 335/2006 - DOU 31/05/2006), ou de *inspeção* (art. 4º, VI, Portaria MCT/CGU 335/2006 - DOU 31/05/2006).

Por outro vértice,

diante de *fundada notícia* ou de *indícios* de enriquecimento ilícito, inclusive evolução patrimonial incompatível com os recursos e disponibilidades do agente público, nos termos do art. 9º, da Lei 8.429 de 1992, a autoridade competente *determinará* a instauração de *sindicância patrimonial*, destinada à

apuração dos fatos, (na expressão textual do art. 8º, do Decreto 5.483/2005).

E a propósito da redação do art. 7º, do citado decreto, é relevante destacar que “o vocábulo *poder* significa *dever* quando se trata de atribuições de autoridades administrativas” (TRF, RDA 28/187; JTJSP - Lex 197/79).

Nessa linha, a doutrina de Carlos Maximiliano *in* Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. Malheiros, SP, 35. ed., 2009, p. 107-108.

Portanto, diante do princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CF), a *omissão* da autoridade administrativa pode caracterizar a transgressão prevista no art. 11, *caput*, inc. II, da LIA - Lei de Improbidade Administrativa.

II.a Legitimidade do apuratório

A propósito, a doutrina acolhe a *legitimidade* da sindicância patrimonial (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. Malheiros, SP, 35. ed., 2009, p. 706).

De igual modo, o procedimento administrativo tem respaldo na jurisprudência (STJ, MS 10.442 DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 26/09/2005).

Ato de Ofício do Imputado

Outro ponto relevante está em que na *sindicância patrimonial* não há necessidade de se demonstrar a *contraprestação do agente público*, ou seja, a prática ou omissão de ato inerente a sua função, sendo bastante “apurar indícios de enriquecimento ilícito por parte do agente público federal, a partir da verificação de incompatibilidade patrimonial com seus recursos e disponibilidades” (art. 16, Portaria MCT/CGU 335/2006 - DOU 31/05/2006).

II.b Indisponibilidade e sequestro dos bens

Então, diante dos *indícios* de *enriquecimento ilícito*, a sindicância patrimonial será de real valia para o pedido de *indisponibilidade dos bens* (art. 7º, Lei 8.429/1992), e do *sequestro dos bens* (art. 16, Lei 8.429/1992), medidas provocadas também nos autos do processo administrativo disciplinar (§ 3º, art. 14, Lei 8.429/1992).

Ainda sobre a sindicância patrimonial, dispõe o Decreto 5.483/2005:

Art. 9º A sindicância patrimonial constituir-se-á em procedimento sigiloso e meramente investigatório, não tendo caráter punitivo.

§ 3º Concluídos os trabalhos da sindicância patrimonial, a comissão responsável por sua condução fará relatório sobre os fatos apurados, opinando pelo seu arquivamento ou, se for o caso, por sua conversão em processo administrativo disciplinar.

II.c Comunicações

No art. 10, do citado Decreto 5.483/2005, alinha-se *providência imprescindível e imediata* visando oportunizar as *medidas acautelatórias* sobretudo aquelas previstas nos arts. 5º *usque* 8º, da Lei 8.429/1992:

Decreto 5.483/05

[...]

Art. 10. Concluído o procedimento de sindicância nos termos deste decreto, dar-se-á imediato conhecimento do fato ao Ministério Público Federal, ao Tribunal de Contas da União, à Controladoria-Geral da União, à Secretaria da Receita Federal e ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras. (grifei)

Vale consignar, em conclusão e a título de reflexão, que a sindicância patrimonial não deve ser banalizada e nem usada de forma desvirtuada.

A rigor, a injustificável evolução patrimonial do agente público, deve ser manifesta, desproporcional, incompatível com os recursos e disponibilidades que compõem o seu patrimônio (art. 7º e parágrafo único, Decreto 5.483/2005).

É certo que não existem ainda parâmetros seguros para medir tal desproporção na evolução patrimonial do agente público.

Não obstante isso, não é qualquer diferença aparentemente anômala que vai justificar a causa autorizativa da instauração da sindicância patrimonial, instrumento, diga-se de passagem, de imediato e inevitável efeito maculador da intimidade e da honra, valores fundamentais protegidos pela Carta Política (art. 5º, inc. X, CF).

De todo modo, não se deve perder de vista que no procedimento administrativo em geral, na linha do art. 2º, *caput*, parágrafo único, incisos I e VI, da Lei 9.784/1999, devem ser observados, inclusive, os *princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade*.

Nesse contexto, a sindicância patrimonial constitui-se num procedimento preliminar que se destina a reunir o *indício* de enriquecimento ilícito, necessário para justificar a instauração do

correspondente processo administrativo disciplinar e demais medidas preventivas.

II.d Intercâmbio de informação sigilosa

Quando se cogita da sindicância patrimonial, questão de realce está em saber o exato alcance e a utilidade direta, inclusive o uso, com estofamento legítimo, dos dados conhecidos através do *intercâmbio de informação sigilosa* ou *compartilhamento de dados*, na previsão das Leis Complementares 104/2001 e 105/2001, sem que isso possa caracterizar *quebra ilegal* do *sigilo de dados* e da *intimidade* (art. 5º, incisos X e XII, CF), bem como no desrespeito ao *devido processo legal* (art. 5º, inciso LIV, CF) (STF, RE 389808, DJe 10/05/2011).

II.d.1 Abrangência, alcance e utilidade do conhecimento obtido

Numa primeira etapa, o *intercâmbio de informação sigilosa* poderá trazer – no curso da investigação – o real conhecimento da situação fiscal, econômica e bancária do investigado.

Essa informação, se for o caso, produzirá o *indício*, suporte legítimo para prospecção e formalização das virtuais *provas*, nos procedimentos correspondentes.

Vale lembrar, no ponto, que o *indício*, como anota a doutrina, “*é como uma placa mostrando um caminho. A placa não é o destino, mas indica como chegar lá.*” (grifei) (Léo da Silva Alves, *Sindicância e processo disciplinar*, Cebrad, DF, v. I, 2008, p. 98–99)

Assim, o *intercâmbio de informação sigilosa* é bastante para propiciar o conhecimento de:

- depósito bancário
- certificado de compra de ações
- remessa de valores para o exterior
- compra de bens
- fundo de investimentos etc.

Numa segunda etapa, a Autoridade Policial e o Ministério Público, através da *quebra do sigilo de dados*, autorizada pelo Judiciário (art. 5º, inciso XII, CF; Leis Complementares 104/2001 e 105/2001), tentarão trazer para os autos as provas respectivas, inclusive as *provas independentes* (art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP, com a redação da Lei 11.690/2008), tais como:

- testemunhas
- laudos periciais
- prova emprestada (STF, Inq. 2424, DJ 24/08/2007)
- demais documentos.

Então, nessa segunda etapa, todo o manancial de prova, consolidada, documentada e submetida ao contraditório e ampla defesa, inclusive ao contraditório diferido, estará apta – na linha do art. 5º, incs. LIV, LV e LVI, da CF – a servir de *lastro* para a prolação da sentença no processo judicial.

Em tal perspectiva, é plausível advogar o entendimento no sentido de que o procedimento do *intercâmbio de informação sigilosa* – de natureza intra-processual – é válido para fornecer *oindício* autorizativo para a instauração da sindicância patrimonial, para fundamentar a decisão judicial que decretar a indisponibilidade e o sequestro dos bens e ainda a *quebra do sigilo de dados*, no curso inclusive da investigação criminal ou instrução processual penal, tudo com observância do *devido processo legal* (art. 5º, LIV, CF), e servir como “*prova emprestada*” no processo administrativo disciplinar e eventual ação civil pública de improbidade administrativa.

Dessarte, a prova assim obtida estará forrada de *legalidade*, em perfeita harmonia com o inciso LVI, do art. 5º, da CF, dado que será obtida por “*meios lícitos*”.

III Base legal para legitimar o apuratório

- CF, art. 37, § 4º
- Lei 8.429/1992, art. 13
- Decreto 5.483/2005 (DOU 1º/07/2005)
- Portaria MCT/CGU 335/06 (DOU 31/05/2006)

Obs: *Legitimidade e justa causa*: STJ, MS 10.442/DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 26/09/2005

III.a Decreto 5.483/2005 (DOU 1º/07/2005)

- Declaração de bens e valores (arts. 1º *usque* 6º)
- Evolução patrimonial do agente público – aferição (art. 7º e parágrafo único)
- Requisitos e competência para instauração de sindicância patrimonial (arts. 8º, 9º e §§)
- *Verificada a incompatibilidade patrimonial*, na forma estabelecida no art. 7º, *caput*, a Controladoria-Geral da União *instaurará* procedimento de sindicância patrimonial ou *requisitará* sua instauração ao órgão ou entidade competente.
- Comunicações: MPF, TCU, CGU, SRF e COAF (art. 10)
- Cópia de declaração anual do agente público (art. 11 e §§)
- Previsão de regulamentação (art. 13).

III.b Abrangência, competência e natureza (art. 16 e §§)

A sindicância patrimonial constitui procedimento investigativo, de caráter sigiloso, e não-punitivo, destinado a apurar indícios de enriquecimento ilícito, por parte de agente público federal, a partir da verificação de incompatibilidade patrimonial com seus recursos e disponibilidades, e será iniciada mediante determinação de Ministro de Estado do Controle e da Transparência, do Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União, do Corregedor-Geral ou dos Corregedores-Gerais Adjuntos.

III.c Competência e requisitos para instauração

Definindo *competência* para instauração da *sindicância patrimonial*, o Decreto 5.483/2005, estatui:

Art. 7º A Controladoria-Geral da União, no âmbito do Poder Executivo Federal, poderá analisar, sempre que julgar necessário, a evolução patrimonial do agente público, a fim de verificar a compatibilidade desta com os recursos e disponibilidades que compõem o seu patrimônio, na forma prevista na Lei 8.429, de 1992, observadas as disposições especiais da Lei 8.730, de 10 de novembro de 1993.

Parágrafo único. Verificada a incompatibilidade patrimonial, na forma estabelecida no caput, a Controladoria-Geral da União instaurará procedimento de sindicância patrimonial ou requisitará sua instauração ao órgão ou entidade competente.

Art. 8º Ao tomar conhecimento de fundada notícia ou de indícios de enriquecimento ilícito, inclusive evolução patrimonial incompatível com os recursos e disponibilidades do agente público, nos termos do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, a autoridade competente determinará a instauração de sindicância patrimonial, destinada à apuração dos fatos. (grifei)

Parágrafo único. A sindicância patrimonial de que trata este artigo será instaurada, mediante portaria, pela autoridade competente ou pela Controladoria-Geral da União.

E, na Portaria MCT/CGU 335/2006, publicada no DOU de 31/05/2006, que regulamenta o sistema de correição do Poder Executivo Federal, está dito:

Art. 16. A *sindicância patrimonial* constitui procedimento investigativo, de caráter sigiloso e não punitivo, destinado a apurar indícios de enriquecimento ilícito por parte do agente público federal, a partir da verificação de incompatibilidade patrimonial com seus recursos e disponibilidades, e será iniciada mediante determinação do Ministro de Estado do Controle e da Transparência, do Secretário-Executivo

da Controladoria-Geral da União, do Corregedor-Geral ou dos Corregedores-Gerais Adjuntos.

[...]

§ 2º A autoridade instauradora da sindicância patrimonial, deverá ser de cargo ou função de nível hierárquico equivalente ou superior ao do servidor ou empregado sob julgamento”. (grifei)

Constata-se, de forma iniludível, que deve haver uma *fundada razão* capaz de legitimar a instauração da sindicância patrimonial (art. 8º, Decreto 5.483/2005; arts. 4º, I, 6º, 9º e 20, da Portaria MCT/CGU 335/2006).

De ver que o salutar propósito, em verdade, vem ao encontro do cuidado do legislador no sentido de evitar infundados constrangimentos.

Ademais, está dito no art. 50, incisos I e II, entre outros, da Lei 9.784/1999:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;...’

Desse modo, parece correto sustentar, em princípio, uma preocupação no sentido de estabelecer textualmente a *competência* da autoridade para a instauração da *sindicância patrimonial* no âmbito da Controladoria-Geral da União, dado que tal instrumento apuratório que traz consigo forte carga intimidativa, poderá ser usado abusivamente.

É que, a sindicância patrimonial, por sua característica e dimensão peculiar, não deve ficar – *quanto ao juízo de admissibilidade* - ao talante de dirigente indeterminado, circunstância que propiciaria eventual desvio abusivo de finalidade.

Pelo que se vê, a exigência legal quando se cogita da *competência* para instauração da sindicância patrimonial poderá ser debatida tomando-se por base, o texto dos arts. 7º *usque* 8º e § único, do Decreto 5.483/2005.

Quanto aos *requisitos autorizativos* para a deflagração da sindicância patrimonial, devem ser *enumerados e fundamentados*.

III.c.1 Poder-dever de agir da autoridade

Por outro vértice, a autoridade competente, diante dos *indícios* de enriquecimento ilícito do agente público, não pode se omitir do dever de instaurar o procedimento apuratório, sob pena de responder por

improbidade administrativa prevista no art. 11, *caput*, inciso II, da Lei 8.429/1992.

Pertinente consignar que “o vocábulo *poder* significa *dever* quando se trata de atribuições de autoridades administrativas”. (TFR, RDA 28/187; JTJSP – Lex 197/79)

Nessa linha, a doutrina de Carlos Maximiliano, quando pontifica que “*para a autoridade, que tenha prerrogativa de ajuizar, por alvedrio próprio, da oportunidade e dos meios adequados para exercer as suas atribuições, o poder se resolve em dever*”. (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, São Paulo, 1925, p. 288; Hely Lopes Meirelles, obra citada, p. 108.)

III.c.2 Devido processo legal e segurança jurídica

Logo, e sob o pálio dos princípios do *devido processo legal* (art. 5º, inciso LIV, CF e da *segurança jurídica* (art. 2º, *caput*, Lei 9.784/1999), os elementos *competência* e *requisitos* para a instauração da sindicância patrimonial estão expressados nos arts. 7º *usque* 8º e parágrafo único, do Decreto 5.483/2005.

IV Sindicância patrimonial - instrução probatória (art. 18, Portaria MCT/CGU 335/2006)

Para a instrução do procedimento, a comissão efetuará as diligências necessárias à elucidação do fato, ouvirá o sindicado e as eventuais testemunhas, carreará para os autos a prova documental existente e solicitará, se necessário, o afastamento de sigilos e a realização de perícias:

– Sigilo fiscal - consulta à Secretaria da Receita Federal (§ 1º, art. 18)

– Sigilo bancário - pedido via Advocacia-Geral da União (§ 2º, art. 18)

– Renúncia expressa dos sigilos fiscal e bancário (§ 3º, art. 18)

– Direito de defesa

IV.a Contraditório e a ampla defesa

IV.a.1 Abordagem inicial

Malgrado o aspecto salutar e moralizador da sindicância patrimonial, parece possível debater eventual tese de *cerceamento de defesa* no Decreto 5.483/2005 e Portaria 335 – MCT, de 30/05/2006 (*DOU* 31/05/2006), e levando-se em conta o princípio constitucional que garante inclusive aos *acusados em*

geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes, tudo como registra o art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal.

É que, está dito no art. 8º, *caput*, do citado decreto:

Ao tomar conhecimento de fundada notícia ou de indícios de enriquecimento ilícito, inclusive evolução patrimonial incompatível com os recursos e disponibilidades do agente público, nos termos do art. 9º, da Lei 8.429, de 1992, a autoridade competente determinará a instauração de sindicância patrimonial, destinada à apuração dos fatos. (grifei)

Constatam-se duas situações bem definidas, ou seja:

- a) conhecimento de *fundada notícia*, hipótese que demandará apuração do fato;
- b) indícios de enriquecimento ilícito, inclusive evolução patrimonial incompatível com os recursos e disponibilidade do agente público, hipótese visada pelo art. 9º, inciso VII, da Lei . 8.429/1992.

É evidente que na segunda hipótese, é dizer, quando a imputação já estiver acompanhada de razoáveis *indícios* de enriquecimento ilícito e evolução patrimonial incompatível com os recursos e disponibilidades do agente público, como está dito na redação do art. 8º, *caput*, do Decreto 5.483/2005, a autoridade não estará diante de mera delação, mas sim de evento acompanhado de indício, este, como é curial, elencado como elemento de prova na legislação processual penal (art. 239, CPP) e disciplinar (art. 406, inciso V, Decreto 59.310/1966 – Regulamento da Lei 4.878/1965), e implicitamente pelo art. 155, da Lei 8.112/1990, e art. 29, da Lei 9.784/1999.

IV.a.2 Procedimento preparatório e procedimento instrutório ou acusatório

No julgamento do RMS 22.789-7/RJ, o c. Supremo Tribunal Federal estabeleceu - no leito da Lei 8.112/1990 - a distinção entre a sindicância preparatória (apuratória) e a sindicância instrutória (acusatória):

EMENTA: Servidor público. Aplicação da pena de advertência sem a instauração de sindicância na qual se daria o exercício da ampla defesa dos que vieram a ser punidos. Nulidade.

- Do sistema da Lei 8.112/90 resulta que, sendo a apuração de irregularidade no serviço público feita mediante sindicância ou processo administrativo, assegurada ao acusado ampla defesa (art. 143), um desses dois procedimentos terá de ser adotado para essa apuração, o que implica dizer que o processo administrativo não pressupõe necessariamente a

existência de uma sindicância, mas, se o instaurado for a sindicância, é preciso distinguir: se dela resultar a instauração do processo administrativo disciplinar, é ela mero procedimento preparatório deste, e neste é que será imprescindível se dê ampla defesa ao servidor; se, porém, da sindicância decorrer a possibilidade de aplicação de penalidade de advertência ou de suspensão de até 30 dias, essa aplicação só poderá ser feita se for assegurado ao servidor, nesse procedimento, sua ampla defesa. [...]

Recurso ordinário a que se dá provimento".
(STF, RMS 22.789-7/RJ, DJ 25/06/1999).

Da decisão do Pretório Excelso – com base na Lei 8.112/1990 – verifica-se que na sindicância de natureza preparatória (ou investigatória) é *prescindível* o contraditório e a ampla defesa.

Já em se tratando de sindicância de natureza acusatória (ou instrutória) há que se observar o *contraditório* e a *ampla defesa*.

Ocorre que a sindicância patrimonial, embora não tendo caráter punitivo (art. 9º, Decreto 5.483/2005), traz forte conteúdo acusatório (arts. 7º, parágrafo único, e 8º, parágrafo único, Decreto 5.483/2005).

Ademais, o ritual da sindicância patrimonial, embora sigilosa (art. 9º, Decreto 5.483/2005) acena com o direito de defesa (art. 5º, inciso LV, CF), na previsão do art. 18, da Portaria MCT/CGU 335, de 30/05/2006 (DOU 31/05/2006).

Demais disso, o art. 5º, inciso LV, da Carta Política, garante aos *litigantes* e "*aos acusados em geral*", o direito fundamental ao contraditório e a ampla defesa.

Nessa toada, com arrimo no art. 5º, inciso LV, CF, pode-se cogitar inclusive do contraditório (*diferido*).

Portanto, não há como negar o direito de defesa do sindicado.

IV.a.3 Procedimento singular

Com efeito, a *sindicância patrimonial*, instituída por meio do Decreto 5.483/2005, que regulamenta o art. 13, da Lei 8.429/1992, na parte que trata da declaração e atualização de bens do agente público quando do ingresso no serviço público, tem natureza singular.

Tal procedimento de investigação, ressalte-se, só se inaugura com uma carga acentuada de imputação, é dizer, com *indícios* de antemão.

E o entendimento decorre da redação dos arts. 7º, parágrafo único e 8º, *caput*, do citado decreto:

Art. 7º A Controladoria-Geral da União, no âmbito do Poder Executivo Federal, poderá

analisar, sempre que julgar necessário, a evolução patrimonial do agente público, a fim de verificar a compatibilidade desta com os recursos e disponibilidades que compõem o seu patrimônio, na forma prevista na Lei nº 8.429, de 1992, observadas as disposições especiais da Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993.

Parágrafo único. Verificada a incompatibilidade patrimonial, na forma estabelecida no caput, a Controladoria-Geral da União instaurará procedimento de sindicância patrimonial ou requisitará sua instauração ao órgão ou entidade competente.

Art. 8º Ao tomar conhecimento de fundada notícia ou de indícios de enriquecimento ilícito, inclusive evolução patrimonial incompatível com os recursos e disponibilidades do agente público, nos termos do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, a autoridade competente determinará a instauração de sindicância patrimonial, destinada à apuração dos fatos”.

Parágrafo único. A sindicância patrimonial de que trata este artigo será instaurada, mediante portaria, pela autoridade competente ou pela Controladoria-Geral da União.

Diante de tal descortino, o Exmo. Sr. Ministro de Controle e de Transparência editou a Portaria MCT/CGU . 335-2006, publicada no *DOU* de 31/05/2006, e na parte referente a sindicância patrimonial está dito:

Art. 18. Para a instrução do procedimento, a comissão efetuará as diligências necessárias à elucidação do fato, ouvirá o sindicado e as eventuais testemunhas, carreará para os autos a prova documental existente e solicitará, se necessário, o afastamento de sigilos e a realização de perícias.

Dessarte, ao contrário da sindicância meramente preparatória, pode-se dizer que a *sindicância patrimonial* já traz de antemão um servidor investigado, com interesse concreto de exercitar o contraditório e a ampla defesa, tudo sob o agasalho do art. 5º, incisos LIV e LV, da CF.

Obs: vide o HC 94703-STF, julgado em 19/05/2008.

IV.a.4 Direito de defesa

No julgamento do MS 10.442 DF, o colendo Superior Tribunal de Justiça julgando questão debatida em face de *sindicância patrimonial*, reconheceu a *legitimidade do procedimento apuratório*, e assentou:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. ABERTURA DA SINDICÂNCIA. DIREITO-DEVERDAADMINISTRAÇÃO.MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA SUPERIOR A PATRIMÔNIO E RENDA

DECLARADOS. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADE. JUSTA CAUSA. ORDEM DENEGADA.

1. A abertura de sindicância constitui direito-dever da Administração que, em tese, não fere direito líquido e certo do servidor. Inteligência do art. 143, da Lei . 8.112/1990 e art. 11, inc. II, da Lei 8.429/1992.

2. Tendo em vista os princípios da boa-fé e da segurança jurídica e, ainda, a repercussão negativa na esfera funcional, familiar e pessoal do servidor público, mostra-se indispensável a necessidade de justa causa para a abertura de sindicância ou processo disciplinar.

3. Havendo indícios de que a movimentação financeira de servidor público mostra-se incompatível com a renda e patrimônio declarados, cabe à autoridade competente apurar a suposta irregularidade, porquanto dela pode originar a prática de ilícito administrativo.

4. *Segurança denegada.* (grifei) (STJ, MS 10.442-DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 26/09/2005).

A propósito, o art. 143, da Lei 8.112/1990, citado no acórdão aqui colacionado, está assim redigido:

Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa. (grifei)

Em tais condições, ao sindicado deverá ser dado o direito de defesa garantido no inciso LV, do art. 5º, da Carta Política.

V Sigilo de dados (§§ do art. 18, Portaria MCT/CGU 335/2006)

- Necessidade de ordem judicial
- STF - RE 389808, DJe 10/05/2011
- STF - Inquérito . 2245/MG, DJ 09/11/2007
- STF - PET – AgR 2790/RS, DJ 11/04/2003
- STJ - RMS 15.250/SC, DJ 15/12/2003
- STJ - RMS 12.131/RR, DJ 10/09/2001
- STJ – Resp 625.214/SP, DJ 29/06/2007
- TRF 1ª R., AGI 2006.01.00.015360-5 DF, DJ 25/08/2006.

V.a Quebra do sigilo de dados (bancário e fiscal) - art. 5º, inc. XII, CF c/c LC 104/2001 e LC 105/2001

Art. 5º

[...]

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (grifei)

V.b Intercâmbio de informação sigilosa ou compartilhamento de dados

V.b.1 Lei Complementar 104/2001

A Lei Complementar 104/2001 deu nova redação ao art. 198 e parágrafo único, do Código Tributário Nacional, substituindo o parágrafo único, por dois parágrafos e incisos, assim redigidos;

Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;”

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.”

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante *processo regularmente instaurado*, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e *assegure a preservação do sigilo*. (grifei)

A doutrina de Luiz Roberto Proença, destaca:

Ressalte-se ser dever legal do contribuinte não só o pagamento dos tributos que o tenham como sujeito ativo, mas igualmente, a prestação de todas as informações necessárias para a apuração do fato gerador e da incidência tributária. Estas informações são protegidas pelo sigilo, mas não são secretas, permitindo o seu conhecimento por terceiros, que não os servidores das Fazendas Públicas, dentro de determinados critérios e sob certas circunstâncias, como é o caso dos membros do Ministério Público, no exercício de seu poder de requisição, para instrução dos seus expedientes investigativos, sem prejuízo do dever de manter o caráter sigiloso das informações fiscais que houverem recebido, consoante normas legais anteriormente comentadas (arts. 198 e 199 do

CTN) (parêntesis explicativo) (grifei) (Inquérito Civil, Ed. RT, SP, 2001, fls. 79 e 80)

Com efeito, o intercâmbio de informação sigilosa ou compartilhamento de dados (§§ 1º e 2º, art. 198, CTN, com a redação da LC 104/2001), em verdade, viabiliza o conhecimento, entre autoridades, de informações no interesse da Administração Pública, desde que *instaurado o procedimento regular* e com o objetivo de investigar o sujeito passivo por prática de infração.

Constata-se, outrossim, na regra que cuida do intercâmbio de informação sigilosa (§§ 1º e 2º, art. 198, CTN), a preocupação devida do legislador no sentido de viabilizar a investigação e destacar, inclusive, a necessidade da *preservação do sigilo*.

O intercâmbio de informação sigilosa foi igualmente tratado no texto da Portaria MCT/CGU 335, de 30/05/2006 (DOU 31/05/2006), *verbis*:

Art. 18. Para a instrução do procedimento, a comissão efetuará as diligências necessárias à elucidação do fato, ouvirá o sindicado e as eventuais testemunhas, carreará para os autos a prova documental existente e solicitará, se necessário, o afastamento de sigilos e a realização de perícias.

§ 1º. As consultas, requisições de informações e documentos necessários à instrução da sindicância, quando dirigidas à Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, deverão ser feitas por intermédio dos Corregedores-Gerais Adjuntos, observado o dever da comissão de, após a transferência, assegurar a preservação do sigilo fiscal

§ 2º. A solicitação de afastamento de sigilo bancário deve ser encaminhada à Advocacia-Geral da União, com as informações e documentos necessários para o exame de seu cabimento.

§ 3º. A comissão deverá solicitar do sindicado, sempre que possível, a renúncia expressa aos sigilos fiscal e bancário, com a apresentação de informações e documentos necessários para a instrução do procedimento. (grifei)

Com arrimo no princípio da segurança jurídica, parece desarrazoado afirmar que o intercâmbio de informação sigilosa possibilite, de imediato, levar para o processo os dados do investigado, sem ferir a *invulnerabilidade do sigilo*, garantia de dignidade Constitucional *ex vi* do inciso XII, art. 5º.

A questão está em saber se o intercâmbio de informação sigilosa viabiliza o conhecimento e o uso direto das informações, nos correspondentes processos, sem a intervenção do Poder Judiciário.

Então, o intercâmbio de informação sigilosa funcionaria como um *procedimento preambular, sigiloso e interno*, visando buscar e sedimentar a *plausibilidade*

da incidência do *ilícito*, este necessário para justificar, no leito do procedimento correspondente, a *quebra do sigilo* de dados, medida determinada pelo Poder Judiciário.

Deveras, parece possível sustentar, então, que o *intercâmbio de informação sigilosa* propiciaria a coleta dos *indícios* necessários para fundamentar – no leito do procedimento correspondente – o pedido de quebra do sigilo de dados do investigado.

E assim, a obtenção da prova para a instrução do processo se daria por *métodos lícitos*, ou seja, ordem judicial, sem infringir os termos do inciso LVI, do art. 5º, da Lei Maior.

V.b.2 Lei Complementar 105/2001 e Decreto 3.724, de 10/01/2001 DOU 11/01/2001 – STF RE 389808, DJe 10/05/2011

O delicado e contestável tema foi dilucidado por ocasião do julgamento no STF, por maioria apertada, do RE 389808, em 15/12/2010, DJe 10/05/2011, como informa o *site* do Pretório Excelso:

STF nega quebra de sigilo bancário de empresa pelo Fisco sem ordem judicial

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) deu provimento a um Recurso Extraordinário (RE 389808) em que a empresa GVA Indústria e Comércio S/A questionava o acesso da Receita Federal a informações fiscais da empresa, sem fundamentação e sem autorização judicial. Por cinco votos a quatro, os ministros entenderam que não pode haver acesso a esses dados sem ordem do Poder Judiciário.

O caso

A matéria tem origem em comunicado feito pelo Banco Santander à empresa GVA Indústria e Comércio S/A, informando que a Delegacia da Receita Federal do Brasil – com amparo na Lei Complementar 105/01 – havia determinado àquela instituição financeira, em mandado de procedimento fiscal, a entrega de extratos e demais documentos pertinentes à movimentação bancária da empresa relativamente ao período de 1998 a julho de 2001. O Banco Santander cientificou a empresa que, em virtude de tal mandado, iria fornecer os dados bancários em questão.

A empresa ajuizou o RE no Supremo contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que permitiu “o acesso da autoridade fiscal a dados relativos à movimentação financeira dos contribuintes, no bojo do procedimento fiscal regularmente instaurado”. Para a GVA, “o poder de devassa nos registros naturalmente sigilosos, sem a mínima fundamentação, e ainda sem a necessária intervenção judicial, não encontram qualquer fundamento de validade na Constituição

Federal”. Afirma que foi obrigada por meio de Mandado de Procedimento Fiscal a apresentar seus extratos bancários referentes ao ano de 1998, sem qualquer autorização judicial, com fundamento apenas nas disposições da Lei 10.174/2001, da Lei Complementar 105/2001 e do Decreto 3.724/2001, sem qualquer respaldo constitucional.

Dignidade

O ministro Marco Aurélio (relator) votou pelo provimento do recurso, sendo acompanhado pelos ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso. O princípio da dignidade da pessoa humana foi o fundamento do relator para votar a favor da empresa. De acordo com ele, a vida em sociedade pressupõe segurança e estabilidade, e não a surpresa. E, para garantir isso, é necessário o respeito à inviolabilidade das informações do cidadão.

Ainda de acordo com o ministro, é necessário assegurar a privacidade. A exceção para mitigar esta regra só pode vir por ordem judicial, e para instrução penal, não para outras finalidades. “É preciso resguardar o cidadão de atos extravagantes que possam, de alguma forma, alcançá-lo na dignidade”, salientou o ministro.

Por fim, o ministro disse entender que a quebra do sigilo sem autorização judicial banaliza o que a Constituição Federal tenta proteger, a privacidade do cidadão. Com esses argumentos o relator votou no sentido de considerar que só é possível o afastamento do sigilo bancário de pessoas naturais e jurídicas a partir de ordem emanada do Poder Judiciário.

Já o ministro Gilmar Mendes disse em seu voto que não se trata de se negar acesso às informações, mas de restringir, exigir que haja observância da reserva de jurisdição. Para ele, faz-se presente, no caso, a necessidade de reserva de jurisdição.

Para o ministro Celso de Mello, decano da Corte, o Estado tem poder para investigar e fiscalizar, mas a decretação da quebra de sigilo bancário só pode ser feita mediante ordem emanada do Poder Judiciário.

Em nada compromete a competência para investigar atribuída ao poder público, que sempre que achar necessário, poderá pedir ao Judiciário a quebra do sigilo.

Divergência

Os ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Ellen Gracie votaram pelo desprovimento do RE. De acordo com o ministro Dias Toffoli, a lei que regulamentou a transferência dos dados sigilosos das instituições financeiras para a Receita Federal respeita as garantias fundamentais presentes na Constituição Federal. Para a ministra Cármen Lúcia, não existe quebra de privacidade do cidadão, mas apenas a transferência para outro órgão dos dados protegidos.

Na semana passada, o Plenário havia negado referendo a uma liminar (Ação Cautelar 33) concedida pelo ministro Marco Aurélio em favor da GVA. (grifei)

Precedentes: STF, RE 215301 CE, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28/05/1999.

Sigilos bancário e fiscal: TRF 1ª R., AGI 2006.01.00.015360-5 DF, rel. Des. Federal Tourinho Neto, DJ 25/08/2006.

V.b.3 Intercâmbio de informação sigilosa como meio preparatório para quebra do sigilo de dados

Como exceção, concluída a Sindicância Patrimonial como os “indícios” de enriquecimento ilícito, deve a comissão, de imediato, proceder as comunicações ao Ministério Público Federal, ao Tribunal de Contas da União, à Controladoria-Geral da União, à Secretaria da Receita Federal e ao COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras (art. 10, Decreto 4.483/2005).

Assim, parece desarrazoado afirmar que o intercâmbio de informação sigilosa possibilite, de imediato, levar diretamente para o processo os dados do investigado, sem ferir a *inviolabilidade do sigilo*, garantia de dignidade constitucional *ex vi* do inc. XII, art. 5º, da Carta Política.

Então, o intercâmbio de informação sigilosa funcionaria como um *procedimento preambular, sigiloso e interno*, visando buscar e sedimentar a *plausibilidade* da incidência da infração, com o *indício* necessário para justificar, no leito do procedimento correspondente, a *quebra do sigilo de dados*, medida determinada pelo Poder Judiciário.

Deveras, parece possível sustentar, então, que o intercâmbio de informação sigilosa propiciaria a coleta dos *indícios*, necessários para fundamentar – no leito do procedimento correspondente – o pedido de *quebra do sigilo de dados* do investigado.

VI Evolução patrimonial sugestiva de enriquecimento ilícito do agente público

VI.a O enriquecimento dito *ilícito* Análise preambular

Com efeito, seria um despropósito, diga-se de antemão, censurar o enriquecimento patrimonial *legítimo*, fruto de atividade privada, fator gerador de emprego, renda e tributo, enfim, do progresso social.

O objeto da censura – quando se cogita da improbidade administrativa – está no enriquecimento patrimonial *ilícito*, ou seja, aquele que transgredir os princípios e regras legais, sobretudo a *moralidade*

administrativa, este preceito de dignidade constitucional como apregoa o art. 37, *caput*, da Carta Política.

Releva aduzir que a *improbidade administrativa* que importa no *enriquecimento patrimonial ilícito do agente público* ocorre, notadamente, sob o pálio da função pública exercida ou valendo-se da facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário, é dizer, no uso indevido da condição de agente público.

Essa disfunção pode ser traduzida no “*valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública*” (art. 117, inciso IX, Lei 8.112/1990), bem como na regra cravada, art. 9º, *caput*, inc. I, da Lei 8.429/1992, inclusive.

Outras hipóteses – por amostragem – estão contempladas no art. 11, incisos III, V e VIII, da Lei 8.429/1992, bem como nos arts. 325, 332, 337-B e 337-C, do Código Penal.

E a *sindicância patrimonial*, nesse quadro, opera como instrumento eficiente na busca do *indício* autorizativo capaz de fundamentar a instauração dos procedimentos que visem concretizar a responsabilidade do agente público transgressor da lei.

VI.b Enriquecimento ilícito e o enquadramento legal no processo administrativo disciplinar

Concluindo a comissão de sindicância patrimonial, após regular apuratório, pela *evolução patrimonial anômala* ou injustificada do agente público, ou seja, restando fortes evidências de *enriquecimento ilícito em razão do cargo, mandato ou função na atividade pública*, deve ser instaurado o respectivo *processo administrativo disciplinar*, tudo como prevê o parágrafo terceiro do art. 9º, do Decreto 5.483/2005.

No ponto, vale lembrar que no julgamento do MS 10.442 DF, o colendo Superior Tribunal de Justiça dilucidando questão debatida em face da *sindicância patrimonial*, reconheceu a *legitimidade de tal procedimento apuratório* (STJ, MS 10.442-DF, rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, DJ 26/09/2005).

E após a regular apuração do fato, no leito do processo administrativo disciplinar, a comissão, na hipótese de conclusão pela responsabilidade do agente, na linha do art. 165 e §§, da Lei 8.112/1990, deverá *indicar o dispositivo legal ou regulamentar transgredido, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes*.

Em verdade, como prevê o art. 161, *caput*, da Lei 8.112/1990, “*Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas*”. (grifei)

Pertinente gizar que a transgressão disciplinar compõe-se de duas bases, ou seja, base hipotética e base factual.

A base hipotética consiste na descrição do modelo de conduta proibida, como, por exemplo, a figura formatada no art. 117, inciso XII, da Lei 8.112/1990, *in verbis*: “*receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições*”.

Já a base factual, é o comportamento (previsto em lei) levado a efeito pelo transgressor.

E a tipicidade – mormente nas transgressões graves e gravíssimas – é a junção harmônica dessas bases (STJ, RMS 16.264 GO, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 02/05/2006).

Acresce lembrar, por pertinente, que na esfera disciplinar, em decorrência da margem discricionária deixada pelo legislador ao detentor do poder disciplinar, a base hipotética se desdobra em duas: base hipotética expressa (sanções graves) e base hipotética em branco (sanções leves) (José Armando da Costa, Direito Administrativo Disciplinar, Ed. Brasília Jurídica, 2004, pág. 204/5; Sebastião José Lessa, Temas Práticos de Direito Administrativo Disciplinar, Ed. Brasília Jurídica, 2005, p. 41 e 176).

VI.c Enriquecimento ilícito presumido

O *enriquecimento ilícito presumido* está definido no art. 9º, inc. VII, da Lei 8.429/1992.

Trata o mencionado tipo da figura intitulada “*enriquecimento ilícito presumido*”, situação que se configura diante de uma *evolução* patrimonial *incompatível* com os vencimentos do agente público nessa qualidade.

A bem dizer, o adjetivo *presumido* expressa aquilo “*admitido como certo e verdadeiro por presunção*”. E o verbo *presumir*, aponta sinal de “*suspeita*”, ou “*julgar segundo certas probabilidades, considerar como provável, supor, suspeitar [...]*”.

De fato, na linguagem jurídica, o substantivo *presunção* traduz “*a consequência que a lei deduz de certos atos ou fatos, estabelecendo-a como verdade, às vezes mesmo contra prova em contrário*”.

Por fim, anotam os dicionários que o antônimo de *presumir* é *ter certeza*, logo há que se ter acurada sagacidade na investigação que buscar os *indícios* do enriquecimento ilícito presumido.

Elucidativa a lição do Desembargador Laerte Sampaio da e. Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, na análise do art. 9º, item VII, da Lei 8.429/1992:

Com efeito, nesta figura, o ato de improbidade não está condicionado à prova e individualização de um comportamento descrito no tipo genérico do “caput”. Tal comportamento se presume pelo fato objetivo de ser apurada a aquisição de “bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou renda do agente público”. O tipo do inciso VII exige uma aferição objetiva de diferença de bens e valores durante determinado período de tempo. (TJSP, Apelação 0018566-33.2003.08.26.0053, julg. em 12.04.11)

Identificação do Ato de Ofício - Desnecessidade

Nesse contexto, o enriquecimento ilícito do agente público nessa condição, e sem embargo da decisão do c. Supremo Tribunal Federal (STF, APN 307-3 DF, maioria, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13/12/1994 (Celso Delmanto, Código Penal Comentado, Ed. Renovar, RJ, 6. ed., 7ª tiragem, p. 635) – *não depende necessariamente da demonstração ou identificação do ato de ofício respectivo* –, dado que assim sugere a Lei 8.429/1992, que reprime a improbidade administrativa:

Art. 9º. Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

[...]

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício do mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

[...]

Comentando o dispositivo mencionado, a doutrina esclarece:

Assim, ao contrário da tese sustentada por alguns autores, cabe ao promovente da ação civil pública, com base no art. 9º, inciso VII, da Lei número 8.429/1992, comprovar, apenas, que o aumento patrimonial do réu é incompatível com as receitas que auferiu e que o réu é ou foi agente público ao tempo da evolução patrimonial indevida.

Ao réu incumbe, data venia, comprovar que não há qualquer nexo entre acréscimo patrimonial e o exercício das funções públicas lato sensu, e tanto isto é verdade que se lhe incumbe formular, desde a posse, anualmente, declaração completa de seu patrimônio e bens. (grifei) (Fábio Medina Osório, Improbidade Administrativa, Ed. Síntese, RS, 2. ed., p. 186–187)

E mais:

De efeito, deverá o agente público enquadrar-se no tipo disciplinar acima transcrito (inciso VII), devendo, por força dessa norma presuntiva de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, ser demitido do serviço público, ou sofrer as conseqüências punições de índole político-disciplinar (impeachment, cassação de mandato, perda de cargo e outras formas de destituição), quando tratar-se de cargo político-eletivo ou de membros componentes do Poder Judiciário.

O elemento objetivo da norma (inciso VII) é a aquisição, para si ou para terceiro, de bens cujo valor seja incompatível com a renda do agente público.

Deverá o fato presuntivo de enriquecimento ilícito ocorrer durante o exercício do mandato, das atribuições do cargo, ou da função pública. (grifei) (José Armando da Costa, Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa, Ed. Brasília Jurídica, 3. ed., p. 113–114).

De igual modo significativa a lição de Marcelo Figueiredo:

Existe na lei uma presunção de enriquecimento ilícito, situação do imposto de renda, alusivas aos “sinais exteriores de riqueza”. É preciso ter cuidado ao aplicar o dispositivo. O intérprete deve dar caminhos e meios para que o agente possa justificar por todos os modos em Direito admitidos a origem de suas rendas e proventos e, assim, dar oportunidade para que a “verdade real” (em contraposição à “verdade formal” – das declarações de renda do agente ímprobo) venha à tona.

E continua o autor:

A respeito do inciso comentado, Hely Lopes Meirelles doutrina que ele “merece destaque, dado seu notável alcance, pois inverte o ônus da prova, sempre difícil para o autor da ação em casos como o descrito pela norma. Nessa hipótese, quando desproporcional, o enriquecimento ilícito é presumido, cabendo ao agente público a prova de que ele foi lícito, apontando a origem dos recursos necessários à aquisição” (Direito Administrativo Brasileiro, 25ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2000, p. 459).” (grifei) (Marcelo Figueiredo, Probidade Administrativa, Ed. Malheiros, SP, 4. ed., p. 76–77)

Mauro Roberto Gomes de Mattos, assinala sobre o inciso VII, do art. 9º, da Lei 8.429/1992, que o dispositivo “abrange o enriquecimento sem causa do agente público, durante o período que ele exerce função, sem que haja uma causa lícita conhecida.

E diz também que:

O princípio de que é defeso o enriquecimento sem causa nasceu do direito privado, não decorrendo de dispositivos contidos em texto legal. Esta teoria foi revelada inicialmente pelas jurisprudências francesas e italiana, que condenaram, de forma permanente, o

locupletamento, ao afirmar freqüentemente o direito, que cabe ao empobrecido, à restituição do aumento da riqueza verificado à sua causa, a favor do outro patrimônio.

Em monografia específica, o mestre lusitano Martinho de Almeida, assim define o princípio em tela:

“O enriquecimento sem causa é um evento, um fato que se verifica quando o patrimônio de alguém é aumentado, sem causa, pelo correlativo empobrecimento do patrimônio de outrem, embora não deixe de ser um conceito jurídico, um fato jurídico sintético com complexos formados à causa de fatos materiais concretos.”

O enriquecimento sem causa, ou ilícito, apesar de não ter seu nascimento na lei, sempre foi matéria puramente doutrinária, tendo como fundamentação três outros princípios: da moral, dos princípios gerais de direito e da equidade.

A verificação do enriquecimento sem causa se assenta na presença de quatro requisitos: a) o locupletamento de sujeito; b) o empobrecimento de outrem; c) o nexo de causalidade entre este empobrecimento e aquele locupletamento e d) a falta de uma causa jurídica para tais eventos. (grifei) (O Limite da Improbidade Administrativa, Ed. América Jurídica, RJ, 2005, pág. 208–209)

Impende consignar que o enriquecimento sem causa está agora disciplinado pelo Código Civil (arts. 884 *usque* 886).

VI.c.1 Advertência da doutrina

Mauro Roberto Gomes de Mattos sustenta que a Administração Pública “deverá provar que a elevação desproporcional do patrimônio do agente público derivou do exercício irregular ou abusivo da função exercida”.

E continua o autor:

Aliás, é de se ressaltar, por oportuno, que a inversão do ônus da prova só ocorre em nosso direito positivo em situações especialíssimas de relevante interesse público ou de proteção a hipossuficientes, como verbi gratia: Código do Consumidor (Lei 8.078/90), em prol do consumidor de produtos ou serviços lesados e Lei de Proteção ao Meio Ambiente (Lei 6.938/81) onde o agressor é que tem de provar a falta de nexo causal entre a sua atividade e o desastre ambiental ocorrido.

Em abono ao que foi dito, agrega-se o fato do presente inciso VII atrelar-se ao caput do art. 9º que é uníssono em estipular o tipo da improbidade administrativa como aquele que importa em enriquecimento ilícito, “em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego...” do agente público.

Nesse sentido, não há como se presumir vantagem patrimonial indevida em razão do vínculo

público, pois o princípio é inverso, imperando a presunção de inocência em favor do indivíduo/ agente público.

Somente prova robusta é que poderá elidir a presunção de inocência, onde a materialidade da conduta estiver invencivelmente caracterizada, decorrente de ato ilícito do agente público. (obra citada, p. 210)

A propósito do tema – *enriquecimento sem causa* – acresce redizer que o Código Civil (Lei 10.406/2002), no art. 884, dispõe que: *“Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”*.

VI.d O princípio da presunção de inocência e a inversão do ônus da prova

VI.d.1 Presunção de inocência – princípio de caráter penal

Com efeito, dispõe o inciso LVII, do art. 5º, da Constituição Federal: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”* (grifei).

Esclarece a doutrina de Fábio Medina Osório, que a *presunção de inocência* é princípio de caráter penal.

Comentando o inc. VII, do art. 9º, da Lei 8.429/1992, leciona que:

A presunção de inocência, no terreno penalístico, não têm impedido as chamadas prisões processuais, até para garantia da ordem pública, ou a inversão do ônus da prova no que se refere às causas excludentes da ilicitude, donde há de se ter maior cautela com semelhante princípio, cuja origem seria processual, evidenciando a necessidade de respeito às garantias da ampla defesa e do contraditório.

E segue:

Data venia, na verdade, o art. 9º, caput, da Lei número 8.429/92 abrange conceito jurídico indeterminado e é cláusula geral que alcança as hipóteses não contempladas nos incisos do mesmo dispositivo legal, tanto que a redação desses últimos guarda autonomia em relação à base.

O art. 9º, em seus múltiplos incisos, cria figuras de improbidade administrativa autônomas, podendo ampliar ou restringir os requisitos de responsabilização, dependendo dos suportes descritivos, os quais são independentes e, por si só, auto-aplicáveis.

O enriquecimento é ilícito a partir de uma inequívoca presunção do legislador. Quem tem uma fonte de renda pública, exclusivamente esta, não pode ostentar evolução patrimonial incompatível,

desproporcional, antagônica à realidade de seus rendimentos.

Assim, ao contrário da tese sustentada por alguns autores, cabe ao promovente da ação civil pública, com base no art. 9º, inciso VII, da Lei número 8.429/92, comprovar, apenas, que o aumento patrimonial do réu é incompatível com as receitas que auferiu e que o réu é ou foi agente público ao tempo da evolução patrimonial indevida.

Ao réu incumbe, data venia, comprovar que não há qualquer nexó entre o acréscimo patrimonial e o exercício das funções públicas lato sensu, e tanto isso é verdade que se lhe incumbe formular, desde a posse, anualmente, declaração completa de seu patrimônio e bens. (grifei) (Improbidade Administrativa, Ed. Síntese, Porto Alegre/RS, 2. ed., p. 183 e 186–187)

Pelo visto, e com arrimo na doutrina de Fábio Medina Osório, é juridicamente sustentável a figura do *enriquecimento ilícito presumido*, com a comprovação, apenas, que o aumento patrimonial do acusado é incompatível com seus vencimentos e que o réu é ou foi agente público ao tempo da evolução patrimonial indevida.

VI.d.2 Presunção de inocência – princípio de abrangência geral

Deveras, esclarece a doutrina que: *“A presunção de inocência é uma garantia que não se limita à esfera penal, como manifestou o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, no julgamento da “Arguição de descumprimento de preceito fundamental” (ADPF) 144, do Distrito Federal:*

[...] a presunção de inocência, embora historicamente vinculada ao processo penal, também irradia os seus efeitos, sempre em favor das pessoas, contra o abuso de poder e a prepotência do Estado, projetando-se para esferas processuais não criminais, em ordem a impedir, dentre outras graves conseqüências no plano jurídico - ressalvada a excepcionalidade de hipóteses previstas na própria Constituição, que se formulam, precipitadamente, contra qualquer cidadão, juízos morais fundados em situações juridicamente ainda não definidas (e, por isso mesmo, essencialmente instáveis) ou, então, que se imponham ao réu, restrições a seus direitos, não obstante inexistente condenação judicial transitada em julgado. (BRASIL, 2010) (grifei) (Karline dos Santos Nascimento Paié in “ambitojuridico.com.br”).

VI.e O enquadramento do agente público na Lei 8.112/1990

Dispõe a Lei 8.112/1990, no art. 161, que *“Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicação do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas”*. (grifei)

Pelo visto, há que se ajustar com tessitura a conduta do agente ao modelo de conduta punível, especificando-se os fatos censuráveis e as respectivas provas.

É a tipicidade – na esfera disciplinar – mencionada no julgamento do c. Superior Tribunal de Justiça, no RMS 16.264 GO, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 02/05/2006.

Deveras, o enriquecimento ilícito, a luz das Leis 8.112/1990 e 8.429/1992, caracteriza-se no auferimento de qualquer tipo de vantagem indevida em razão do cargo, mandato, função, emprego ou atividade no serviço público ou nas entidades mencionadas no art. 1º da Lei 8.429/1992.

De fato, após a instrução e a defesa, concluindo a comissão de inquérito, que a evolução patrimonial do agente público é visivelmente incompatível com os recursos e disponibilidades que compõem o seu patrimônio, deverá então elaborar o relatório final nos termos dos arts. 165 *usque* 166, da Lei 8.112/1990.

Nessa ocasião, serão renovadas as comunicações ao Ministério Público Federal, ao Tribunal de Contas da União, à Controladoria-Geral da União, à Secretaria da Receita Federal e ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (arts. 15 *usque* 17, Lei 8.429/1992; art. 10, Decreto 5.483/2005)

Deve, de igual modo, a comissão de inquérito sugerir medidas que garantam a preservação do sigilo das informações recebidas, relativas à situação econômica ou financeira do agente público ou de terceiros e à natureza e ao estado de seus negócios ou atividades (§ 2º, art. 11, Decreto 5.483/2005).

VI.e.1 A tipificação da conduta na Lei 8.112/1990

O enquadramento legal do agente público - acusado de enriquecimento ilícito nessa qualidade –, deverá ser formalizado, nos dispositivos correspondentes da Lei 8.112/1990.

É que, malgrado decisões em contrário, a c. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na decisão do RMS 24.699/DF, relator Min. Eros Grau, DJ 1º/07/2005, assentou, em face do art. 12, da Lei 8.429/1992, que reprime a improbidade administrativa:

Quanto à penalidade imposta com base na Lei 8.429/92, entendeu-se que, verificada a prática de atos de improbidade administrativa, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação e não a demissão, haja vista que a aplicação das penalidades previstas nesta Lei não incumbe à Administração por ser privativa do Poder Judiciário. (grifei)

Com efeito, dispõe a apontada Lei 8.429/1992, no Capítulo III, que trata das *penas*:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato (redação dada pela lei 12.120/09).

[...]

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta Lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. (grifei)

E no Capítulo V, que cuida do *procedimento administrativo* e do *processo judicial*:

Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada à apurar a prática de ato de improbidade.

[...]

§ 3º. Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares. (grifei)

Em verdade, e sem embargo de opiniões e decisões em contrário, parece razoável sustentar que a imputada improbidade administrativa, em se tratando de servidores federais, será aferida no leito do processo administrativo disciplinar (arts. 148 a 182, Lei 8.112/1990), incluindo, inclusive, o *julgamento*.

Por sua vez, as *penalidades* previstas na Lei 8.112/90 estão elencadas no art. 127, sendo certo que a *demissão* será aplicada, no caso de *improbidade administrativa* com fulcro na tipificação do art. 132, inc. IV, da citada Lei 8.112/1990.

Dessarte, configurada a improbidade administrativa consubstanciada no *enriquecimento ilícito* (presumido) diante da evolução patrimonial incompatível com os recursos e disponibilidades que compõem o patrimônio do agente público, nessa qualidade, a *pena demissória* será aplicada com suporte no art. 132, inc. IV, da Lei 8.112/1990.

Impende consignar parte do voto da Ministra Laurita Vaz, no julgamento do MS 12.536, DJe 26/09/2008:

Conforme bem anotado pela Autoridade Impetrada, litteris:

A conduta do autor foi tipificada no artigo 132, inciso IV, da Lei n.º 8.112/90. A CI, seguindo entendimento já expresso pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – Parecer PGNF/ CJU/155/2000, utilizou-se tão somente dos conceitos contidos na lei n.º 8.429, de 1992.

[...]

Como se vê, a Lei 8.112/1990, de 1990 apenas se socorre subsidiariamente da Lei 8.429, de 1992 para conceituar o que é improbidade administrativa. Ademais, inclusive o processamento do apuratório, atém-se ao rito definido na própria Lei 8.112/1990, de 1990.

(fl. 330)

Diante desse descortino, configurada a transgressão disciplinar de natureza gravíssima, ou seja, improbidade administrativa decorrente do enriquecimento ilícito, a pena demissória deverá ser aplicada com suporte no art. 132, inc. IV, da Lei 8.112/1990, com os conceitos contidos na Lei 8.429/1992.

Tal providência – a par de atender o princípio da segurança jurídica (art. 2º caput, Lei 9.784/1999) – ficará resguardada de eventual questionamento em razão da decisão do c. Supremo Tribunal Federal aqui já colacionada (STF, RMS 24.699/DF, DJ 1º/07/2005).

A propósito, a questão foi tratada no livro de nossa autoria: Sebastião José Lessa, *Temas Práticos de Direito Administrativo Disciplinar*, Ed. Brasília Jurídica, 2005, p. 72–75.

Conclusão

Diante das considerações aqui alinhadas, e com apoio na doutrina e na jurisprudência colacionadas, é sustentável dizer:

A Sindicância Patrimonial é um “procedimento administrativo de investigação, colegiado, sigiloso, não punitivo, com direito ao contraditório diferido, que intenta produzir regularmente, os sinais indicativos de enriquecimento ilícito à vista da manifesta evolução patrimonial incompatível com os recursos e disponibilidades do imputado, sendo assim indícios autorizativos da persecução nas esferas penal, disciplinar, e de improbidade administrativa, tudo com arrimo no art. 13, da Lei 8.429/1992; arts. 7º, parágrafo único, 8º, 9º e 10, Decreto 5.483/2005 (DOU 01.07.05); arts. 4º, V e 16, Portaria MCT/CGU 335, de 30/05/2006 (DOU 31/05/2006).”, cuja legitimidade foi já aferida pelo c. Superior Tribunal de Justiça (MS 10.442 DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 26/09/2005).

A propósito, a doutrina também acolhe a legitimidade da sindicância patrimonial (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. Malheiros, SP, 35. ed., 2009, p. 706);

No bojo desse procedimento há que se observar o contraditório e a ampla defesa, ainda que o contraditório seja diferido (art. 5º, inc. LV, CF);

A quebra do sigilo de dados, na linha do princípio da reserva de jurisdição, deve ser autorizada pelo Poder Judiciário, conforme se vê do aresto:

“SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas,

aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.” (STF, RE 389808, rel. Min. Marco Aurélio, DJe 10/15/2011).

Precedente: Sigilos bancário e fiscal (TRF 1ª R., AGI 2006.01.00.015360-5 DF, rel. Des. Federal Tourinho Neto, DJ 25/08/2006);

O intercâmbio de informação sigilosa ou “compartilhamento de dados” (Leis Complementares 104/2001 e 105/2001, funciona como um procedimento preambular, sigiloso e interno, visando buscar o indício, e sedimentar a plausibilidade da incidência do ilícito, aquele necessário para justificar, no leito do procedimento correspondente, a quebra do sigilo de dados, medida determinada pelo Poder Judiciário;

A situação sugestiva de enriquecimento ilícito presumido, em verdade, ocorre quando o servidor apresentar aumento patrimonial injustificado no exercício do cargo público, em valor desproporcional à sua renda.

Nesse caso, pontua a doutrina:

O enriquecimento é ilícito a partir de uma inequívoca presunção do legislador. Quem tem uma fonte de renda pública, exclusivamente esta, não pode ostentar evolução patrimonial incompatível, desproporcional, antagônica à realidade de seus rendimentos.

Assim, ao contrário da tese sustentada por alguns autores, cabe ao promovente da ação civil pública, com base no art. 9º, inciso VII, da Lei número 8.429/1992, comprovar, apenas, que o aumento patrimonial do réu é incompatível com as receitas que auferiu e que o réu é ou foi agente público ao tempo da evolução patrimonial indevida.

*Ao réu incumbe, data venia, comprovar que não há qualquer nexos entre o acréscimo patrimonial e o exercício das funções públicas lato sensu, e tanto isso é verdade que se lhe incumbe formular, desde a posse, anualmente, declaração completa de seu patrimônio e bens. (grifei) (Fábio Medina Osório, *Improbidade Administrativa*, Ed. Síntese, Porto Alegre/RS, 2. ed., p. 183 e 186–187).*

Precedente: TJSP, Apelação 0018566-33.2003.08.26.0053, rel. Des. Laerte Sampaio, julg. 12/04/2011;

Tratando-se do enriquecimento ilícito presumido, recomenda-se que o enquadramento legal, na hipótese do ato disciplinar punitivo, seja fundamentado com suporte no art. 132, inc. IV, da Lei 8.112/1990, com os conceitos expressados no art. 9º, inc. VII, da Lei 8.429/1992. (Cf.: STJ, MS 12.536, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 26/09/2008).

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei Complementar 139, de 10 de novembro de 2011.

Altera dispositivos da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, e dá outras providências.

Publicada no *DOU* de 11/11/2011.

Lei 12.513, de 26 de outubro de 2011.

Institui o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec); altera as Leis 7.998, de 11 de janeiro de 1990, que regula o Programa do seguro-desemprego, o abono salarial e institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT); 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social e institui Plano de Custeio; 10.260, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre o Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior; e 11.129, de 30 de junho de 2005, que institui o Programa Nacional de Inclusão de Jovens (ProJovem); e dá outras providências.

Publicada no *DOU* de 27/10/2011.

Lei 12.514, de 28 de outubro de 2011.*

Dá nova redação ao art. 4º da Lei 6.932, de 7 de julho de 1981, que dispõe sobre as atividades do médico-residente e trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral.

*Conversão da Medida Provisória 536, de 2011.

Publicada no *DOU* de 31/10/2011.

Decreto 7.591, de 28 de outubro de 2011.

Dá nova redação ao art. 1º do Decreto 5.060, de 30 de abril de 2004, que reduz as alíquotas da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool etílico combustível – Cide, e dá outras providências.

Publicado no *DOU* de 31/10/2011.

Decreto 7.592, de 28 de outubro de 2011.

Determina a avaliação da regularidade da execução dos convênios, contratos de repasse e termos de parceria celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos até a publicação do Decreto 7.568, de 16 de setembro de 2011, e dá outras providências.

Publicado no *DOU* de 31/10/2011.

Decreto 7.593, de 28 de outubro de 2011.

Altera o Decreto 7.555, de 19 de agosto de 2011, que regulamenta os arts. 14 a 20 da Medida Provisória 540, de 2 de agosto de 2011, que dispõem sobre a incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, no mercado interno e na importação, relativo aos cigarros classificados no código 2402.20.00 da Tabela de Incidência do IPI.

Publicado no *DOU* de 31/10/2011.

Decreto 7.598, de 7 de novembro de 2011.

Delega ao Advogado-Geral da União competência para autorizar a contratação de advogados e especialistas visando à defesa judicial e extrajudicial de interesse da União no exterior, nos termos da Lei 8.897, de 27 de junho de 1994.

Publicado no *DOU* de 08/11/2011.

Decreto 7.603, de 9 de novembro de 2011.

Regulamenta as condições para aprovação dos projetos de investimento considerados como prioritários na área de infraestrutura ou de produção econômica intensiva em pesquisa, desenvolvimento e inovação, para efeito do art. 2º da Lei 12.431, de 24 de junho de 2011, e dá outras providências.

Publicado no *DOU* de 10/11/2011.

Decreto 7.604, de 10 de novembro de 2011.

Altera o Decreto 7.567, de 15 de setembro de 2011, que regulamenta os arts. 5º e 6º da Medida Provisória 540, de 2 de agosto de 2011, e dá outras providências.

Publicado no *DOU* de 11/11/2011.

Corte Especial

Desaforamento de Julgamento 0043472-03.2011.4.01.0000/AM

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Autora: Justiça Pública
Procurador: Dr. Juliano Baggio Gasperin
Réu: Silvoney Jean da Gama (réu preso)
Advogada dativa: Dra. Maria Adélia Araújo Silva Alves
Réu: Jorge Mocambite da Silva (réu preso)
Réu: Jaime Machuca Grandes (réu preso)
Advogado: Dr. Jerônimo José Sá Peixoto Pinheiro
Requerente: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Tabatinga/AM
Publicação: e-DJF1 de 11/11/2011, p. 598

Ementa

Processual Penal. Ação penal. Homicídio tentado. Organização criminosa. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e de uso restrito. Tráfico internacional de entorpecentes. Desaforamento. Imparcialidade dos jurados. Garantia da ordem pública. Deferimento.

I - Réus integrantes de organização criminosa que exerce enorme influência na região do Alto Solimões, capazes de imputar temor nos membros de eventual Tribunal do Júri arregimentados entre os cidadãos daquela localidade, os quais não teriam condições de realizar um julgamento imparcial diante do receio de provável represália.

II - Risco de resgate dos réus pelos demais integrantes da organização criminosa e de fuga para os países fronteiriços, diante da precariedade do sistema prisional local e da proximidade com a Colômbia e com o Peru, a aconselhar o desaforamento do julgamento, como forma de evitar eventual tentativa de se furtar à aplicação da lei penal.

III - Desaforamento do julgamento pelo Tribunal do Júri da Cidade de Tabatinga para uma das varas criminais da Justiça Federal instaladas na Capital do Estado do Amazonas deferido.

Acórdão

Decide a Corte Especial, por unanimidade, deferir o pedido de desaforamento.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 03/11/2011.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Jirair Aram Meguerian*; — O MM. Juízo Federal da Subseção Judiciária de Tabatinga/AM formula representação pelo desaforamento do julgamento pelo Tribunal do Júri daquela Subseção Judiciária da Ação Penal 243-95.2008.4.01.3201/AM, nos termos abaixo (fls. 548-554).

Trata-se de ação penal intentada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de JAIME MACHUCA GRANDES, JORGE MOÇAMBITE DA SILVA e SILVONEY JEAN DA GAMA, pela prática dos delitos tipificados nos artigos 121, c/c artigo 14, inciso II

c/c artigo 288, parágrafo único, todos do Código Penal; no artigo 14 c/c artigo 16, ambos da Lei nº 10.826/03; e, no artigo 33 c/c artigo 35 c/c artigo 40, inciso I, todos da Lei 11.343/06. A denúncia é de 15/08/2008.

Aduz a denúncia, em síntese, que os RÉUS, durante operação que visava o cumprimento de mandados de prisão expedidos pela Justiça Federal, no dia 03/08/2008, na localidade próxima à Limeira, em praia fluvial, desferiram tiros contra agentes policiais federais, praticando, com isso, o crime tipificado como homicídio, em sua forma tentada, Narra, ainda; o envolvimento dos RÉUS e de outros, cujos processos foram desmembrados, cometendo condutas relativas ao tráfico transnacional de

drogas, formação de bando ou quadrilha e porte ilegal de armamento.

Após regular instrução, os réus JAIME MACHUCA GRANDES, JORGE MOÇAMBITE DA SILVA e LUCICLÁUDIO foram pronunciados, nos exatos termos da denúncia, conforme sentença de fls. 351/356, datada de 06/02/2009.

Em acórdão de fls. 518, datado de 09/11/2010, julgando recurso em sentido estrito interposto pelos RÉUS, a sentença de pronúncia foi confirmada pelo TRF da 1ª Região, tendo transitado em julgado em 14/04/2011.

Em 29/06/2011, foi proferido por este Juízo o despacho de fls. 533, determinando a intimação das partes e da DPF/TBT-AM para se manifestarem acerca da possibilidade de desaforamento do julgamento pelo Tribunal do Júri.

O MPF, a DEFESA de todos os RÉUS e a DPF/TBT-AM, se manifestaram em favor do desaforamento (fls. 535/538, 541/543 e 454/546).

Eis a memória de relevo que emerge dos autos.

Segundo Guilherme de Souza Nucci:

'Desaforamento: é a decisão jurisdicional que altera a competência inicialmente fixada pelos critérios constantes do art. 69 do CPP, com aplicação estrita no procedimento do Tribunal do Júri, dentro dos requisitos legais previamente estabelecidos. A competência, para tal, é sempre da Instância Superior e nunca do juiz que conduz o feito. Entretanto, a provocação pode originar-se tanto do magistrado de primeiro grau quanto das partes, conforme o caso'.

De acordo com o art. 427 do CPP, os fundamentos que podem determinar o desaforamento são: interesse da ordem pública; dúvida sobre a imparcialidade do júri ou; a segurança pessoal do acusado. Conforme será visto abaixo, pelos menos dois desses fundamentos estão presentes de forma clara e latente no caso, quais sejam, o interesse da ordem pública e a dúvida sobre a imparcialidade do júri.

Sobre a ordem pública, sustenta Nucci:

'Interesse da ordem pública: a ordem pública é a segurança existente na Comarca onde o júri deverá realizar-se. Assim, havendo motivos razoáveis e comprovados de que a ocorrência do julgamento provocará distúrbios, gerando tranqüilidade na sociedade local, constituído está o fundamento para desaforar o caso. Não basta, para essa apuração, o sensacionalismo da imprensa do lugar, muitas vezes artificial e que não reflete o exato sentimento das pessoas. O juiz pode apurar tal fato ouvindo as autoridades locais (polícia civil, polícia militar, Ministério Público, entre outros)'.

Já acerca da imparcialidade do júri, disserta Mirabete:

'É possível também o desaforamento quando houver dúvida sobre a imparcialidade do júri, sendo

esta fundamental para o julgamento. Estará ela comprometida quando o crime, apaixonando a opinião pública, gera no meio social animosidade, antipatia e ódio ao réu provocados ou exacerbados inclusive pelos meios de comunicação. De outro, pode o réu ou sua família exercer grande influência econômica ou política sobre a comunidade, abalando a imparcialidade dos jurados. E necessário, porém, para caracterizar a hipótese, que haja indícios capazes de produzir receio sobre a parcialidade, não constituindo a simples reação favorável ou desfavorável da imprensa a respeito do fato, o poder econômico do acusado etc'.

Destaque-se, inicialmente, que Tabatinga é uma cidade com 47.948 (quarenta e sete mil, novecentos e quarenta e oito) habitantes, isolada na região do Alto Solimões, distante 1.105 Km de Manaus/AM. Faz fronteira com as cidades de Letícia/Colômbia e Santa Rosa/Peru. Para Letícia, basta somente seguir pela avenida principal de Tabatinga, até que essa via se torne uma das avenidas da cidade colombiana. Para Santa Rosa, basta atravessar o Rio Solimões.

Em razão dessa proximidade com a Colômbia e o Peru, dois dos principais produtores de cocaína no cenário mundial, Tabatinga tornou-se uma das mais importantes portas de entrada da cocaína consumida no Brasil e exportada, do território nacional, para outros países, em especial Estados Unidos e Europa. Além da vizinhança, outra questão determinante que contribui para esse cenário é o fato de Tabatinga possuir ligação fluvial perene com Manaus e outras cidades do Estado do Amazonas, permitindo o escoamento da droga por meio de todo o tipo de embarcação (grandes navios de rota regular, rebocadores e balsas de carga, pequenas embarcações, inclusive canoas etc.).

Para comprovar essa assertiva, que já é de conhecimento nacional, em especial em razão de reportagens jornalísticas, veja-se que, segundo dados de apreensão de cocaína fornecidos por a (sic) este Juízo pela Delegacia de Polícia Federal de Tabatinga, desde o ano de 2005 foram apreendidos mais de 05 toneladas de cocaína e foram instaurados mais de 1.000 inquéritos policiais para apurar o tráfico de drogas na região.

Como reflexo dessas diversas apreensões, é grande o número de processos criminais sobre tráfico de drogas, seja transnacional, com tramitação por esta vara, seja nacional, com tramitação pelas 02 (duas) varas da Justiça Estadual da Comarca de Tabatinga e de outras comarcas que compõem a área jurisdicional desta subseção.

A título de exemplo, em regra, sempre tramitam, pela Vara Única desta Subseção Judiciária, entre 30 e 40 processos de RÉUS presos, dos quais 90% são relativos ao tráfico de drogas.

Os expressivos números acima, extraídos de um pequeno município do interior do Amazonas, demonstram, à sociedade, que o tráfico de drogas é

uma atividade de destaque na cidade de Tabatinga, que marca, de forma perniciososa e prejudicial, a sua população, da qual uma minoria expressiva se engaja à atividade ilícita e a destacada maioria sofre, silenciosa, os efeitos deletérios dessa prática criminosa.

Ainda dentro desse contexto, e como é típico das atividades criminosas lucrativas, o tráfico na região de Tabatinga também está associado à violência, voltada, em regra, para a manutenção dos pontos de produção, distribuição, rotas e segurança do produto (cocaína). No entanto, esse cenário de violência mostra-se potencializado em Tabatinga, tendo em vista a formação de organizações criminosas internacionais, compostas de brasileiros, colombianos e peruanos, que agem impunemente na região da tríplice fronteira, algumas vezes associados, inclusive, com guerrilhas, que fazem do tráfico de drogas a fonte de financiamento de sua luta ‘política’.

O tráfico é responsável, na região do Alto Solimões e, em especial, em Tabatinga, por diversos homicídios violentos, muitas vezes frutos de execuções cruéis, quase sempre sem identificação de autoria.

Essa violência do tráfico, impiedosa com seus adversários e colaboradores inféis, gananciosos ou até mesmo incompetentes, difunde medo Junto à população; seja nas favelas de nossas grandes cidades, seja em pequenas cidades como Tabatinga. Esse medo impede qualquer engajamento da população, direto ou indireto, no enfrentamento da questão, no sentido de auxiliar os Órgãos de segurança ou da Justiça pública na apuração e julgamento dos crimes, quando não chega ao ponto de levar a uma colaboração ativa ou mesmo passiva com a atividade criminosa. Destaque-se, somente a título de exemplo, que, na quase totalidade das apreensões de drogas, mesmo nas feitas em barcos com até 400 (quatrocentos) passageiros, as testemunhas em juízo são, exclusivamente, agentes policiais.

Traçado esse cenário da presença, força, influência e efeitos do tráfico de cocaína na região de Tabatinga, já se pode avançar para demonstrar porque o julgamento pelo Tribunal do Júri dos réus deste processo, JAIME MACHUCA GRANDES, JORGE MOÇAMBITE DA SILVA e SILVONEY JEAN DA GAMA, não pode ser feito nesta subseção judiciária.

Como se extrai da denúncia, já acolhida em sede de pronúncia, os réus JAIME e JORGE, juntamente com JAIR ARDELA MICHUE, vulgo JAVIER, são acusados (em outros autos) de executar, em plena luz do dia e no centro da cidade de Tabatinga, o policial peruano EDGAR FERANDO CHANG MONTESINO, que estava no Brasil, em missão oficial, colaborando com a Polícia Federal brasileira no combate ao tráfico na região da tríplice fronteira. Os fatos pelas quais os RÉUS estão sendo denunciados são decorrentes de operação policial para o cumprimento dos mandados de prisão

expedidos por este Juízo quanto ao crime anterior, oportunidade em que JAIME, JORGE e SILVONEY, fortemente armados, deferiram tiros contra policiais federais.

Conforme apontam os autos, a motivação do crime teria sido a manutenção da liberdade dos réus JAIME e JORGE, foragidos da Justiça Federal, cujas prisões foram decretadas em função do homicídio do policial federal peruano EDGAR FERANDO CHANG MONTESINOS e do empresário MÁXIMO CABRERA MEDIDA. A tentativa de homicídio analisada nos presentes autos seria, segundo MPF, uma tentativa de manutenção do funcionamento da organização criminosa voltada ao tráfico internacional de entorpecentes, com a liberdade dos RÉUS.

As diversas peças que compõem o processo, com destaque para os relatórios presentes nos apensos (fls. 15/26, 95/1 OS. e 227/243), dão a exata dimensão da organização criminosa em questão, em especial de suas atividades e da violência com que atua. JAIR ARDELA MICHUE, provável líder da organização criminosa, e também tido como o narcotraficante mais poderoso da Região do Alto Solimões, chegou a ser preso no Peru, a pedido da Justiça Brasileira, mas sua extradição foi negada. Atualmente, encontra-se custodiado no Presídio Federal de Porto Velho/RO, tendo sido apreendido durante operação policial federal de desarticulação do tráfico de drogas na região. Na oportunidade de sua prisão, JAIR encontrava-se portando 30 quilos de cocaína e um artefato bélico.

O próprio crime anterior à tentativa de homicídio em tela demonstra as circunstâncias em que o delito foi praticado (nesse sentido, ver o laudo pericial nos autos apensos, à fls. 35/74), que indica um claro e contundente recado para quem decidiu se intrometer ou enfrentar a organização criminosa.

Também conforme consta dos autos, JAIME, JORGE e SILVONEY são importantes peças da organização criminosa, por integrarem o seu braço armado, responsável por vários assassinatos na região. Destaque-se que, quando da prisão dos mesmos, eles portavam diversas armas, inclusive um fuzil, e chegando a desferir tiros contra os policiais federais.

Desde 2008, conforme decisão deste Juízo, os réus JAIME MACHUCA GRANDES, JÓRGE MOÇAMBITE DA SILVA e SILVONEY JEAN DA GAMA, em razão de sua periculosidade da total falta de estrutura e segurança da unidade prisional de Tabatinga, estão presos no presídio federal de Catanduvas/PR.

Nestes autos, os RÉUS foram presos em 03/08/2008.

Ouvido acerca de uma possível transferência dos RÉUS para Tabatinga, para realização da sessão do Tribunal do Júri, o Delegado Chefe da Polícia Federal em Tabatinga se manifestou contrariamente às fls. 541/543, podendo ser destacado de suas razões:

‘(...) A propósito, cumpre salientar que todos os elementos de convicção colhidos durante as investigações por parte do Departamento de Polícia Federal e que deram origem ao processo criminal 2008.32.01.000243-9, indicaram que os referidos encarcerados participaram do segmento armado da ORCRIM, sendo responsáveis por diversos assassinatos, mediante paga, ocorridos em Tabatinga, Benjamin Constant e cidades próximas, seja com finalidade de eliminar pessoas que atrapalham o comércio ilícito, seja como forma de acerto de contas.

Em face disto os detentos não podem, de forma alguma, ser removidos para a Tabatinga sob pena de serem resgatados por integrantes da ORCRIM ou fugirem, diante das péssimas condições de segurança da Unidade Prisional de Tabatinga [grifo nosso], furtando-se ao jugo do processo penal.

Há de se ressaltar que a localização do presídio em Tabatinga não é estratégica, haja vista que fica a poucos metros da cidade colombiana de Letícia e uma fuga retira do Estado brasileiro a possibilidade de rever os detentos.

Outrossim, impende mencionar ainda, que o Estado do Amazonas apresenta notória fragilidade em seu sistema prisional, materializada pelas freqüentes notícias de fugas e rebeliões empreendidas nos presídios estaduais, algumas, segundo se noticia, auxiliadas por agentes públicos que deveriam zelar pela segregação dos presos.

É importante consignar também que a situação toma proporções mais gravosas no que diz respeito aos presos provisórios mencionados - aos quais se imputa o fato de integrarem um poderoso grupo transnacional voltado ao crime, especialmente ao transporte e comércio de entorpecentes [grifo original] - arrimando a necessidade de se contornar a fragilidade dos estabelecimentos prisionais deste Estado, onde o dinheiro pode ser o vetor para implementação do natural intento de fuga dos segregados.

Diante de todos os motivos aqui explicitados, o Departamento de Polícia Federal sugere o não encaminhamento dos referidos presos provisórios para a cidade de Tabatinga/AM’.

Diante de todo o contexto acima retratado, é certo que esta subseção e a sociedade tabatinguense não possuem estrutura, condições e isenção necessária para julgar, em plenário do Júri, os REUS.

Retomando as lições da doutrina transcritas acima e aplicando-as à situação fática, é evidente que o retorno dos RÉUS a este Juízo, para julgamento pelo Júri, gerará intranqüilidade e medo na sociedade local, comprometendo a ordem pública. Esse comprometimento também se fará presente com o aumento dos riscos de fuga, rebelião e acertos de contas no presídio de Tabatinga, hoje, com diversos integrantes da mesma ORCRIM. Por fim, existe o risco da própria organização criminosa

voltar a se fortalecer com a presença, na região dos RÉUS, sendo certo que, se até em presídios de segurança máxima espalhados no território nacional os presos comandam, de dentro, a criminalidade na ruas, o que se dirá de um presídio com as limitações de segurança existentes em Tabatinga.

Nesse sentido, inclusive, se manifestou a ilustrada DEFESA, indicando o temor quanto à segurança à vida e à integridade física dos REUS (fls. 545/546).

No entanto, o fundamento mais importante para o desaforamento é se garantir um julgamento imparcial dos RÉUS, em especial sob o ângulo da Justiça Pública. Diante da periculosidade e imenso poder de intimidação que os integrantes de organizações criminosas do tráfico e, em especial, os RÉUS, exercem na comunidade local, dificilmente se arregimentaria um júri isento, capaz de realizar um julgamento justo, que deliberasse pela condenação ou absolvição com os olhos voltados somente para as provas do processo. Se a doutrina entende, como citado por Mirabete, que a grande influência econômica ou política do réu ou de seus familiares sobre a comunidade pode abalar a imparcialidade dos jurados, com muito mais razão deve-se visualizar esse mesmo problema em se tratando do tráfico de drogas, principalmente com todos os contornos de organização e violência citados.

Na verdade, diante de todo o contexto, creio, até, que a situação seja mais grave, podendo ocorrer, em razão do medo de se comprometer, que sequer seja possível formar um conselho de sentença, em decorrência da recusa das pessoas a servirem como jurados.

Registre-se, novamente, que tanto o MPF quanto a defesa dos RÉUS concordaram com o desaforamento (fls. 535/538, 545 e 546).

Como são relevantes os fundamentos em favor do desaforamento, o processo ficará suspenso, até decisão do TRF da 1ª Região, podendo essa decisão, nesse ponto, ser revista, a qualquer momento, pelo relator, nos termos do § 2º do art. 427 do CPP.

Em face do exposto, REPRESENTO ao TRF da 1ª Região pelo DESAFORAMENTO do julgamento pelo Tribunal do Júri da Subseção Judiciária de Tabatinga/AM.

[...]

2. O Ministério Público Federal nesta instância, em parecer de fls. 564-567, opina pelo deferimento do pedido de desaforamento.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — Inicialmente, conforme se observa da decisão do MM. Juízo *a quo*, tanto a acusação quanto a defesa, assim como também o Delegado Chefe da Polícia Federal em Tabatinga/AM, concordam com o desaforamento do julgamento.

2. A defesa assim conclui por temer possível falta de segurança contra a vida e a integridade física dos acusados, bem como pela provável falta de imparcialidade dos jurados (fl. 545).

3. O Ministério Público Federal e o Delegado Chefe da Polícia Federal em Tabatinga/AM, por seu turno, entendem que a realização do julgamento naquela localidade poderia resultar na fuga dos réus, em razão da localização não estratégica do presídio de Tabatinga e de sua proximidade com a Colômbia e o Peru, bem assim em razão do poder da organização criminosa, fato que poderia comprometer a isenção dos jurados (fls. 535-538 e 541-543).

4. Consoante o art. 427 do CPP,

Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas.

5. *In casu*, tenho por relevantes os argumentos utilizados pelo douto Juízo *a quo* para representar pelo desaforamento do julgamento da ação penal.

6. Com efeito, os réus na ação penal são integrantes de organização criminosa que exerce enorme influência na região do Alto Solimões e são capazes, com certeza, de imputar temor nos membros de eventual Tribunal do Júri arregimentados entre os cidadãos daquela localidade, os quais não teriam condições de realizar um julgamento imparcial diante do receio de provável represália.

7. Também o risco de resgate dos réus pelos demais integrantes da organização criminosa e de fuga para os países fronteiriços, diante da precariedade do sistema prisional local e da proximidade com a

Colômbia e com o Peru aconselha o desaforamento do julgamento, como forma de se evitar que eles possam se furtrar à aplicação da lei penal.

8. Aliás, os réus Jaime Machuca Grandes e Jorge Moçambique da Silva respondem a outro processo perante o MM. Juízo Federal da Subseção Judiciária de Tabatinga e, também naquele caso, esta Corte Especial concluiu pelo desaforamento do julgamento daquela localidade para uma das varas criminais da Justiça Federal instaladas na Capital do Estado do Amazonas, pelos mesmos motivos aqui explicitados, senão vejamos:

PENAL. AÇÃO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA VOLTADA AO TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES. PRONÚNCIA. PERICULOSIDADE DOS AGENTES. INFLUÊNCIA NO JULGAMENTO. CIDADE DA TRÍPLICE FRONTEIRA (BRASIL/COLÔMBIA/PERU). SISTEMA CARCERÁRIO EM PÉSSIMAS CONDIÇÕES DE SEGURANÇA. INTIMIDAÇÃO DE TESTEMUNHAS. TRIBUNAL DO JÚRI. DESAFORAMENTO PARA A CAPITAL DO ESTADO.

1. Estabelece o artigo 70 do Código de Processo Penal que o réu deve ser julgado no local onde, em tese, se consumou o delito a ele imputado, sendo certo que o desaforamento é medida excepcionalíssima, devendo ser adotada somente nas hipóteses exaustivas do artigo 424 do mesmo Código, ou seja, quando demonstrada, concretamente, a existência de interesse da ordem pública, de dúvida sobre a imparcialidade do Júri, ou, ainda, sobre a segurança pessoal do acusado.

2. Em face do contexto fático constante dos autos e das razões e fundamentos expostos pelo MM. Juiz *a quo* e pelo Ministério Público Federal, encontra-se, efetivamente configurada, objetiva e concretamente, a ocorrência das hipóteses legais referidas no artigo 424 do Código de Processo Penal, tendo a Defesa concordado com o desaforamento.

3. Desaforamento do julgamento pelo Tribunal do Júri dos réus, da Cidade de Tabatinga para a Cidade de Manaus, Capital do Estado do Amazonas, em favor de uma das Varas Criminais da Justiça Federal.

(PD 0059476-52.2010.4.01.0000/AM, rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, Corte Especial, *e-DJF1*, p. 918, de 14/02/2011.)

9. Também no mesmo sentido, vejam-se os fundamentos do parecer ministerial da lavra do ilustre Procurador Regional da República Carlos Alberto C. de Vilhena Coelho (fls. 564-567):

O artigo 427 do Código de Processo Penal estabelece ser possível o desaforamento, mediante comprovação calcada em fatos concretos, quando o interesse da ordem pública o reclamar ou quando houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou, ainda, sobre a segurança pessoal do acusado.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Mário César Ribeiro, Tolentino Amaral, Carlos Moreira Alves, I'talo Mendes, Daniel Paes Ribeiro, João Batista Moreira, Selene Almeida, Fagundes de Deus, Maria do Carmo Cardoso, Mônica Sifuentes, Tourinho Neto e Catão Alves.

No caso em tela, os motivos alegados pelo representante para pedir o desaforamento foram os seguintes:

(i) forte influência de organizações criminosas internacionais - integradas por brasileiros, peruanos e colombianos - na pequena cidade de Tabatinga, de apenas 47.948 (quarenta e sete mil, novecentos e quarenta e oito) habitantes, a qual se tornou 'uma das mais importantes portas de entrada de cocaína consumida no Brasil e exportada' (f. 1375 - destaques no original), além de palco de execuções cruéis;

(ii) todos os réus integram o braço armado de organização criminosa, a qual possui poder expressivo na Região do Alto Solimões;

(iii) 'Desde 2008, conforme decisão deste Juízo, os réus JAIME MACHUCA GRANDES, JORGE MOÇAMBITE DA SILVA e SILVONEY JEAN DA GAMA, em razão de sua periculosidade e da total falta de estrutura e segurança da unidade prisional de Tabatinga, estão presos no presídio federal de Catanduvas/PR' (f. 1378 - destaques no original).

Nas palavras lançadas na representação (f. 553/554):

Retomando as lições da doutrina transcritas acima e aplicando-as à situação fática, é evidente que o retorno dos Réus a este Juízo, para julgamento pelo Júri, gerará intranquilidade e medo na sociedade local, comprometendo a ordem pública. Esse comprometimento também se fará presente com o aumento dos riscos de fuga, rebelião e acertos de contas no presídio de Tabatinga, hoje com diversos integrantes da mesma ORCRIM. Por fim, existe o risco da própria organização criminosa voltar a se fortalecer com a presença na região dos RÉUS, sendo certo que, se até em presídios de segurança máxima espalhados no território nacional os presos comandam, de dentro, a criminalidade nas ruas, o que se dirá de um presídio com as limitações de segurança existentes em Tabatinga.

Nesse sentido, inclusive, se manifestou ilustrada DEFESA, indicando o temor quanto à segurança, à vida e à integridade física dos RÉUS (fls. 545/546).

No entanto, o fundamento mais importante para o desaforamento é se garantir um julgamento

imparcial dos RÉUS, em especial sob o ângulo da Justiça Pública. Diante da periculosidade e imenso poder de intimidação que os integrantes de organizações criminosas do tráfico e, em especial, os RÉUS, exercem na comunidade local, dificilmente se arregimentaria um júri isento, capaz de realizar um julgamento justo, que deliberasse pela condenação ou absolvição com os olhos voltados somente para as provas do processo. Se a doutrina entende, como citado por Mirabete, que a grande influência econômica ou política do réu ou de seus familiares sobre a comunidade pode abalar imparcialidade dos jurados, com muito mais razão deve-se visualizar esse mesmo problema em se tratando do tráfico de drogas, principalmente com todos os contornos de organização e violência citados.

Como se vê, as circunstâncias delimitadas nos autos -- a forte influência de organizações criminosas, armadas e cruéis, na região de Tabatinga/AM, cidade pequena e situada na fronteira territorial com o Peru e a Colômbia, bem como a alta periculosidade dos réus, que se encontram presos no presídio federal de segurança máxima na cidade paulista de Catanduvas -- e o fato de ter sido o pedido de desaforamento formulado pelo próprio juiz federal presidente do Tribunal do Júri evidenciam, sem sombra de dúvida, iminente e indesejado perigo à ordem pública local e à imparcialidade dos jurados que comporão o futuro conselho de sentença.

'Essa quadra fática, ao ver do signatário, é suficiente para, nos termos do artigo 427 do Código de Processo Penal, autorizar o desaforamento do julgamento dos réus da cidade de Tabatinga para a capital do estado, Manaus, onde está sediada a Seção Judiciária do Estado do Amazonas.

[...]

Pelo exposto, defiro o pedido de desaforamento do julgamento pelo Tribunal do Júri dos réus Jaime Machuca Grandes, Jorge Moçambique da Silva e Silvoney Jean da Gama da Cidade de Tabatinga para uma das varas criminais da Justiça Federal instaladas na Capital do Estado do Amazonas.

É como voto.

Primeira Seção

Conflito de Competência 0012845-16.2011.4.01.0000/RO

Relatora:	Desembargadora Federal Ângela Catão
Autora:	Neuza Oliveira da Silva
Réu:	Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradora:	Dra. Adriana Maia Venturini
Suscitante:	Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Pimenta Bueno – RO
Suscitado:	Juízo de Direito do Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de Pimenta Bueno – RO
Publicação:	e-DJF1 de 21/11/2011, p. 9

Ementa

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Juízo de Direito e Juízo do Juizado Especial da Fazenda Pública Estadual. Competência Delegada Federal. Art. 109, §3º da CF/1988. Lei 12.153/2009. Inaplicabilidade. Lei 10.259/2001. Vedação expressa. Juizado Especial Estadual. Impossibilidade de julgamento de causas previdenciárias.

I. Entes públicos federais não figuram como legitimados para serem partes no Juizado Especial da Fazenda Pública, conforme dispõe a Lei 12.153/2009.

II. A Lei 10.259/2001, em seu art. 20, veda expressamente a extensão, ao Juízo Estadual, da possibilidade de propositura de ação previdenciária perante o Juizado Especial Estadual, aplicando-se somente ao Juizado Especial Federal.

III. A delegação de competência sobre a qual dispõe o art. 109, §3º, da CF não é extensiva ao Juízo de Direito dos Juizados Especiais Estaduais, motivo pelo qual o Juízo de Direito de Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública não é competente para processar e julgar feito que verse sobre questões previdenciárias afetas ao Instituto Nacional do Seguro Social.

IV. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Pimenta Bueno/RO, o suscitante.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conhecer do conflito de competência para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Pimenta Bueno/RO, o suscitante.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 25/10/2011.

Desembargadora Federal *Ângela Catão*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Pimenta Bueno/RO em face do Juízo de Direito da 1ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da mesma Comarca, nos autos da ação previdenciária ajuizada por Neusa Oliveira da Silva contra o INSS, em que requer concessão de aposentadoria rural por idade.

Verifico que o presente conflito de competência foi suscitado perante o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia que, conforme decisão proferida às fls. 85–87, determinou a remessa dos autos a este Tribunal.

Parecer do Ministério Público Federal juntado às fls. 97–102 em que se manifesta pela declaração de competência do Juízo suscitante.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — O §3º do art. 109, da Constituição Federal de 1988 dispõe:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

[...]

§ 3º - Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual. (Grifei)

Transcrevo abaixo o art. 20, da Lei 10.259/2001, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal:

Art. 20. Onde não houver Vara Federal, a causa poderá ser proposta no Juizado Especial Federal mais próximo do foro definido no art. 4º da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, vedada a aplicação desta Lei no juízo estadual. (Grifei)

A seu turno, veja-se o que estabelecem os arts. 2º, *caput*, e 5º, II, da Lei 12.153/2009, que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios:

Art. 2º É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal,

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Mônica Sifuentes, Kássio Marques, Neuza Alves e Francisco de Assis Betti.

dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.

[...]

Art. 5º Podem ser partes no Juizado Especial da Fazenda Pública:

I – como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006;

II – como réus, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas. (Grifei)

Da leitura dos dispositivos legais transcritos acima, verifica-se que, as causas em que forem parte instituição de previdência privada e segurado, não sendo a respectiva comarca sede de vara do Juízo Federal, poderão ser julgadas perante o Juízo de Direito da respectiva Comarca, a critério do segurado.

A delegação de competência sobre a qual dispõe o art. 109, §3º, da CF não é extensiva ao Juízo de Direito dos Juizados Especiais Estaduais, motivo pelo qual o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de Pimenta Bueno/RO não é competente para processar e julgar feito que verse sobre questões previdenciárias afetas ao Instituto Nacional do Seguro Social.

Nesse sentido, veja-se posicionamento do STJ:

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APLICAÇÃO DO RITO ESPECIAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS ÀS CAUSAS JULGADAS PELO JUIZ DE DIREITO INVESTIDO DE JURISDIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NO ARTIGO 20 DA LEI Nº 10.259/2001. 1. Em razão do próprio regramento constitucional e infraconstitucional, não há competência federal delegada no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais, nem o Juízo Estadual, investido de competência federal delegada (artigo 109, parágrafo 3º, da Constituição Federal), pode aplicar, em matéria previdenciária, o rito de competência do Juizado Especial Federal, diante da vedação expressa contida no artigo 20 da Lei nº 10.259/2001. 2. Recurso especial provido.

RESP 200400681478; RESP - RECURSO ESPECIAL – 661482; Relator(a) NILSON NAVES; STJ; Órgão julgador SEXTA TURMA; Fonte DJE DATA:30/03/2009; RSTJ VOL.:00214 PG:00491; Data da Decisão 05/02/2009; Data da Publicação 30/03/2009. (Grifei)

PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO. JUÍZO DE DIREITO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E JUÍZO DE DIREITO INVESTIDO DE JURISDIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DO STJ PARA DIRIMIR O CONFLITO. ART. 105, I, ALÍNEA “D” DA CF. JUÍZO ESTADUAL.

COMPETÊNCIA EXCEPCIONAL. JULGAMENTO DE CAUSAS PREVIDENCIÁRIAS. ARTIGO 109, § 3º DA CF. INTELIGÊNCIA. ARTIGO 20 DA LEI 10.259/01. JUSTIÇA ESTADUAL E JUIZADO ESPECIAL ESTADUAL. INAPLICABILIDADE. JUIZADO ESPECIAL ESTADUAL. JULGAMENTO DE CAUSAS PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. LEI ORDINÁRIA. EXTENSÃO. VEDAÇÃO. COMPETÊNCIA DE CUNHO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DO ARTIGO 20 DA LEI 10.259/01. REMOÇÃO. PROCEDIMENTO DOS ARTIGOS 97 DA CF C/C 480 DO CPC. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE DE SER PARTE. JUIZADO ESPECIAL ESTADUAL. ART. 8º DA LEI 9.099/95. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL. [...] II - A literalidade do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal deixa certo que à Justiça Estadual foi atribuída a competência excepcional para processar e julgar, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, exclusivamente, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara federal, como ocorre na hipótese dos autos. III - O artigo 20 da Lei 10.259/01 é claro ao vedar, expressamente, a aplicação da Lei 10.259/01 ao juízo estadual. A referida Lei não delegou aos Juizados Especiais Estaduais competência para processar e julgar, nas comarcas que não disponham de Varas Federais, causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, e nem poderia fazê-lo, pois tal atribuição é de cunho constitucional. IV - A vedação prevista no artigo 20 da Lei 10.259/01 somente poderá ser removida se for declarada a sua inconstitucionalidade, no foro e procedimento previstos no artigo 97 da Constituição Federal c/c os artigos 480 e seguintes do Código de Processo Civil. Nenhum Tribunal pode deixar de aplicar a lei, sem declarar-lhe a inconstitucionalidade. V - A teor do artigo 8º da Lei 9.099/95 (aplicável aos Juizados Especiais Federais, por força do artigo 1º da Lei 10.259/01), as pessoas jurídicas de direito público não podem ser partes em ação processada perante nos Juizados Especiais Estaduais. VI - Neste contexto, no caso vertente, como o domicílio do segurado não é sede de Vara Federal, o Juízo Estadual torna-se o competente para processar e julgar o feito, por força da chamada competência federal delegada, de acordo com a inteligência do multicitado artigo 109, § 3º da Constituição Federal, devendo o feito tramitar sob o rito ordinário. VII - Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Teófilo Otoni - MG.

CC 200401431980; CC - CONFLITO DE COMPETENCIA – 46672; Relator(a) GILSON DIPP; STJ; Órgão julgador TERCEIRA SEÇÃO; Fonte DJ DATA:28/02/2005 PG:00184 RSTJ VOL.:00189 PG:00446; Data da Decisão 14/02/2005; Data da Publicação 28/02/2005. (Grifei)

No mesmo sentido, veja-se posicionamento desta 1ª Seção ao julgar conflito de competência equivalente ao presente caso concreto:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZO DE DIREITO E JUÍZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. JURISDIÇÃO FEDERAL DELEGADA (ART. 109, §3º, CF). LEI 12.153/2009. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL SOBRE FEITOS ENVOLVENDO AUTARQUIAS FEDERAIS. ART. 20 DA LEI 10.259/01. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. A Lei n. 12.153/2009 não previu a possibilidade de a União e seus entes autárquicos serem partes nos Juizados Especiais de Fazenda Pública por ela instituídos, *os quais são competentes para processar e julgar as causas em que figurarem “como réus, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios” (art. 5º, II).*

2. Se fosse intenção do legislador estender a competência dos Juizados Especiais de Fazenda Pública para julgar as causas em que a União, suas autarquias, fundações e empresas públicas são partes, bastaria ter feito expressa menção a esse respeito, incluindo a União no inciso II do art. 5º acima transcrito. Se assim não fez, descabe ao intérprete fazê-lo.

3. *Aliás, a Lei n. 10.259/2001, em seu art. 20, estabelece que nas comarcas que não disponham de Varas Federais, as causas de competência dos Juizados Federais poderão ser ajuizadas no Juizado*

mais próximo, sendo vedada a aplicação do ora disposto no Juízo Estadual, ainda que nos casos de competência delegada, previstos no art. 109, § 3º, da Constituição Federal, pelo que não compete aos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar e julgar as causas em que figurem como parte a União e as suas autarquias.

4. Prevalece, portanto, a determinação constante do art. 109, § 3º, da Constituição Federal, que delega competência aos juízes estaduais para julgar as causas envolvendo instituições de previdência social e segurados.

5. Conflito conhecido, declarando-se a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Pimenta Bueno/RO.

CC 0011283-69.2011.4.01.0000/RO; Relator: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes; Convocado: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath; Órgão Julgador: Primeira Seção; Publicação: e-DJF1 p.361 de 22/06/2011; Data da Decisão: 07/06/2011 (Grifei)

Isto posto, conheço do conflito de competência para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Pimenta Bueno/RO, o suscitante.

É o meu voto.

Segunda Seção

Numeração única: 0027862-73.2003.4.01.0000

Agravo Regimental na Ação Civil de Improbidade Administrativa 2003.01.00.036269-4/BA

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz
 Autor: Ministério Público Federal
 Procurador: Dr. Abdon Peixoto Filho
 Réu: Humberto José Vieira
 Advogados: Dr. Chrisvaldo Monteiro de Almeida e outros
 Assistente: Fundação Nacional de Saúde – Funasa
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Publicação: e-DJF1 de 11/11/2011, p. 606

Ementa

Processual Civil. Agravo regimental. Ação de improbidade administrativa. Prefeito. Condenação. Acórdão da Segunda Seção deste Tribunal. Decisão que ordenou a intimação do requerido para pagamento no prazo de 15 (quinze) dias. Alegação de incompetência da Justiça Federal e, também, deste TRF. Trânsito em julgado ocorrido em janeiro de 2008. Decadência para o ajuizamento de ação rescisória. Impossibilidade de levantamento de questões. Trânsito em julgado.

I. Defende o agravante que a Justiça Federal não é competente para o julgamento de ação de improbidade envolvendo verba federal incorporada ao patrimônio municipal e também que não há privilégio de foro para o julgamento de prefeitos em ações desta natureza.

II. O acórdão da 2ª Seção que condenou o requerido, ora agravante, transitou em julgado em 2008. Logo, sequer há a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória. Incabível o enfrentamento das questões arguidas em razão da coisa julgada.

III. Agravo regimental desprovido.

Acórdão

Decide a Seção negar provimento ao agravo regimental, à unanimidade.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 26/10/2011.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Hilton Queiroz*: — Trata-se de agravo regimental interposto por Humberto José Vieira contra decisão que ordenou a intimação para pagamento, no prazo de 15 (quinze) dias, do valor fixado em condenação judicial em ação de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público Federal.

Sustenta, primeiro, ter o STJ pacificado o entendimento de que a competência para julgar prefeitos por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal é da Justiça Comum Estadual (Súmula 209 do STJ).

Depois, defende que não há prerrogativa de função quando se trata de julgamento de prefeitos.

Afirma que o art. 12 do Regimento Interno deste Tribunal estabeleceu a competência da 2ª Seção para julgar as ações desta natureza, entretanto os prefeitos não estão incluídos neste rol.

Pede, então, seja conhecido e provido o presente agravo regimental *“com a imediata declaração de incompetência absoluta desta Corte Regional Federal e a nulidade do processo desde a origem, para que possa o Recorrente ser julgado pelo juiz natural da causa, conforme lhe faculta o art. 5º, LIII, da Constituição Federal”* (fl. 398).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal *Hilton Queiroz*: — O acórdão da Segunda Seção que, por maioria julgou

procedente a ação de improbidade administrativa foi assim ementada:

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO. PRESTAÇÃO DE CONTAS INTEMPESTIVAS. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO.

1. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em atenção ao art. 129, III, da Constituição Federal (“São funções institucionais do Ministério Público: promover o inquérito civil e ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” - destaquei).

2. De acordo com o art. 11, VI, da Lei 8.429, de 1992, o simples retardamento da prestação de contas já constitui ato de improbidade.

3. Ação procedente. (fl. 222).

A publicação do acórdão ocorreu no dia 12/11/2007 e o trânsito em julgado deu-se em 17/01/2008.

Embora o inciso II do art. 485 autorize o ajuizamento de ação rescisória quando a sentença de mérito for proferida por juiz absolutamente incompetente, vejo que este fato não ocorreu porque a lei vigente à época previa o julgamento de prefeito originalmente por esta Corte. Ainda que assim não fosse, o ora agravante deixou transcorrer o prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação rescisória. Assim, não pode o agravo regimental substituir a ação rescisória para que seja enfrentada questão já alcançada pelo trânsito em julgado.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Italo Mendes, Mário César Ribeiro, Carlos Olavo e o Exmo. Sr. Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida (convocado).

Terceira Seção

Numeração única: 0022484-29.2009.4.01.0000

Ação Rescisória 2009.01.00.023603-3/AC

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida
 Autores: Fernando Wilkey Pinheiro Lobo e outro
 Advogado: Dr. Francisco Valadares Neto
 Ré: Caixa Econômica Federal – CEF
 Advogados: Dr. Daniel Aquino Schneider e outros
 Publicação: e-DJF1 de 17/10/2011, p. 7

Ementa

Agravo regimental. Processual Civil. Ação rescisória. Interposição de dois recursos pela mesma parte contra a mesma decisão. Princípio da singularidade. Exceção. Interposição de embargos declaratórios juntamente com outros recursos. Precedentes. Preclusão não caracterizada. Agravo provido.

I. A doutrina e a jurisprudência pátrias consideram que a interposição de dois recursos pela mesma parte contra a mesma decisão caracteriza preclusão consumativa em ofensa ao princípio da unirecorribilidade, ou singularidade.

II. Como exceção ao referido princípio, é permitida a interposição de embargos declaratórios juntamente com outros recursos. Preclusão – seja consumativa, seja lógica – não caracterizada.

III. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a interposição de recurso especial quando pendentes de julgamento embargos de declaração. Precedentes.

IV. Sob outra linha de raciocínio, a solução para a apresentação de dois recursos pela mesma parte contra a mesma decisão é não conhecer do recurso apresentado em segundo lugar e não o primeiro interposto. Decisão que se reforma.

V. Agravo regimental provido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 04/10/2011.

Desembargadora Federal *Selene Almeida*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida:
 — Em exame agravo regimental interposto por Fernando Wilkey Pinheiro Lobo e F. Lobo em face da decisão monocrática que indeferiu o pedido de desentranhamento das petições de recurso especial e extraordinário e declarou a desistência tácita dos embargos declaratórios anteriormente aviados, “em razão da incompatível interposição de recursos especial e extraordinário antes de seu julgamento”, fl. 1.330.

Relatam os agravantes, fls. 1.332–1.345, que interpuseram embargos de declaração contra o acórdão de fls. 1.083–1.091 e, após o respectivo julgamento,

interpuseram novos declaratórios (fls. 1.150–4) e que, por equívoco “antes do julgamento desses novos embargos [...] foram interpostos recurso especial e extraordinário protocolados no dia 11/02/2011 e juntados aos autos no dia 01/03/2011.”

Afirmam que “exatamente visando não perder a oportunidade certa de recorrer às instâncias superiores na ocasião adequada, ou seja, depois de formal e oficialmente julgados os segundos embargos declaratórios, os recorrentes vieram desistir (*sic*) dos recursos especial e extraordinário...” (fl. 1.333).

Sustentam que a decisão impugnada “redunda em supressão ao duplo grau de jurisdição, de forma

ilegítima, porquanto a juíza relatora entendeu ampliar o pedido de desistência aos pendentes embargos declaratórios sob o fundamento da preclusão da oportunidade do exercício do direito de desistência dos recursos especial e extraordinário, fato, à toda evidência, incorrido na hipótese.” (fl. 1.343).

Pedem, ao fim, a reforma da decisão impugnada.
É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — Em exame agravo regimental aviado nos autos de ação rescisória ajuizada por Fernando Wilkei Pinheiro Lobo e outros com fundamento nos incisos IV (ofensa à coisa julgada), V (violação à literal disposição de lei) e IX (erro de fato) do art. 485 do CPC, objetivando a desconstituição de acórdão da Sexta Turma que negou provimento à apelação dos autores ao fundamento de que a perda da permissão para a exploração de casa lotérica ocorreu por única e exclusiva responsabilidade dos apelantes.

A ação rescisória foi julgada na sessão do dia 8 de junho de 2010, e o respectivo acórdão recebeu a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PERDA DE PERMISSÃO PARA A EXPLORAÇÃO DE CASA LOTÉRICAS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO LEGAL. AUSÊNCIA DE OFENSA À COISA JULGADA. ERRO DE FATO NÃO CARACTERIZADO. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA RESCISÓRIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Trata-se de ação rescisória objetivando a desconstituição de acórdão da Sexta Turma que negou provimento à apelação dos autores ao fundamento de que a perda da permissão para a exploração de casa lotérica ocorreu por única e exclusiva responsabilidade dos apelantes, ao repassarem à CEF, de maneira irregular, os valores arrecadados, gerando freqüentes saldos devedores em suas contas bancárias.

2. A alegação genérica de violação a literal dispositivo de lei não constitui fundamento para a rescisão do julgado, eis que a ação rescisória fundada no artigo 485, V, do CPC reclama a demonstração precisa da violação à norma legal.

3. A ação rescisória não possui caráter de reexame. Tem por finalidade a alteração de um

estado jurídico alcançado pela autoridade da coisa julgada. Não se presta a exercer as funções de recurso. A pretexto da ocorrência de violação de literal disposição de lei, os autores pretendem, na verdade, a reapreciação do entendimento ventilado no julgado rescindendo. Objetivam rediscutir as razões de decidir expendidas no julgado, procurando utilizar a ação rescisória como sucedâneo recursal. Precedentes.

4. Ausente a alegada ofensa à coisa julgada, pois segundo dispõe o art. 469, I, do CPC, “a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença, não faz coisa julgada”.

5. A desconstituição do julgado por erro de fato importa na comprovação inequívoca do fato alegado e os autores não lograram provar que o julgado impugnado admitiu fato inexistente ou considerou inexistente fato efetivamente ocorrido (CPC, art. 485, § 1º). Na hipótese dos autos, o erro de fato sequer foi apontado pelos autores, que se limitaram a alegá-lo de forma genérica.

6. Ação rescisória dos autores improcedente. (fl. 1.091)

Eis o histórico dos fatos que ensejaram a interposição do presente agravo regimental:

a) em 8 de junho de 2010 a Terceira Seção julgou improcedente a presente ação rescisória, por meio do acórdão de fls. 1.083–1.091;

b) os autores interpuseram embargos de declaração, fls. 1.095–1.098;

c) o despacho de fl. 1.100 deu vista à embargada, a Caixa Econômica Federal, em vista da pretensão infringente veiculada nos embargos;

d) contrarrazões da CEF, fls. 1.102–5;

e) pedido de preferência no julgamento, por parte dos autores, fls. 1.110–1.111;

f) relatório, voto e acórdão proferidos no julgamento dos embargos de declaração, fls. 1.143–7, rejeitando-os;

g) novos embargos de declaração interpostos pelos autores, fls. 1.150–4, em 27/01/2011;

h) recurso especial, fls. 1.155–1.236 e recurso extraordinário, fls. 1.237–1.314, interpostos pelos autores ambos em 11/02/2011;

h) novo despacho (fl. 1.318) dando vista à embargada, a Caixa Econômica Federal, em vista da pretensão infringente veiculada nos novos embargos;

i) petição dos autores requerendo “o cancelamento da atuação de (sic) referidos recursos, com a devolução das peças a eles alusivas” em razão de que “por equívoco, houve interposição de recurso

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Aram Meguerian e Daniel Paes Ribeiro e os Exmos. Srs. Juízes Federais Marcos Augusto de Sousa e Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (convocados).

(sic) especial e extraordinário antes de julgados os embargos declaratórios[...], fl. 1.320;

j) novas contrarrazões da CEF, fls. 1.326–8

h) à fl. 1.330 foi proferida a decisão agravada, com o seguinte teor:

Trata-se de pedido formulado pelos autores de cancelamento da autuação dos recursos especial e extraordinário e devolução das peças ao subscritor da petição de fl. 1320.

Não se afigura razoável determinar o desentranhamento das petições de recurso especial (fls. 1155/1236) e extraordinário (fls. 1237/1314) juntadas, em face da preclusão operada, que redundaria na desistência tácita dos embargos de declaração anteriormente opostos (fls. 1150/1154), mesmo porque a competência para o exame de admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário é afeta à assessoria de recursos especiais e extraordinários vinculada à Presidência do Tribunal, e não mais à esta relatora.

Pelo exposto, indefiro o desentranhamento das petições recursais pretendido, declaro a desistência tácita dos embargos declaratórios anteriormente aviados, em razão da incompatível interposição de recursos especial e extraordinário antes de seu julgamento.

Remetam-se os autos à Assessoria de Recursos Especiais e Extraordinários para o exame de admissibilidade dos recursos interpostos.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 5 de maio de 2011.

Selene Almeida - Desembargadora Federal – Relatora.

Pedem os agravantes o cancelamento da autuação dos recursos especial e extraordinário, “a fim de excluir da desistência os embargos de declaração pendentes de julgamento” (fl. 1.345).

Como se sabe, a preclusão é a perda da faculdade de praticar um ato processual. Pode ser temporal (por haver decorrido o respectivo prazo), lógica (que extingue a possibilidade de se praticar ato processual pela prática de outro ato com ele incompatível), consumativa (perda da faculdade de se praticar o ato processual em razão de o ato já haver sido praticado), ou *pro iudicato* (pela qual o juiz não pode decidir de novo questões preclusas).

A doutrina e a jurisprudência pátrias consideram que a interposição de dois recursos contra a mesma decisão incide na modalidade da preclusão consumativa em ofensa ao princípio da unirecorribilidade (ou singularidade).

Como exceção ao referido princípio, cita-se a possibilidade da interposição de embargos declaratórios juntamente com outros recursos.

[...]Falamos que o CPC 498 constitui exceção ao princípio da singularidade dos recursos. Mas não é só. Outra exceção é a possibilidade de um único ato judicial ensejar impugnação, simultaneamente, por dois recursos distintos. Referimo-nos aos embargos de declaração.

[...]

A segunda exceção respeita à possibilidade de a decisão judicial ser impugnada, a um só tempo, pelos embargos de declaração e por outro recurso. Se, por exemplo, a sentença for obscura relativamente a um ponto, a lei enseja a sua impugnação, em tese, pelos embargos de declaração e pela apelação.

[...]

Não fosse assim, não haveria nenhuma consequência sancionadora pela não interposição dos embargos de declaração. Com isto queremos dizer que, se o vício da sentença era causa para embargos de declaração, a parte não poderá interpor apelação, pretendendo o reexame do tópico da sentença que seria impugnável pelos embargos de declaração.¹

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a interposição de recurso especial quando pendentes de julgamento embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO.

1. Tratando-se de recurso especial interposto quando pendentes de julgamento embargos de declaração, é indispensável a ratificação do especial após o julgamento dos embargos, conforme orientação da Corte Especial/STJ (Informativo 317/STJ).

2. O segundo recurso especial, tido por prejudicado em sede de decisão agravada, interposto após o julgamento dos embargos de declaração, não possui o condão de ratificar o primeiro, em razão do princípio da unirecorribilidade e da preclusão consumativa.

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp 867646/SP, rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 27/11/2007, DJ 10/12/2007, p. 305.)

Ainda que assim não fosse, a solução para a apresentação de dois recursos pela mesma parte

¹ Nelson Nery Junior in *Teoria Geral dos Recursos*, Editora Revista dos Tribunais, 6. ed., 2004, São Paulo, p.137–138.

contra a mesma decisão é não conhecer do recurso apresentado em segundo lugar (*in casu*, o recurso especial e o extraordinário) e não o primeiro interposto (na hipótese dos autos, os embargos de declaração).

Nesse contexto, a decisão agravada merece reparos por haver considerado a desistência tácita dos embargos declaratórios primeiramente aviados.

Pelo exposto, *dou provimento ao agravo regimental* para tornar sem efeito a decisão agravada (fl. 1.330) e determinar o desentranhamento das petições de recurso especial (fls. 1155–1236) e extraordinário (fls. 1237–1314) com a devolução das peças a seus subscritores.

É como voto.

Quarta Seção

Agravo Regimental em Conflito de Competência 0032064-15.2011.4.01.0000/BA

Relator:	Desembargador Federal Reynaldo Fonseca
Autor:	Município de Bom Jesus da Lapa/BA
Procurador:	Dr. José Leoni Machado Boa Sorte
Ré:	Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba – Codevasf
Suscitante:	Juízo Federal da Subseção Judiciária de Guanambi/BA
Suscitado:	Juízo de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Bom Jesus da Lapa/BA
Agravante:	Ministério Público Federal
Agravada:	r. decisão de fl.
Publicação:	e-DJF1 de 28/10/2011, p. 280

Ementa

Processual Civil. Agravo regimental. Conflito negativo de competência. Execução fiscal ajuizada por Município contra empresa pública federal. Competência da Justiça Federal (CF, art. 109, i). Competência do suscitante.

I. Na hipótese, a execução fiscal da qual se originou o conflito de competência não foi proposta pela União ou por autarquia federal, mas pelo Município de Bom Jesus da Lapa/BA. Logo, não há que se cogitar na aplicação do art. 15, inciso I, da Lei 5.010/1966, recepcionado pelo art. 109, § 3º da CF, porquanto referido permissivo legal somente prevê hipótese de delegação de competência federal à justiça estadual relativamente a executivos fiscais em que a União ou suas autarquias figurem como exeqüentes. Não se enquadra nessa delegação a execução fiscal promovida por Município contra empresa pública federal. Precedentes do STJ e deste Tribunal.

II. Proposta a ação de execução fiscal contra a Codevasf, empresa pública federal, a competência é da Justiça Federal, de acordo com o disposto no art. 109, I, da CF, que determina competir aos juízes federais processar e julgar “as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”.

III. Agravo regimental provido, para declarar a competência do Juízo Federal de Guanambi/BA, o suscitante.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 05/10/2011

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal em face de decisão dessa relatoria, que conheceu do conflito negativo de competência suscitado pelo Juiz Federal da Subseção Judiciária de Guanambi/BA para declarar competente o Juízo da Comarca de Bom Jesus da Lapa/BA, o suscitado, nos termos do art. 30, XXI, c/c o art. 237, ambos do RITRF/1ª Região.

O Juízo suscitado declinou da competência e determinou a remessa dos autos do executivo fiscal à Justiça Federal em Guanambi/BA, sob o argumento de incidência, na espécie, do disposto no art. 109, inciso I, da CF, e tendo em vista a natureza de empresa pública da executada.

O Juízo suscitante alega que *“a instalação desta Vara de Guanambi em nada modificou a situação dos autos em exame, porque, conquanto Bom Jesus da Lapa esteja entre os municípios jurisdicionados por esta Vara Federal, a sede da Vara fica na cidade de Guanambi, e não na cidade de Bom Jesus da Lapa. A instalação da Vara de Guanambi não alterou a situação de fato ou de direito, que determina que os executivos fiscais sejam ajuizados perante a Justiça Estadual, quando os domiciliados dos devedores se situem em cidade que não disponha de Vara Federal.”*

Em suas razões recursais, sustenta o Ministério Público Federal, em síntese, que *“a solução da questão não passa pelo § 3º do art. 109 da Constituição Federal e pelo inciso I do art. 15 da Lei 5.010/1966. Com acerto a Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba - Codevasf não pode ser equiparada a empresa privada. A norma constitucional aplicável é o § 2º do art. 109 da Constituição Federal [...]”*

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — Assiste razão ao Ministério Público Federal. A competência para o processamento do executivo fiscal é do Juízo Federal da Subseção Judiciária de Guanambi/BA, o suscitante.

O Município de Bom Jesus da Lapa ajuizou execução fiscal em face da Companhia de

Desenvolvimento do Vale do São Francisco e Parnaíba perante a Vara Única da Comarca de Bom Jesus da Lapa/BA.

Na hipótese vertente, a execução fiscal da qual se originou o conflito de competência não foi proposta pela União ou por autarquia federal, mas pelo Município de Bom Jesus da Lapa/BA. Logo, não há que se cogitar na aplicação do art. 15, inciso I, da Lei 5.010/1966, recepcionado pelo art. 109, § 3º da CF, porquanto referido permissivo legal somente prevê hipótese de delegação de competência federal à justiça estadual relativamente a executivos fiscais em que a União ou suas autarquias figurem como exequentes. Não se enquadra nessa delegação a execução fiscal promovida por Município contra empresa pública federal.

Com efeito, proposta a ação de execução fiscal contra a Codevasf, empresa pública federal, a competência é da Justiça Federal, de acordo com o disposto no art. 109, I, da CF, que determina competir aos juízes federais processar e julgar *“as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”*.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados do eg. Superior Tribunal de Justiça:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL MOVIDA POR MUNICÍPIO CONTRA EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA À JUSTIÇA ESTADUAL. INEXISTÊNCIA (CF, ART. 109, § 3º; LEI Nº 5.010/66, ART. 15, I). COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. O art. 15, I, da Lei n.º 5.010/66, recepcionado pelo art. 109, § 3º da CF, prevê hipótese de delegação de competência federal à justiça estadual relativamente a executivos fiscais em que a União ou suas autarquias figurem como exequentes. Não se enquadra nessa delegação a execução fiscal promovida por Município contra empresa pública federal.

2. Conflito conhecido para declarar competente do Juízo Federal, o suscitante. (CC 200500180636, Min. Francisco Peçanha Martins, STJ - Primeira Seção, 10/04/2006.)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA. CF, ART. 109, § 3º. INEXISTÊNCIA DE VARA FEDERAL NO MUNICÍPIO. ENTE PÚBLICO EXECUTADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. As execuções fiscais movidas pela União, suas autarquias e empresas públicas são processadas e julgadas pela Justiça Federal, salvo não havendo no local Vara da Justiça Federal (CF/1988, art. 109, I, c/c o

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves e Souza Prudente e o Exmo. Sr. Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado).

§ 3º). 2. O Juízo de Direito, em face da inexistência de Vara Federal, é competente para processar e julgar execução fiscal movida contra devedor residente na respectiva área territorial.

3. O art. 15, I, da Lei n.º 5.010/66, atendendo ao permissivo constitucional do art. 109, §3º, cria a possibilidade de serem movidos perante a justiça estadual executivos fiscais em que a União ou suas autarquias figurem como exequentes, mas não o contrário, quando forem executadas. Precedente: EDcl no CC 39937/SP, Relator Min. CASTRO MEIRA, DJ 27.09.2004. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO, o suscitante. (CC 200500648190, Min. Luiz Fux, STJ - Primeira Seção, 03/04/2006.)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ERRO MATERIAL. ACOLHIMENTO.

1. O art. 15, I, da Lei n.º 5.010/66, atendendo ao permissivo constitucional do art. 109, § 3º, cria a possibilidade de serem movidos perante a Justiça Estadual executivos fiscais em que a União ou suas autarquias figurem como exequentes, mas não o contrário, quando forem executadas.

2. Na hipótese, a execução fiscal da qual se origina o conflito de competência não fora proposta pela União ou por autarquia federal, mas pelo Município de Estância de Atibaia/SP em desfavor da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública federal. Não incide, pois, a regra do art. 109, § 3º, da Constituição da República, em combinação como art. 15, I, da Lei n.º 5.010/66.

3. Aplica-se à hipótese o art. 109, I, da Constituição da República, que atribui à Justiça Federal competência para processar e julgar as causas em que a União, suas autarquias e empresas públicas federais sejam interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, de acidentes de trabalho, e as sujeitas às Justiças Eleitoral e Trabalhista.

4. Embargos de declaração acolhidos com efeito modificativo em razão de erro material, para declarar a competência do Juízo Federal suscitante.

(ECcl no CC 39937/SP – STJ – 1ª Seção - rel. Min. Castro Meira – Julg. em 05/08/2004.)

Na mesma linha jurisprudencial adotada pelo eg. STJ, confirmam-se alguns arestos desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA NA JUSTIÇA ESTADUAL. IPTU. REDE FERROVIÁRIA FEDERAL - RFFSA. SUCEDIDA PELA UNIÃO FEDERAL (LEI N. 11.483/2007). INEXISTÊNCIA DE VARA FEDERAL. COMPETÊNCIA DELEGADA (ARTS. 109, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 15, I, DA LEI N. 5.010/1966). NÃO APLICAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Proposta execução fiscal por município contra a RFFSA no foro do Juízo estadual e havendo, por força de lei, a sucessão pela União da referida empresa em direitos, ações e obrigações, o fato repercute numa condição da ação (legitimidade) e num pressuposto processual (a competência do Juízo).

2. Passando a União a figurar na lide a competência transpassa à Justiça Federal, de acordo com art. 109 da Constituição da República que determina competir aos juizes federais processar e julgar “as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho” (art. 109, inciso I, da Constituição Federal).

3. Não se aplica ao caso o art. 109, § 3º, da Constituição Federal e o art. 15, inciso I, da Lei n. 5.010/66 que atribuem aos Juizes Estaduais, por delegação de competência, o processamento e julgamento dos executivos fiscais da União e de suas autarquias, ajuizados contra devedores domiciliados nas Comarcas que não sejam sede de Vara Federal, pois aqui a o executivo fiscal é do município contra a União. Precedentes do STJ e desta 4ª Seção do TRF1.

4. Figurando na execução fiscal movida pelo Município de Cataguases/MG, para a cobrança do IPTU, como devedora Rede Ferroviária Federal - RFFSA (sucedida pela União - Lei n. 11.483/2007), compete ao Juízo Federal da 3ª Vara de Juiz de Fora/MG processar o feito.

5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 3ª Vara de Juiz de Fora/MG, ora suscitante.

(CC 0036192-49.2009.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa. Juiz Federal Cleberon José Rocha (conv.), Quarta Seção, e-DJF1, p. 20 de 29/03/2010.)

PROCESSUAL CIVIL, TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL CONTRA A ECT. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL (CF, ART. 109, I). RITO: ART. 730 E SEQUINTE DO CPC.

1. Na hipótese, a execução fiscal da qual se origina o conflito de competência não fora proposta pela União ou por autarquia federal, mas pelo Município de Pouso Alegre/MG em desfavor da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública federal. Não incide, pois, a regra do art. 109, § 3º, da Constituição da República, em combinação como art. 15, I, da Lei n.º 5.010/66.

2. Aplica-se à hipótese o art. 109, I, da Constituição da República, que atribui à Justiça Federal competência para processar e julgar as causas em que a União, suas autarquias e empresas públicas federais sejam interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de

falência, de acidentes de trabalho, e as sujeitas às Justiças Eleitoral e Trabalhista.

3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que se aplica à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços (RE nº 220.906/DF, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 14/11/2002, p. 15). O aludido privilégio, por sua vez, determina que a execução por título extrajudicial proposta contra ela deve seguir o rito previsto nos artigos 730 e seguintes, do CPC.

4. Agravo provido.

(AG 2002.01.00.007522-3/MG, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca. Juíza Federal Gilda Sigmaringa Seixas (conv.), Sétima Turma, e-DJF1, p. 391 de 02/10/2009.)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - EXECUÇÃO FISCAL (IPTU, TAXA DE CONSERVAÇÃO DE LOGRADOURO, TAXA DE EXPEDIENTE, TAXA DE COLETA DE LIXO E TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA) AJUIZADA POR MUNICÍPIO (GUAXUPÉ/MG) CONTRA EMPRESA PÚBLICA FEDERAL (EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS) - COMPETÊNCIA DO SUSCITANTE.

1 - Porque (art. 109, I, da CF/88) aos "juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em

que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de [...] ré[s [...]”, compete à Justiça Federal (ratione personae) processar e julgar as execuções fiscais movidas por Município contra Empresa Pública Federal, sendo inaplicáveis o art. 15 da Lei nº 5.010/66 e o art. 109, § 3º, da CF/88, consoante, aliás, precedentes do STJ (CC nº 47.779/SP e CC nº 50.307/SP).

2 - Conflito de competência de que se conhece para declarar competente o juízo suscitante, da Vara Federal da Subseção Judiciária de São Sebastião do paraíso/MG.

3 - Autos recebidos em Gabinete, em 11/04/2008, para lavratura do acórdão. Peças liberadas pelo Relator, em 11/04/2008, para publicação do acórdão.

(CC 2007.01.00.044430-9/MG, rel. Des. Federal Tolentino Amaral, Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (conv.), Quarta Seção, e-DJF1, p. 30, de 16/06/2008)

Ante o exposto, *dou* provimento ao agravo regimental interposto pela MPF, para declarar competente o Juízo Federal da Subseção Judiciária de Guanambi/BA, o suscitante.

É como voto.

Primeira Turma

Apelação 0002988-91.2011.4.01.9199/MG

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão
 Apelante: Roberto Franco Neto
 Advogados: Dr. Roberto de Carvalho Santos e outros
 Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Publicação: e-DJF1 de 14/10/2011, p. 239

Ementa

Constitucional e Previdenciário. Ação de restabelecimento de benefício decorrente de acidente de trabalho. Incompetência da Justiça Federal.

I. Compete à Justiça Estadual o processamento e julgamento de ações de natureza acidentária (Precedentes do STF).

II. Considerando que o feito tramitou na Comarca de Belo Horizonte/MG, a competência para o processamento e julgamento do recurso é do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

III. Competência declinada para o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, declinar da competência para o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 31/08/2011.

Desembargadora Federal *Ângela Catão*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Roberto Franco Neto, qualificado nos autos, ajuizou a presente ação contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, objetivando assegurar, inclusive em sede de antecipação de tutela, o direito ao restabelecimento do benefício de auxílio-doença e sua conversão em aposentadoria por invalidez.

À fl. 45, foi deferida a assistência judiciária.

Após a instrução do processo, foi proferida a r. sentença de fls. 112–114, julgando improcedente o pedido, extinguindo o feito com resolução do mérito, na forma do art. 269, I, do CPC. Condenou o autor ao pagamento das custas e honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, ficando suspensa a condenação nos termos do art. 12 da Lei 1.060/1950.

O autor interpôs recurso de apelação sustentando, em síntese, que preenche os requisitos à concessão do benefício de aposentadoria por invalidez ou o restabelecimento do auxílio-doença, uma vez que apresenta incapacidade total para o trabalho, de modo que deve ser reformada a r. sentença (fls. 115–122).

Em contrarrazões, o INSS pugna pela manutenção da r. sentença (fls. 124–126).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Trata-se de remessa oficial em face da r. sentença de fls. 112–114, que julgou improcedente o pedido, extinguindo o feito com resolução do mérito, na forma do art. 269, I, do CPC. Condenou o autor ao pagamento das custas e honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, ficando suspensa a condenação nos termos do art. 12 da Lei 1.060/1950.

O autor interpôs recurso de apelação sustentando, em síntese, que preenche os requisitos

à concessão do benefício de aposentadoria por invalidez ou o restabelecimento do auxílio-doença, uma vez que apresenta incapacidade total para o trabalho, de modo que deve ser reformada a r. sentença.

Cuida a espécie de ação de restabelecimento de benefício previdenciário decorrente de acidente de trabalho, portanto, de natureza acidentária (fls. 35 e 40).

Consoante a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, compete à Justiça Estadual o processamento e julgamento das ações relativas a acidentes do trabalho.

Sendo assim e consoante o disposto no art. 109, I, da Constituição Federal de 1988, c/c art. 129, II, da Lei 8.213/91, é forçoso concluir que o feito está sujeito à jurisdição estadual, em primeiro e segundo graus de jurisdição.

Ao apreciar questão similar, no julgamento do RE 168.772-SC, Relator o Ministro Ilmar Galvão, a E. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu, *verbis*:

COMPETÊNCIA. AÇÃO DE REVISÃO DE BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. ART. 109, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

A teor do disposto no art. 109, inc. I, da Constituição Federal, a competência da Justiça Estadual para julgar lide de natureza acidentária envolve também a revisão do próprio benefício.

Recurso extraordinário não conhecido. (DJ 27/06/1997.)

Ao proferir o voto condutor, no referido julgamento, o eminente Min. Ilmar Galvão destacou o seguinte:

Nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, são da competência da Justiça dos Estados o julgamento das ações de acidente do trabalho, que foram expressamente excluídas, pela referida regra, da competência da Justiça Federal.

O recorrente tenta extrair do aludido dispositivo interpretação no sentido de que a exclusão das lides que envolvam acidente do trabalho da competência da Justiça Federal se circunscreve apenas às ações em que a causa de pedir seja de natureza acidentária, o que não é o caso presente, em que se deduziu pretensão de natureza

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Kassio Nunes Marques e Néviton Guedes.

previdenciária, relativa a índices de reajustamento ou atualização do benefício.

Todavia, não lhe assiste razão.

Com efeito, a competência da Justiça Comum Estadual para as causas acidentárias compreende não só o julgamento do evento (acidente do trabalho), mas, também, de todas as conseqüências dessa decisão, tais como a fixação do benefício e seus reajustamentos futuros.

A matéria já passou pelo crivo das duas Turmas desta Corte, cujas ementas dos acórdãos registrou:

“CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. COMPETÊNCIA PARA O SEU JULGAMENTO. CONSTITUIÇÃO, ARTIGO 109, I.

I – Compete à Justiça comum dos Estados-membros processar e julgar as ações de acidente do trabalho. CF. art. 109, I.

II – Recurso Extraordinário conhecido e provido” (RE 127.129, Rel. Min. Carlos Velloso, RTJ 133/1352)

COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM DOS ESTADOS. LITÍGIOS DECORRENTES DE REVISÃO DE BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. ARTIGO 109, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Compete à Justiça Comum dos Estados o processo e julgamento dos litígios relativos a revisão de benefício acidentário.

Orientação extraída da regra do art. 109, inc. I, da Constituição Federal.

Recurso Extraordinário não conhecido. (RE 167.565, Rel. Min. Ilmar Galvão).

Os argumentos do recorrente, na verdade, não têm força para elidir a competência da Justiça Estadual para julgar lide de natureza acidentária, ainda que versando a revisão do próprio benefício.

Em face do exposto, não conheço do recurso extraordinário.

O mesmo entendimento foi adotado pela Suprema Corte no julgamento do RE 351.528/SP, relator Min. Moreira Alves, *in verbis*:

COMPETÊNCIA. REAJUSTE DE BENEFÍCIO ORIUNDO DE ACIDENTE DE TRABALHO. JUSTIÇA COMUM.

- Ao julgar o RE 176.532, o Plenário desta Corte reafirmou o entendimento de ambas as Turmas (assim, no RE 169.632, 1ª Turma, e no AGRAG 154.938, 2ª Turma) no sentido de que a competência para julgar causa relativa a reajuste de benefício oriundo de acidente de trabalho é da Justiça Comum, porquanto, se essa Justiça é competente para julgar as causas de acidente de trabalho por força do disposto na parte final do inciso I do artigo 109 da Constituição, será ela igualmente competente para julgar o pedido de reajuste desse benefício que

é objeto de causa que não deixa de ser relativa a acidente dessa natureza, até porque o acessório segue a sorte do principal. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, 1ª Turma, DJ 31/10/2002, p. 32.)

Assim, o Pretório Excelso consolidou o entendimento sobre o tema no enunciado da Súmula 235, que transcrevo:

É competente para a ação de acidente do trabalho a Justiça Cível Comum, inclusive em segunda instância, ainda que seja parte autarquia seguradora.

Diante da orientação jurisprudencial pacífica do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, não cabe mais discussão acerca da competência para o processamento e julgamento de ação de concessão de benefício oriundo de acidente do trabalho.

Esta Primeira Turma também assentou esse entendimento, como se verifica pelo excerto do seguinte julgado:

CONSTITUCIONAL - PREVIDENCIÁRIO - RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO - COMPETÊNCIA - JUSTIÇA ESTADUAL.

1. “A competência para julgar o restabelecimento do benefício de auxílio-acidente, decorrente de acidente do trabalho, é da Justiça Comum Estadual”. Precedente: CC n. 38.337/PR, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, 3ª Seção, publ. DJ-I de 13/12/2004, p. 214.

2. Incompetência desta Corte reconhecida, determinando-se a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

(TRF 1ª Região, 1ª Turma, AC 2003.38.02.007094-0/MG, rel. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado), DJ 10/11/2009, p. 17.)

Na espécie, considerando que o processo tramitou, em primeira instância, no Juízo de Direito da Comarca de Belo Horizonte/MG, entendo que a competência para o julgamento do recurso é do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, e não deste Tribunal.

Isso posto, declino da competência para o E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

É o meu voto.

Segunda Turma

Apelação 0061565-96.2010.4.01.9199/MG

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves
 Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procurador: Dr. Adriano Antônio de Sousa
 Apelada: Gasparina Rodrigues dos Santos
 Advogado: Dr. Rogério Marques da Silva
 Publicação: e-DJF1 de 20/10/2011, p. 484

Ementa

Previdenciário e Constitucional. Aposentadoria por idade. Trabalhadora rural. Não preenchimento dos requisitos. Vínculos urbanos do marido.

I. Para propositura de ação previdenciária não há necessidade do anterior exaurimento da via administrativa ou de sua prévia provocação. Carência de ação afastada.

II. Malgrado na certidão de casamento da autora conste a qualificação profissional do seu cônjuge como lavrador, as informações constantes do Cadastro Nacional de Informações Social – CNIS revelam que ele manteve diversos vínculos empregatícios urbanos, a partir de 03/11/1980, os quais foram intercalados com períodos de recolhimento de contribuições previdenciárias como contribuinte individual.

III. Não tendo sido comprovada nos autos a condição de trabalhadora rural da autora, em regime de economia familiar, pois o seu marido exercia atividades urbanas, e não tendo sido demonstrado que ela desempenhava sozinha o labor rural, não lhe é devida a aposentadoria postulada na exordial.

IV. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, providas.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 05/10/2011.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Trata-se de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (fls. 70–85) contra sentença (fls. 63–68) proferida pelo Juízo de Direito da Comarca de Conquista/MG, que, em ação pelo rito ordinário, julgou procedente o pedido, para condenar o réu a conceder à autora o benefício de aposentadoria rural por idade, no valor de 1 (um) salário-mínimo, a partir da citação.

Condenou, ainda, a autarquia previdenciária ao pagamento das diferenças do benefício acrescidas de correção monetária e de juros de mora, calculados com base nos índices aplicados às cadernetas de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, além dos honorários de advogado, fixados no percentual de 10%

(dez por cento) sobre o valor das prestações vencidas até a data da prolação da sentença.

O INSS, no recurso de apelação, argúi preliminar de falta de interesse de agir da autora, à míngua do prévio requerimento administrativo do benefício.

No mérito, sustenta, em resumo, que a autora não comprovou nos autos o exercício de atividade rural, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses correspondentes à carência exigida, conforme previsão dos arts. 48, §2º, e 143, da Lei 8.213/1991; que a prova exclusivamente testemunhal não é suficiente para a comprovação do exercício de atividade rural; e, por fim, que é indevida a sua condenação ao pagamento dos honorários de advogado, em face do princípio da causalidade, porquanto a autarquia não deu causa ao ajuizamento da demanda.

Em contrarrazões (fls. 87–93), a autora pugna pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — De início, tenho por interposta a remessa oficial, já que inaplicável à espécie a regra cunhada no §2º do art. 475 do CPC, porquanto de valor incerto a condenação contida no comando sentencial.

Analiso, após, a preliminar suscitada.

No tocante à alegação de falta de interesse de agir da autora, em razão de não ter requerido administrativamente o benefício em tela, note-se que a parte não é legalmente obrigada a *provocar* ou *esgotar* a via administrativa para postular em juízo, tendo o direito de ação assegurado no art. 5º, XXXV, da CF/1988.

É esse o entendimento desta Corte, exposto nos seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. FALTA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA DE PRETENSÃO RESISTIDA. CARÊNCIA DE AÇÃO NÃO CARACTERIZADA. CTPS. PRESSUPOSTOS CONFIGURADOS. REMESSA OFICIAL INCABÍVEL.

I - O interesse de agir surge quando alguém passa a ter a necessidade concreta da jurisdição e formula pedido que se mostre adequado para atingir a finalidade por ele colimada.

II – *‘Embora o autor não tenha formulado prévio requerimento administrativo para obtenção da aposentadoria por idade objeto da lide, nem o órgão previdenciário contestado o pleito judicialmente deduzido, pois limitada a peça contestatória a suscitar questão preliminar de carência de ação, caracteriza-se conflito de interesses na hipótese em causa, porquanto em nenhum momento reconheceu ele a existência do direito postulado, ou veio a contraditar a afirmação de que infrutíferas todas as tentativas de recebimento no âmbito administrativo, por informada verbalmente a segurada de que nenhum direito lhe assistia a propósito.’ (AG nº 2002.01.00.032840-0/MG, Rel. Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, TRF 1ª Região, 2ª Turma, DJ 12/04/2004) [...]*

VI - Apelação não provida. Remessa Oficial não conhecida.

(AC 2004.01.99.022851-7/RO, relator Juiz Federal Lincoln Rodrigues de Faria (convocado), Segunda Turma, DJ de 23/02/2006, p. 81).

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - APOSENTADORIA POR IDADE DE TRABALHADOR RURAL - ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA E/OU PRÉVIA PROVOCAÇÃO - DESNECESSIDADE - DETERMINAÇÃO DE JUNTADA DE DOCUMENTOS QUE COMPROVEM O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL SOB REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR - ROL DO ART. 62 DO DECRETO Nº 3.048/99 - REQUISITOS DE PROPOSITURA DA AÇÃO PREENCHIDOS - DECISÃO REFORMADA.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a propositura de ação previdenciária prescinde do anterior exaurimento da via administrativa, ou mesmo da sua prévia provocação. Precedente: AC 2001.01.99.034246-1/MG; relator Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira; Primeira Turma; DJ 18/12/2002; p. 78. [...]

3. Agravo de instrumento provido.

(AG 2005.01.00.037723-9/MT, relator Des. Federal José Amílcar Machado, Primeira Turma, DJ de 14/11/2005, p. 38).

E nem se diga que a adoção desse entendimento importa em violação ao princípio da separação dos poderes, visto que o que se busca assegurar com a deliberação acima mencionada é o pleno acesso do jurisdicionado ao Poder Judiciário, sem lhe impor o indevido condicionamento da análise de sua pretensão ao prévio exame da Autarquia previdenciária, principalmente quando já se sabe de antemão que a posição *institucional* desse ente público é no sentido de sistematicamente indeferir os pedidos que lhes são endereçados quando acompanhados de documentos que somente são aceitos como início de prova material *na esfera judicial*, isto em se tratando de pedidos de concessão de benefício rural por idade, matéria em que mais comumente ocorrem os pedidos judiciais em casos como os ora analisados.

Todavia, não posso fechar os olhos diante da realidade e, agindo assim, negar ou mesmo postergar a prestação jurisdicional requestada, a pretexto de fazer valer o Princípio da Separação dos Poderes, este que, registre-se, não é sequer arranhado com a deliberação ora defendida.

Nesses termos, rejeito a preliminar.

No mérito, a concessão do benefício especial de aposentadoria rural por idade desafia o preenchimento de três requisitos fundamentais: a existência de início de prova material da atividade rural exercida, a corroboração dessa prova indiciária por robusta prova testemunhal e, finalmente, a idade mínima necessária à concessão do benefício.

A autora, com o propósito de comprovar o exercício de sua atividade rural e, por conseguinte, a

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Mark Yshida Brandão e José Henrique Guaracy Ribeiro (convocados).

sua qualidade de segurada especial da Previdência Social, juntou aos autos, no que interessa para o deslinde desta ação, apenas a cópia da sua certidão de casamento, realizado em 08/09/1984, na qual o seu cônjuge é qualificado como lavrador (fl. 6).

Todavia, a despeito da qualificação profissional do cônjuge da autora como lavrador na certidão de casamento, observo que tal certidão não é suficiente para comprovar a sua condição de rurícola.

É que as informações constantes do Cadastro Nacional de Informações Social – CNIS (fls. 31–32) revelam que o marido da autora manteve diversos vínculos empregatícios urbanos, a partir de 03/11/1980, os quais foram intercalados com períodos de recolhimento de contribuições previdenciárias como contribuinte individual, sendo o seu último emprego exercido junto à Prefeitura Municipal de Conquista, no período de 1º/02/2007 a 26/07/2007, após o que ele voltou a contribuir como contribuinte individual nos meses de janeiro, abril e junho de 2008.

Diante desse quadro, efetivamente não restou comprovado nos autos a condição de trabalhadora rural da autora, ainda mais em regime de economia familiar, máxime considerando que o seu marido exercia atividades urbanas e não ficou provado que a autora desempenhava sozinha o labor rural.

Assim, uma vez descaracterizada a condição de segurada especial da autora, não lhe é devida a aposentadoria pleiteada (art. 39, I, da Lei 8.213/1991), criada por lei para situações especiais, não verificadas na hipótese.

Em face do exposto, *dou* provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta, para, reformando a sentença, julgar improcedente o pedido inicial.

Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários de advogado, que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, suspendendo a cobrança dessas parcelas na forma do art. 12 da Lei 1.060/1950.

É o voto.

Terceira Turma

Habeas Corpus 0003116-63.2011.4.01.0000/RO

Relator: Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida (convocado)
 Impetrante: Ministério Público Federal
 Procuradora: Dra. Laura Goncalves Tessler
 Impetrado: Juízo Federal da 3ª Vara/RO
 Paciente: Luciano di Giovanni Basso
 Paciente: Andreia Pultrini Bressan
 Publicação: e-DJF1 de 21/10/2011, p. 165–166

Ementa

Penal e Processual Penal. Habeas corpus. Arts. 273, § 1º-B, I, do CP (crime contra a saúde pública) e Art. 241-B da Lei 8.069/1990 (armazenamento de fotografias/imagens de cenas de pornografia infantil). Competência da Justiça Federal, inclusive para processar e julgar o crime contra a saúde pública. Súmula 122 do STJ.

I – Hipótese em que apura-se a prática de crimes contra a saúde pública e de armazenamento de fotografias/imagens de cenas de pornografia infantil.

II – Requerimento do MPF, quanto ao crime do art. 273, § 1º-B, I, do CP, de deslocamento da competência para a Justiça Estadual de Rondônia, ante a ausência de interesse da União.

III – A circunstância de o crime atentar contra a saúde pública, por si só, não fixa a competência federal, o que ocorre, somente, se a procedência do medicamento for estrangeira, situação que não se verifica nos autos.

IV – A despeito de a competência para processar e julgar o crime do art. 273, § 1º-B, I, (crime contra a saúde pública) ser da Justiça Estadual, existe possibilidade de conexão probatória ou instrumental em razão da competência federal para julgar o crime do art. 241-B da Lei 8.069/1990 (armazenamento de imagens pedófilo-pornográficas), razão pela qual deve haver julgamento unificado, fazendo incidir, na espécie, a Súmula 122 do egrégio STJ.

V – Ordem denegada.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, denegar a ordem de *Habeas Corpus*.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 10/10/2011.

Juiz Federal *Murilo Fernandes de Almeida*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Murilo Fernandes de Almeida*: — Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado pelo Ministério Público Federal, em favor de Luciano Di Giovanni Basso, preso em flagrante em 16/03/2009, e Andreia Pultrini Bressan, sendo, o primeiro, investigado como incurso nos arts. 273, § 1º-B, I, do CP (crime contra a saúde pública) e art. 241-B da Lei 8.069/90 (armazenamento de fotografias/imagens de cenas de pornografia infantil), e, a segunda, incursa apenas na primeira capitulação, contra decisão proferida pelo ilustre Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária de Rondônia, que, nos autos do Inquérito Policial 2009.41.00.002543-1 (nova numeração 2540-60.2009.4.01.4100), indeferiu a pretensão acusatória de desmembramento dos autos, no que se refere ao delito previsto no art. 273, § 1-B, I, à Justiça Estadual, a fim de que permanecesse na Justiça Federal apenas a imputação relativa ao crime de pedofilia.

Sustenta o impetrante, em síntese, “após detida análise dos autos, concluiu inexistir, no caso em apreço, interesse concreto da União, quanto ao crime previsto no art. 273, §1º-B, I, do Código Penal, pois a conduta de ter em depósito para venda produto sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente, não configura ofensa a bens, direitos ou serviços da União, muito embora a ilicitude da conduta resida na ausência de autorização da Agência Reguladora – Anvisa, Autarquia Federal” (fl. 3).

Requer a concessão da ordem para que os autos do Inquérito Policial 2009.41.00.00.002543-1 (nova numeração 0002540-60.2009.4.01.4100) sejam remetidos à Justiça Estadual de Rondônia, competente para processar os fatos nele vinculados.

Sem pedido de liminar foram solicitadas informações à autoridade apontada como coatora (fl. 36), devidamente prestadas a fls. 38–41.

A PRR 1ª Região opinou pelo indeferimento do pedido (fls. 44–47).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Murilo Fernandes de Almeida*: — Como se viu do relatório, trata-se de *habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado pelo Ministério Público Federal, em favor de Luciano Di Giovanni Basso, preso em flagrante em 16/03/2009, e Andreia Pultrini Bressan, sendo, o primeiro, investigado como incurso nos arts. 273, § 1º-B, I, do CP (crime contra a saúde pública) e art. 241-B da Lei 8.069/1990 (armazenamento de fotografias/imagens de cenas de pornografia infantil), e, a segunda, incursa apenas na primeira capitulação, contra decisão proferida pelo ilustre Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária de Rondônia, que, nos autos do Inquérito Policial 2009.41.00.002543-1 (nova numeração 2540-60.2009.4.01.4100), indeferiu a pretensão acusatória de *desmembramento* dos autos, no que se refere ao delito previsto no art. 273, § 1-B, I, à Justiça Estadual, a fim de que permanecesse na Justiça Federal apenas a imputação relativa ao crime de pedofilia.

Nos autos do Inquérito Policial 0002540-60.2009.4.01.4100 apura-se a prática de crimes contra a *saúde pública* e de *armazenamento* de fotografias/imagens de cenas de pornografia infantil, que teriam sido praticados pelos pacientes - proprietário e farmacêutica responsável pelo estabelecimento comercial Farmacoteca.

Na autuação policial verificou-se que eram mantidos em depósito, com intuito de venda, produtos de origem vegetal sem autorização da Anvisa. Durante a fiscalização da Anvisa no local, foi encontrado, ainda, material indicativo de prática de crime previsto no art. 241-B da Lei 8.069/1990, que resultou na prisão em flagrante do paciente Luciano.

O MPF requereu, quanto ao crime do art. 273, § 1º-B, I do CP, por entender ausente o interesse da União, o deslocamento da competência para a Justiça Estadual de Rondônia, permanecendo na Justiça Federal apenas o crime do art. 241-B da Lei 8.069/1990.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Tourinho Neto e Carlos Olavo.

O Juízo impetrado, às fls. 30–34, firmou a competência federal sob o fundamento de que “a fabricação e comercialização dos produtos evocados (de higiene, perfumes e cosméticos) à míngua de autorização da agência sanitária, *desafia a competência da Justiça Federal*. Há, em tese, ulceração à bens e interesses da União, *ex vi* do disposto na Constituição Federal, art. 109, inciso IV”.

Pois bem, a circunstância de o crime atentar contra a saúde pública, por si só, não fixa a competência federal, o que ocorre, somente, se a procedência do medicamento for estrangeira, situação que não se verifica nos autos.

Nesse sentido:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. MEDICAMENTO DE USO PROIBIDO. PRAMIL. ARTS. 273, §§ 1º E 1º-B, V E VI, CP. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. CONTRABANDO. INTERNACIONALIDADE NÃO COMPROVADA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL.

1. O art. 273 do Código Penal é norma especial em relação ao crime de contrabando, porque engloba, dentre as diversas condutas tipificadas, a importação produto terapêutico ou medicinal falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

2. É de competência da Justiça Estadual o processamento e julgamento da ação penal por crime previsto no art. 273 do Código Penal, com a redação dada pela Lei 9.677/98, quando não há indícios nos autos de que o investigado introduziu o medicamento proibido em território nacional.

3. Recurso em sentido estrito não provido.

(RSE 2009.36.02.000397-1/MT, rel. Juiz Tourinho Neto, 3ª Turma, e-DJF1 de 18/09/2009, p.120.)

A despeito de a competência para processar e julgar o crime do art. 273, § 1º B, I, ser da Justiça Estadual, como bem ressaltou o parecer do Procurador José Alves Paulino, à fls. 44/47, “existe possibilidade de conexão probatória ou instrumental” em razão da competência federal para julgar o crime do art. 241-B da Lei 8.069/1990 (armazenamento de imagens pedófilo-pornográficas), razão pela qual deve haver *juízo unificado*, fazendo incidir, na espécie, a Súmula 122 do egrégio STJ.

Pelo exposto, denego a ordem impetrada.

É como voto.

Quarta Turma

Agravo de Instrumento 0019942-04.2010.4.01.0000/BA

Relatora: Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo (convocada)
 Agravante: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra
 Procurador: Dr. Valdez Adriani Farias
 Agravada: Karina Mizuki Dias dos Santos
 Advogados: Dra. Daniela Bomfim
 Dr. Eduardo Lima Sodre
 Dr. Fredie Didier Junior
 Dr. João Rosa
 Publicação: e-DJF1 de 09/11/2011, p. 12

Ementa

Constitucional. Administrativo. Desapropriação. Decisão que suspendeu o procedimento administrativo sem a participação da impetrante possuidora do imóvel expropriado. Legitimidade. Contrato de promessa de compra e venda sem registro. Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento não provido.

I. Devem ser garantidos aos titulares de direitos reais sobre o imóvel expropriando os instrumentos jurídicos necessários para o acompanhamento e impugnação do feito expropriatório, em face de seu evidente interesse jurídico e financeiro na questão. Aplicação do § 3º, art. 7º, da Lei Complementar 73/1996.

II. No caso dos autos, como apontado pelo MM. Juízo Federal impetrado, a ora agravada, na condição de detentora da posse do imóvel em questão, “[...] tem legítimo interesse em ter a ciência e participar efetivamente de todos os atos de um eventual procedimento de desapropriação do imóvel possuído, em virtude dos efeitos que podem

ser desencadeados em seu patrimônio jurídico, bem como pelo fato de que detém a condição mais adequada para demonstrar que o bem cumpre a sua função social” (fl. 126).

III. Decisão mantida.

IV. Agravo improvido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 06/09/2011.

Juíza Federal *Clemência Maria Almada Lima de Ângelo*, relatora convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo: — Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia (fls. 10–14), que, nos autos de mandado de segurança, deferiu a medida liminar, “[...] determinando a suspensão de todo e qualquer ato praticado no processo administrativo de desapropriação da Fazenda Serra Grande sem a participação da impetrante, obstando-se a realização de qualquer ato de pagamento administrativo em favor de Paulo Roberto Sampaio dos Santos” (fl. 14).

Em defesa de sua pretensão, alegou o ora agravante, em resumo, que:

1) “[...] os documentos ora juntados comprovam a absoluta legalidade e constitucionalidade dos atos administrativos praticados pela Autarquia, daí que não pode prevalecer a decisão agravada, especialmente, mas não exclusivamente, em razão de a impetrante não ser a proprietária do imóvel em questão, conforme Certidões em anexo (doc. 04), e sim o impetrado Paulo Roberto Sampaio dos Santos, daí a flagrante ilegitimidade ativa da impetrante, carecedora de ação, que deve ser declarada por esse E.

Tribunal” (fl. 04);

2) “Frise-se que no curso do Processo Administrativo nº 54160.002268/2006-76, a ora Impetrante ingressou com requerimento informando que a Fazenda aqui em referência, juntamente com outras duas (02), estão sendo objeto de ação rescisória de contrato de promessa de compra e venda o qual figura como promitente comparadora e como promitente vendedor o Sr. Paulo Roberto Sampaio dos Santos, motivo pelo qual solicitou, dentre outros pedidos, a intimação de todos os atos processuais a partir daquele momento, alegando ainda ter tido o seu direito de defender-se supostamente violado pelo Instituto agrário” (fl. 05);

3) “É cediço que o contrato de promessa de compra e venda então noticiado pela Impetrante não caracteriza transferência de domínio do imóvel, sendo certo ainda que tal fato sequer foi levado a registro à margem da matrícula do imóvel no CRI do Município de Maracás” (fl. 05); e

4) “Ademais, por relevante, registre-se a existência de sentença (doc. 05) favorável ao impetrado Paulo Roberto Sampaio dos Santos, declarando a rescisão do contrato celebrado com a impetrante e reintegrando aquele no imóvel em questão, tudo a impor a cassação da liminar deferida” (fl. 06).

Foi indeferida a concessão do efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento, mediante a decisão de fls. 72–74.

A agravada apresentou resposta às fls. 78–85.

Informações prestadas pelo MM. Juízo Federal *a quo* às fls. 123–124.

O d. Ministério Público Federal ofereceu parecer às fls. 131–134, opinando pelo improvido do recurso.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo: — Por vislumbrar presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do presente recurso.

Faz-se necessário mencionar, de início, que a r. decisão agravada, naquilo que, *concessa venia*, reputo como o mais importante para o deslinde do feito, encontra-se vazada nos seguintes:

Em juízo sumário de cognição, verifico que o caso é para deferimento do pleito de liminar, uma

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Mário César Ribeiro e Hilton Queiroz.

vez que, do cotejo entre as alegações expendidas na inicial e o acervo probatório colacionado, ficou demonstrada a plausibilidade da pretensão da impetrante ao afirmar a existência de direito líquido e certo seu, que vem sendo violado por ato da Administração.

Com efeito, a impetrante, em função do contrato de promessa de compra e venda que celebrou com o Sr. Paulo Roberto Sampaio dos Santos, foi imitada na posse da Fazenda Serra Grande, nos termos da cláusula sétima da aludida avença (fl. 268). Saliente-se que não foi negado em qualquer momento que a impetrante permanece na posse do aludido imóvel.

Contudo, não foi dada ciência formal à Impetrante acerca da existência de processo de desapropriação do imóvel, para fins de reforma agrária, não lhe sendo permitido, outrossim, manifestar-se sobre os atos nele praticados, sob o argumento de que não detém ela a propriedade do bem.

E a presente questão não deve ser analisada apenas sob o prisma do domínio.

É certo que a mera celebração do contrato de promessa de compra e venda não transmite a propriedade. É certo, também, que não foi feita nem mesmo a averbação do referido instrumento na matrícula do imóvel.

Todavia, não se pode olvidar que a posse é direito real que possibilita ao seu detentor o exercício do poder de ingerência sócio-econômica sobre o bem.

Assim, fica claro que o detentor da posse tem legítimo interesse em ter a ciência e participar efetivamente de todos os atos de um eventual procedimento de desapropriação do imóvel possuído em virtude dos efeitos que podem ser desencadeados em seu patrimônio jurídico, bem como pelo fato de ser quem detém a condição mais adequada para demonstrar que o bem cumpre a sua função social.

Pode demonstrar o possuidor que, pelo grau de utilização da terra e de eficiência na exploração do bem, o imóvel não se qualifica como improdutivo, não se enquadrando entre aqueles passíveis de serem desapropriados.

O possuidor tem interesse também na própria avaliação feita no imóvel pelo poder público expropriante, uma vez que eventual indenização que lhe for devida pelo proprietário, levará em conta as possíveis benfeitorias que realizou no bem e que foram objeto de análise no procedimento expropriatório.

No que tange à prévia comunicação prevista na Lei 8.629/93, art. 2º, § 2º, a interpretação do dispositivo que se mostra mais consentânea com o objetivo da norma é aquela que entende não ser exaustiva a enumeração nele constante, podendo, ou melhor, devendo ser notificado aquele que detiver

a efetiva posse do imóvel, independentemente de existência de título de domínio.

É conveniente registrar, por outro lado, que o domínio sobre o bem está sendo objeto de litígio judicial e a despeito de a sentença de 1ª instância ter sido favorável ao proprietário original, o decisum ainda não transitou em julgado, pelo que a situação pode ser revertida, o que pode ensejar, caso seja pago algum valor ao Sr. Paulo Roberto Sampaio dos Santos, prejuízos para a União.

3. Pelo exposto, DEFIRO A LIMINAR determinando a suspensão de todo e qualquer ato praticado no processo administrativo de desapropriação da Fazenda Serra Grande sem a participação da Impetrante, obstando-se a realização de qualquer ato de pagamento administrativo em favor de Paulo Roberto Sampaio dos Santos (fls. 12/14).

Afigura-se, *data venia*, que não merece ser reformada a r. decisão agravada, haja vista o disposto no § 3º, art. 7º, da Lei Complementar 73/1996 no sentido de que, *in verbis*:

Art. 7º A citação do expropriando será feita na pessoa do proprietário do bem, ou de seu representante legal, obedecido o disposto no art. 21 do Código de Processo Civil.

[...]

§ 3º Serão intimados da ação os titulares de direitos reais sobre o imóvel desapropriando.

Como bem ponderado na r. decisão agravada, “[...] a presente questão não deve ser analisada apenas sob o prisma do domínio” (fl. 12).

E, sob essa perspectiva, devem ser garantidos aos titulares de direitos reais sobre o imóvel expropriando os instrumentos jurídicos necessários para o acompanhamento e impugnação do feito expropriatório, em face de seu evidente interesse jurídico e financeiro na questão.

No caso dos autos, como apontado pelo MM. Juízo Federal impetrado, a ora agravada, na condição de detentora da posse do imóvel em questão, “[...] tem legítimo interesse em ter a ciência e participar efetivamente de todos os atos de um eventual procedimento de desapropriação do imóvel possuído, em virtude dos efeitos que podem ser desencadeados em seu patrimônio jurídico, bem como pelo fato de que detém a condição mais adequada para demonstrar que o bem cumpre a sua função social” (fl. 126).

É certo afirmar que os contratos de promessa de compra e venda transmitem ao promitente comprador direito real sobre o bem adquirido, desde que registrados, o que, *concessa venia*, não ocorreu na hipótese dos autos.

Acrescente-se, todavia, a possibilidade de incidir, na espécie, o disposto no Enunciado 84 da Súmula do egrégio Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.

Também não há como prosperar, *data venia*, a alegação da “[...] existência de sentença (doc. 5) favorável ao impetrado Paulo Roberto Sampaio dos Santos, declarando a rescisão do contrato celebrado com a impetrante e reintegrando aquele no imóvel em questão [...]” (fl. 6), haja vista o noticiado, nos autos, no sentido de que o mencionado *decisum* é objeto de recurso de apelação, interposto pela impetrante, ora agravada, ainda pendente de julgamento no Tribunal de Justiça da Bahia.

Mencione-se, a propósito, o seguinte precedente jurisprudencial desta egrégia Quarta Turma, que entendo *data venia* aplicável ao presente caso:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE
DECLARAÇÃO. DESAPROPRIAÇÃO. AÇÃO

ANULATÓRIA. LEGITIMIDADE ATIVA. PROMITENTE-COMPRADOR. ART. § 2º, ART. 2º, LEI N. 8.629/93.

1. O promitente comprador, na qualidade de sujeito de um direito real sobre o imóvel tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança e propor ação para a defesa de seus direitos.

2. Tem, ainda, o compromissário-comprador direito à notificação prevista no § 2º do artigo 2º da Lei 8.629/93.

3. Embargos de Declaração acolhidos para suprir as omissões apontadas, sem efeito modificativo.

(TRF 1ª Região, EDAG 2005.01.00.039964-9/GO, relator Des. Federal Mário César Ribeiro, 4ª Turma, julgado por unanimidade em 24/03/2008, publicado no *e-DJF1* de 11/04/2008, p. 70).

Não se vislumbra, assim, *data venia* de eventual posicionamento em contrário, fundamento jurídico a ensejar a reforma da r. decisão recorrida.

Diante disso, nego provimento ao presente agravo de instrumento, nos termos acima expostos, a fim de manter a r. decisão agravada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o voto.

Quinta Turma

Numeração única: 0005081-51.2004.4.01.4000

Apelação/Reexame Necessário 2004.40.00.005083-2/PI

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida
 Apelante: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT
 Procurador: Dr. Marcelo Passos Lacerda
 Apelado: Romero Simon Costa e Silva
 Advogados: Dr. Everaldo Barbosa Dantas e outros
 Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara/PI
 Publicação: *e-DJF1* de 28/10/2011, p. 696

Ementa

Civil. Responsabilidade civil. Danos materiais e morais. Acidente em rodovia com morte. Motorista carreteiro. Existência de lombadas na pista. Ausência de sinalização. Responsabilidade objetiva do Estado.

I. A Constituição acolhe a teoria da responsabilidade objetiva da Administração por atos de seus agentes, bastando para sua responsabilização que a vítima demonstre o dano e o nexa causal para justificar a obrigação do Estado indenizar (CF, art. 37, § 6º).

II. A existência de lombadas em trecho de rodovia, utilizada como redutor de velocidade, e sem a devida sinalização, afronta o disposto no parágrafo único do art. 94 do Código de Trânsito Brasileiro e faz incidir a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, mormente porque demonstrado o nexa causal entre o evento morte e a existência irregular de lombadas na rodovia.

III. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a fixação de indenização, por danos materiais, decorrentes de morte, deve dar-se em valor correspondente a 2/3 (dois terços) da remuneração auferida pelo falecido, quando em vida, uma vez que pelo menos 1/3 do salário seria gasto para sustento da própria vítima, na hipótese de ainda estar viva.

IV. Conforme jurisprudência mansa e pacífica desta Quinta Turma, os danos morais não podem constituir enriquecimento sem causa nem ser tão insignificante que não constitua um desestímulo a prática reiterada de ato danoso.

V. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento, em parte, à apelação e à remessa oficial.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 17/10/2011.

Desembargadora Federal *Selene Almeida*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal *Selene Almeida*: — Trata-se de apelação interposta pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT em face de sentença que, proferida nos autos de ação ordinária ajuizada, em 23/08/2004, por Raimundo Nonato da Silva Neto e Ivete Alves Siqueira Silva, ambos em representação ao *menor Romero Simon Costa e Silva*, julgou parcialmente procedente o pedido de condenação do apelante em indenização por danos materiais e morais decorrentes do óbito de Romero Alves Siqueira Silva (filho dos autores), vítima de acidente automobilístico ocorrido na BR 407, Km 57,9, no Distrito de Massaroca, cidade de Juazeiro/BA, em 06/09/2002, às 5:30 horas da manhã.

Houve remessa oficial.

A União foi excluída da lide (fl. 169).

O apelante (DNIT) alega, preliminarmente, irregularidade da representação judicial do menor, uma vez que a ação foi ajuizada por seus avós, que possuem tão somente a guarda do apelado. Assevera que *“a simples concessão da guarda não extingue nem suspende o poder familiar”* (fl. 177), que na hipótese, deve ser exercido pela mãe do menor, a qual possui legitimidade exclusiva para ingressar com a presente ação.

Aduz a ausência dos requisitos necessários ao dever de indenizar por parte do Estado, haja vista que os indícios apontam que a vítima foi a principal responsável pelo seu próprio infortúnio, uma vez que não restou comprovada a existência da falta do serviço público que teria, supostamente, causado o acidente.

Assevera ter havido culpa exclusiva da vítima, ou, no mínimo, culpa concorrente, uma vez que “o

acidente noticiado só pode ter resultado de imprudência e imperícia do motorista por excesso de velocidade e/ou por dormir ao volante, o que, novamente se frisa, só podia ser apurado por perícia, o que não ocorreu”. (fl. 185).

Alega, ainda, que não restou comprovado nos autos o nexo de causalidade entre o acidente e a existência de lombada na rodovia.

Pugna pela redução da pensão mensal, para 1/3 (um terço) do valor fixado na sentença; e pela redução da condenação em danos morais.

Pede, de forma alternativa: a) seja acolhida a preliminar de irregularidade de representação; b) pela reforma total da sentença para que os pedidos sejam julgados improcedentes, ante a culpa exclusiva da vítima; ou c) que, se mantida a condenação, seja deduzido do montante o valor referente ao seguro obrigatório, nos termos da Súmula 246 do STJ.

Com contrarrazões dos autores, pela manutenção da sentença (fl. 197–210).

A Procuradoria Regional da República opina pelo não provimento da apelação e da remessa oficial (fls. 217–235).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal *Selene Almeida*: — Preliminar

Afasto a preliminar de irregularidade de representação judicial do menor Romero Simon Costa e Silva.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Fagundes de Deus e Maria do Carmo Cardoso.

Conforme Certidão de Guarda, às fls. 30–31, datada de 28/11/2002, consta que aos avós paternos, Raimundo Nonato da Silva Neto e Ivete Alves Siqueira Silva, foi deferida a guarda, sustento e responsabilidade do menor Romero Simon Costa e Silva, filho de Romero Alves Siqueira Silva (falecido) e Simone Kelly Mota Costa.

Consta do referido documento que o pedido foi instruído com declaração de concordância firmada pela genitora da criança, havendo parecer favorável do Ministério Público.

Assim, detendo os apelantes a guarda do filho menor do falecido, fica afastada a alegação do DNIT de irregularidade de representação judicial do menor.

Quanto à questão, o MM Juiz *a quo* manifestou-se nos seguintes termos, *verbis*: (fl. 154):

[...]

Consta dos autos prova documental dando conta que o Poder Judiciário concedeu aos avós RAIMUNDO NONATO DA SILVA NETO e a IVETE ALVES SIQUEIRA SILVA, o Termo de Compromisso de Guarda, Sustento e Responsabilidade do menor ROMERO SIMON COSTA E SILVA, inclusive com expressa manifestação da mãe da criança anuindo com a formalização do pedido de guarda (fls. 30/31).

Assim, é possível a representação judicial do menor por seus avós, os quais detêm regularmente sua guarda. Preliminar que se impõe rejeitar.

Mérito

A princípio cumpre transcrever a narrativa do fato, conforme boletim de acidente (fl. 26) expedido, em 06/09/2002, pela Décima Superintendência Regional do Departamento de Polícia Rodoviária Federal do Estado da Bahia:

[...]

Após averiguações no local e declarações de pedestres concluímos que o VI se desenvolvia normalmente, quando foi surpreendido na pista por quebra-molas sem sinalização, perdendo o controle do veículo saindo da pista tombando em seguida.” (fl. 26)

Do referido boletim consta, ainda, as seguintes informações:

- a) testemunha e nome: não houve (fl. 26);
- b) marcas de frenagem antes do evento: 30 metros (fl. 27);
- c) distância percorrida depois do evento: 50 metros (fl. 27);

d) infrações de trânsito que possam ter contribuído para o acidente: não houve (fl. 27).

Conforme certidão de óbito, a causa do acidente foi descrita como: traumatismo crânio encefálico – capotamento de veículo (fl. 20).

Não consta dos autos requerimento para a produção de prova pericial.

Com efeito, o dispositivo da sentença, à fl. 169, restou consignado nos seguintes termos:

[...]

Ante o exposto, julgo procedente em parte o pedido, para condenar o DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES TERRESTRES – DNIT a pagar à parte autora, ROMERO SIMON COSTA E SILVA, a importância líquida e certa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a título de indenização pelo dano moral, bem como para também condená-lo a pagar pensão ao nominado menor no valor de R\$ 785,24 (Setecentos e oitenta e cinco reais e vinte e quatro centavos) por mês, desde a data do óbito de seu pai (06.09.2002 – fl. 20) até o implemento de sua maioridade (03.10.2015 – fl. 32), a título de danos materiais. Sobre as parcelas atrasadas da pensão incidirá correção monetária desde o sinistro (06.09.2002), pelos índices aprovados no referido Manual de Cálculos, acrescido de juros de mora a contar da citação (arts. 1.536, § 2º, do Código Civil, c/c art. 219 do CPC) à taxa de 6% (seis por cento) ao ano, a teor do disposto no art. 1063 do Código Civil.

Finalmente extingo o processo, sem resolução de mérito, quanto à pretensão deduzida contra a União Federal, em face de sua flagrante ilegitimidade passiva (CPC, art. 267, VI).

Isenção de custas (art. 4º, inciso I, Lei nº 9.289/96).

Honorários advocatícios, em favor do advogado da parte autora, que fixo em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a serem suportados pelo DNIT (CPC, art. 20, § 4º). Honorários advocatícios também devidos à UNIÃO, que fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais), a serem suportados pela parte autora (CPC, art. 20, § 4º).

A sentença merece ser reformada, em parte.

Para a formação do convencimento do julgador, prevalece o princípio da livre convicção do juiz, que deve ser motivada.

Da análise das informações contidas no boletim de ocorrências (fl. 26) e das fotos carregadas aos autos (fls. 37-59), restou comprovada a existência de quebra-molas (lombadas) no trecho em que ocorreu o acidente, não havendo, entretanto, qualquer indício de sinalização vertical ou horizontal indicativa de sua existência.

Dispõe a Lei 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro) em seus Capítulos VII – Da Sinalização de Trânsito e VIII - Da Engenharia de Tráfego da Operação, da Fiscalização e do Policiamento Ostensivo de Trânsito:

Art. 80. Sempre que necessário, será colocada ao longo da via, sinalização prevista neste Código e em legislação complementar, destinada a condutores e pedestres, vedada a utilização de qualquer outra.

§ 1º A sinalização será colocada em posição e condições que a tornem perfeitamente visível e legível durante o dia e a noite, em distância compatível com a segurança do trânsito, conforme normas e especificações do CONTRAN.

[...]

Art. 94. Qualquer obstáculo à livre circulação e à segurança de veículos e pedestres, tanto na via quanto na calçada, caso não possa ser retirado, deve ser devida e imediatamente sinalizado.

Parágrafo único. É proibida a utilização das ondulações transversais e de sonorizadores como redutores de velocidade, salvo em casos especiais definidos pelo órgão ou entidade competente, nos padrões e critérios estabelecidos pelo CONTRAN.

Dos autos, extrai-se que a vítima (falecido) possuía vínculo empregatício com a empresa Horizonte da Amazônia Transporte Representação Ltda, e exercia a função de motorista carreteiro (fl. 34), o que demonstra que possuía habilitação para conduzir o veículo envolvido no acidente que lhe ocasionou a morte.

Do boletim de acidente constou que o veículo (carreta) se desenvolvia normalmente, não havendo registro de que a vítima tenha cometido qualquer infração de trânsito que pudesse ter contribuído para o acidente.

Com efeito, a existência de lombadas em trecho de rodovia, utilizada como redutor de velocidade, e sem a devida sinalização, como ocorrido nos presentes autos, afronta o disposto no parágrafo único do art. 94 do Código de Trânsito Brasileiro, e faz incidir a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, mormente porque demonstrado o nexo causal entre o evento morte e a existência irregular de lombadas na rodovia.

A Constituição acolhe a teoria da responsabilidade objetiva da Administração por atos de seus agentes, bastando para sua responsabilização que a vítima demonstre o dano e o nexo causal para justificar a obrigação de o Estado indenizar (CF, art. 37, § 6º). Afasta-se, porém, a responsabilidade da Administração em caso

de culpa exclusiva da vítima ou de terceiro e ainda na hipótese de caso fortuito ou força maior.

Nesse sentido, confira-se, *mutatis mutandis*:

CIVIL, PROCESSO CIVIL E CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO RETIDO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ATROPELAMENTO EM LINHA FÉRREA. MORTE DA VÍTIMA. FERROVIA DEVIDAMENTE CERCADA. EXISTÊNCIA DE PASSAGEM A CEM METROS DO LOCAL DO ACIDENTE. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL.

1. “Por força do art. 1º da Lei 11.483/2007 (conversão da Medida Provisória 353/2007), foi encerrado o processo de liquidação e extinta a Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA’. De acordo com o art. 2º, I, “a União sucederá a extinta RFFSA nos direitos, obrigações e ações judiciais em que esta seja autora, ré, assistente, oponente ou terceira interessada”, ressalvadas as demandas de natureza trabalhista.”

2. Conforme a dicção do artigo 327 do CPC, “... se o réu alegar qualquer das matérias enumeradas no art. 301, o juiz mandará ouvir o autor no prazo de 10 (dez) dias, permitindo-lhe a produção de prova documental”. Todavia, a Ré não arguiu qualquer preliminar em sua contestação, de modo que a réplica não deve ser admitida, sob pena de se colocar o réu em desvantagem no processo. Agravo desprovido.

3. A responsabilidade civil da Administração Pública por ato comissivo é objetiva, de acordo com o art. 37, § 6º da Constituição Federal, ou seja, independe de avaliação de culpa de seu agente. De ressaltar, entretanto, que a responsabilidade imputada ao Estado, nesse caso, fica afastada na ocorrência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, por ausência de nexo causal.

4. Não é possível a ninguém prever a existência de uma pessoa caminhando sobre os trilhos de uma ferrovia durante a madrugada, em local ermo, circunstâncias que tornam inviável a exigência de que o maquinista pudesse ter freado o trem, ainda mais ante a dificuldade de se enxergar alguma coisa numa estrada completamente escura.

5. Pela análise do Inquérito Policial, infere-se que a vítima estava retornando de uma boate durante a madrugada, quando resolveu atravessar a linha do trem para chegar mais rapidamente até a sua casa, não obstante estar a cem metros da estrada que dava acesso à sua residência. Também não restam dúvidas quanto ao fato de que a linha, localizada em área rural, estava cercada de ambos os lados, conforme foi afirmado pelo pai e pelo primo do falecido.

6. A vítima, homem adulto de 30 anos, pessoa sem qualquer histórico de problemas mentais, resolveu por sua conta e risco atravessar local que qualquer cidadão comum sabe não ser destinado

para a passagem de pedestres. Com efeito, não é razoável admitir-se que um adulto em sã consciência não tenha a noção de que uma ferrovia cercada por ambos os lados não deve ser atravessada, por representar perigo de atropelamento por um trem que esteja passando por aquele trecho.

7. Inegável, na espécie, a configuração da culpa exclusiva da vítima, na medida em que esta fez uso indevido de um local voltado exclusivamente para o tráfego ferroviário, sendo certo que sua conduta imprudente foi a única causa do acidente que culminou em sua morte. Ademais, como bem observou a sentença, o Decreto nº. 2.089/63 veda expressamente em seu artigo 70, § 1º, o trânsito de pedestres no leito da estrada, inclusive prevendo a aplicação de multa.

8. Apelação da Autora desprovida.

(AC 0044624-86.2001.4.01.9199/MG, rel. Des. Federal Fagundes de Deus, Juiz Federal Pedro Francisco da Silva (conv.), Quinta Turma, e-DJF1, p. 275, de 12/03/2010.)

Assim, demonstrado o dano, decorrente do óbito do condutor da carreta, e o nexa causal entre tal evento e a existência irregular de lombadas, e não havendo indícios da existência de culpa exclusiva ou concorrente da vítima, há que ser aplicada a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, devendo haver a condenação do DNIT na reparação dos danos causados.

Conquanto tenha sido demonstrada a responsabilidade objetiva do DNIT em reparar o dano, entendo que *deve ser reformada a sentença no que diz respeito ao quantum indenizatório fixado pelo Juízo a quo*.

Consta da cópia da Carteira de Trabalho juntada aos autos (fl. 34), que a vítima (falecido) recebia, da empresa Horizonte da Amazônia Transporte Representação Ltda., a remuneração de R\$ 785,24 (setecentos e oitenta e cinco reais e vinte e quatro centavos) pela função de motorista carreteiro.

O MM. Juiz *a quo*, a título de danos materiais, condenou o DNIT no pagamento de pensão ao filho menor da vítima (falecido), fixada no valor de R\$ 785,24 (setecentos e oitenta e cinco reais e vinte e quatro centavos) por mês, desde a data do óbito de seu genitor (06/09/2002) até o implemento de sua maioria (03/10/2015). (fl. 169)

A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a fixação de indenização, por danos materiais, decorrentes de morte, deve dar-se em valor correspondente a 2/3 (dois terços) da remuneração auferida pelo falecido, quando em vida, uma vez que

pelo menos 1/3 do salário seria gasto para sustento da própria vítima, na hipótese de ainda estar viva.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte, *mutatis mutandis*:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. MPF. REQUERIMENTO DE PROVAS. LEGITIMIDADE. INTELIGENCIA DO ART.82,II DO CPC. PROVAS NÃO INDICADAS NA INICIAL. RITO SUMÁRIO. POSSIBILIDADE. CONVERSÃO DO RITO. ART.277,§§4º E 5º DO CPC. AGRAVO RETIDO IMPROVIDO. ATUAÇÃO LEGAL DO MPF. FEITO DE INTERESSE DE INCAPAZES. DOCUMENTOS. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA. CONTRARIEDADE AO ART.398 DO CPC NÃO COMPROVADA. PRELIMINARES REJEITADAS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA UNIÃO. NEXO CAUSAL E AUTORIA COMPROVADOS. SENTENÇA CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. INCIDENCIA DA REGRA DO ART. 935 DO CÓDIGO CIVIL. PENSIONAMENTO DEVIDO NOS TERMOS DO ART. 948,II DO CC DE 1916 VIGENTE NA DATA DO FATO. REDUÇÃO DA PENSÃO EM 1/3. TERMO FINAL MODIFICADO. DANOS MORAIS DEVIDOS. EFEITOS FINANCEIROS DA CONDENAÇÃO. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 43 E 186 DO STJ.

1. Agindo como fiscal da lei o Ministério Público pode, em decorrência de expressa autorização legal, juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade (art.82,II do CPC). A limitação ao regime de provas na ação sumária é fixada como benefício para a parte e não impede possam ser elas requeridas em momento posterior, caso em que o rito é convertido em ordinário, consoante regra inserida nos §§ 4º e 5º do art.277 do CPC. Agravo retido a que se nega provimento.

2. Intervenção do MPF que se coaduna com o comando do art. 82,I do CPC. Ausente violação ao preceito do art.398 do CPC quando não indicados os documentos que teriam sido juntados sem manifestação da parte contrária, tornando impossível a averiguação de sua eventual influência para o julgamento da causa. Preliminares rejeitadas.

3. A Constituição da República de 1988 dotou a teoria da responsabilidade objetiva da Administração por atos de seus agentes. Para a responsabilização da Administração, devem ser comprovados o dano e o nexa causal que justificam a obrigação do Estado indenizar. Caso em que a sentença criminal condenatória transitada em julgado é suficiente a esta prova. Ausência de caso fortuito e a força maior que se afirma.

4. Não tendo a vítima contribuído para o acidente que lhe tirou a vida, está presente o nexa de causalidade que justifica a necessidade da União indenizar os prejuízos materiais e morais sofridos.

5. Impossibilidade de compensação com pensão previdenciária conforme entendimento jurisprudencial

6. Sentença que se reforma parcialmente, tendo em vista a jurisprudência pacífica desta Corte no sentido de que a fixação de indenização, por danos materiais, decorrentes de morte, deve corresponder a 2/3 (dois terços) da remuneração auferida pelo de cujus, quando em vida compatível com o princípio da razoabilidade e bastante à satisfação das necessidades familiares, tendo em vista que pelo menos 1/3 do salário mínimo seria gasto pela vítima, para o seu próprio sustento, se viva estivesse.

7. Redução do termo final do pensionamento para a data em que os filhos da vítima completem 21 anos. Modificação do idêntico termo para a viúva até 06.04.2037, data em que o de cujus completaria 71 anos de idade e 1 mês, tempo médio de vida do brasileiro consoante aferição do IBGE.

8. Danos morais mantidos em 100 (cem) salários mínimos no total para a viúva e os dois filhos que se mantêm, valor razoável e compatível com a situação demonstrada nos autos.

10. Efeitos financeiros e correção monetária devidos na forma como fixados, em prestígio ao enunciado das súmulas 43 e 186 do STJ.

11. Apelação da União e remessa oficial parcialmente providas.”

(AC 1999.30.00.000578-8/AC, rel. Des. Federal Selene Almeida, Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva (conv.), Quinta Turma, e-DJF1, p. 444, de 29/10/2009.)

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DNIT. DEVER DE CONSERVAR RODOVIAS FEDERAIS. OMISSÃO. BURACO NA BR 101. OMISSÃO CAUSAL DO ACIDENTE. MORTE. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DEVER DE INDENIZAR.

1. Consoante boletim de ocorrência lavrado pela Polícia Rodoviária Federal, ilustrado por croqui da dinâmica do choque, o veículo conduzido pelo companheiro da Autora “trafegava normalmente quando ao cair no buraco desgovernou-se, causando acidente”. Igualmente, testemunhas que presenciaram o acidente apontam como causa determinante para o evento a existência de buraco na rodovia federal pela qual transitavam.

2. “O boletim de ocorrência feito por policial rodoviário federal, o qual chegou ao local minutos após o acidente, serve como elemento de convicção para o julgamento da causa, não se equiparando com aquele boletim decorrente de relato unilateral da parte” (STJ, REsp 302.462/ES, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ de 04/02/2002).

3. Trata-se de responsabilidade por omissão, em que a causalidade é normativa, não física como ocorre no ato positivo. O indiscutível dever do extinto DNIT de conservar, sinalizar e fiscalizar as rodovias federais está expresso no Decreto-Lei n. 512/69.

4. Pacífico o entendimento de que cabe indenização por danos morais decorrentes do sofrimento pela morte de ente querido, causada pela ação de outrem (art. 186 do Código Civil).

5. Sendo família de baixa renda, a dependência econômica da mulher é presumida (art. 231, III, do Código Civil de 1916 / art. 1.566, III, do Código Civil de 2002).

6. Na esteira de precedentes deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça, a indenização por danos materiais (pensão) deve ser fixada em 2/3 do salário mínimo até a data em que o companheiro da Autora completaria 65 (sessenta e cinco) anos.

7. Os juros de mora devem ser calculados no percentual de 0,5% ao mês desde a data do evento danoso (Súmula 54/STJ) até a entrada em vigor da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil) e, a partir daí pelo índice da taxa SELIC, a qual engloba juros e correção monetária. Precedentes.

8. Há que se observar que até a entrada em vigor da Lei n. 10.406/2002, a correção monetária deve ser feita pelos índices da tabela da Justiça Federal.

9. Parcial provimento ao recurso adesivo da Autora, a fim de: a) condenar o Réu ao pagamento de pensão no valor de 2/3 do salário mínimo até a data em que o companheiro da Autora completaria 65 anos; b) majorar a indenização por danos morais para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); c) condenar o Réu ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 8.000,00 (oito mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

10. Parcial provimento à apelação do DNIT e à remessa oficial, reformando a sentença, para que incidam juros moratórios de 0,5% ao mês desde a data do evento até a entrada em vigor do Código Civil, aplicação da Taxa SELIC, até o advento da Lei n. 11.960/2009 e, a partir daí, remuneração básica aplicável às cadernetas de poupança, englobando juros e correção monetária.”

(AC 2002.38.00.027351-4/MG, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1, p.139, de 09/07/2010.)

Assim, reduzo a condenação em danos materiais para 2/3 (dois terços) do valor do salário percebido pela vítima (falecido).

No que diz respeito à condenação em danos morais, entendo que também não deve ser reduzido o seu valor.

Conforme jurisprudência mansa e pacífica desta Quinta Turma, os danos morais não podem constituir enriquecimento sem causa nem ser tão insignificante que não constitua um desestímulo a prática reiterada de ato danoso.

Na presente hipótese, considerando que a perda do genitor para uma criança significa uma alteração

profunda na sua vida, e a finalidade da reparação, entendo razoável a fixação da indenização por danos morais no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), uma vez que se mostra compatível com a situação demonstrada nos autos.

A propósito, o seguinte precedente da Quinta Turma deste TRF1:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CEF. EMPRÉSTIMO. CONSIGNAÇÃO EM FOLHA. PARCELAS REGULARMENTE PAGAS. COBRANÇA DE DÉBITO. ERRO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. INCLUSÃO INDEVIDA DO NOME DE CLIENTE EM CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL INDENIZÁVEL.

1. Não há dúvida de que houve o regular desconto das parcelas do empréstimo na folha de pagamento da cliente da Ré, conforme comprovam os contracheques juntados aos autos pela Autora.

2. Não tendo a CEF sido diligente ao garantir a regular operacionalização do serviço oferecido, deve a instituição financeira indenizar a Autora pelos danos morais causados, tendo em vista que a inscrição de seu nome nos cadastros do SPC constitui, sem dúvida, dano moral indenizável, independentemente da demonstração de prejuízo material. Precedentes.

3. Para a fixação do valor do dano moral, o magistrado deve se orientar pelos princípios da

razoabilidade, proporcionalidade e moderação (REsp 786239/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 13/05/2009; REsp 680207/PA, Quarta Turma, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (conv.), DJe de 03/11/2008).

4. Na espécie, o valor de R\$ 5.916,50 (cinco mil, novecentos e dezesseis reais e cinquenta centavos), arbitrado na sentença, não é excessivo, ao contrário, está abaixo dos valores fixados por esta Turma em casos análogos.

5. Apelação da CEF desprovida.

(AC 2006.33.04.001303-0/BA, rel. Des. Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma, e-DJF1, p. 80, de 19/08/2011.)

Com relação aos honorários advocatícios, mantenho-os como fixado na sentença, uma vez que se mostram razoáveis e de acordo com o art. 20, § 4º do CPC.

Diante de todo o exposto, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial para reduzir o *quantum* arbitrado a título de danos morais para R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e fixar a pensão, por danos materiais, em 2/3 (dois terços) do valor do salário percebido pelo *de cujus*.

É como voto.

Sexta Turma

Numeração única: 0003325-24.2009.4.01.3000

Apelação Cível 2009.30.00.003334-0/AC

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
 Apelante: Caixa Econômica Federal – CEF
 Advogados: Dr. Augusto Cruz Souza e outros
 Apelados: José Eloy da Costa Júnior e outro
 Advogados: Dr. Gilliard Nobre Rocha e outro
 Publicação: e-DJF1 de 03/11/2011, p. 114

Ementa

Responsabilidade civil. Imóvel financiado e com o pagamento das prestações regular colocado à venda. Notificação de desocupação. Direito de moradia e de propriedade ameaçados. Dano moral configurado. Ação comissiva da CEF. Nexa causal. Valor da indenização. Litigância de má-fé não configurada.

I – Para consubstanciar responsabilidade civil faz-se necessário identificar a conduta do agente e o resultado danoso, bem como o nexa causal, consistente num componente referencial entre a conduta e o resultado.

II – Em nosso sistema jurídico prevalece a teoria do dano direto e imediato, também conhecida como *teoria do nexa causal direto e imediato* ou *teoria da interrupção do nexa causal*. Todavia, a causa direta e imediata nem sempre será a mais próxima do dano, mas aquela que necessariamente ensejou a hipótese danosa. Nesse passo,

o julgador deve eliminar os fatos menos relevantes e verificar se determinada condição concorreu concretamente para o evento danoso e, no caso de inúmeras circunstâncias, observar qual a causa foi decisiva para a ocorrência do acontecimento.

III – É evidente o nexo de causalidade entre a ação da Caixa Econômica Federal em anunciar à venda e requerer a desocupação de imóvel pertencente a um autor e ocupado por outro - cujo mútuo habitacional encontrava-se regular - ocasionando abalo pessoal em razão da ameaça de perda da propriedade e da moradia, institutos de evidente interesse pessoal e tutelados pelos arts. 5º, XXII e 6º, *caput*, da Constituição Federal, a ensejar indenização por dano moral, consoante arts. 186, 187 e 927 do Código Civil.

IV - Nas ações de reparação de dano moral, o juiz não fica jungido ao *quantum* pretendido pelo autor (STJ - AgRg no Ag 701.289/RJ). No cálculo da indenização, o julgador deve atuar com razoabilidade, observando o caráter indenizatório e sancionatório de modo a compensar o constrangimento suportado. Caso em que o *decisum* recorrido não se revelou razoável ao compatibilizar a pretensão compensatória com o princípio do não enriquecimento sem causa, devendo ser reduzida a indenização de R\$ 15.000,00 para R\$ 5.000,00 para cada autor, desde a data da prolação da sentença. Quantia que certamente poderá minorar o sofrimento provocado diante da iminência da perda de moradia e propriedade em razão de ato comissivo e irregular do agente financeiro, sem, no entanto, revelar enriquecimento sem causa.

V – Não há falar em litigância de má-fé a ensejar a multa do art. 18 do CPC na hipótese em que a parte sucumbente recorre apresentando os fundamentos que entende correlatos, tendo presente o pleno exercício de direitos garantidos na lei processual.

VI – Apelação da CEF parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 24/10/2011.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:
— José Eloy da Costa Júnior e Jacira Rocha da Costa propuseram ação de indenização por danos morais em desfavor da Caixa Econômica Federal tendo em vista que a Empresa Pública ofertou irregularmente para comercialização o imóvel ocupado pelo primeiro autor e de propriedade da segunda autora, sem que houvesse inadimplemento do contrato de financiamento habitacional que a mutuária possui com a instituição financeira.

2. Ao examinar a demanda, o MM. Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Acre julgou procedente o pedido em sentença com o seguinte dispositivo:

Em razão do exposto, julgo procedente o pedido formulado por JOSÉ ELOY DA COSTA e JACIRA ROCHA DA COSTA contra a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL e condeno a ré a pagar aos autores a quantia de R\$ 15.000,00 (cinco mil reais), para cada um, a título de danos morais. O valor será corrigido a partir desta data (23/11/2010), conforme o enunciado da Súmula 362, do STJ, devendo

incidir juros de mora de 1% ao mês, a partir de 12/06/2009 (fl. 26), data em que os autores tomaram conhecimento do anúncio indevido de venda do imóvel financiado.

Também condeno a ré a excluir de seu site a oferta para venda do apartamento tratado no feito.

Fica resolvido o mérito da causa, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Desnecessário o reembolso das custas, tendo em vista a assistência judiciária gratuita deferida aos autores. Honorários pela CAIXA, que fixo em 10% do valor da condenação.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Após o trânsito em julgado, promova a ré o pagamento dos valores, no prazo de 15 (quinze) dias, independentemente de nova intimação (Resp. 954.859, STJ), sob pena de multa de 10%, conforme o disposto no art. 475-J do Código de Processo Civil.

3. Inconformada, a Caixa apela com o argumento de que a hipótese revelou mero dissabor em razão de equívocos que não repercutiram no patrimônio moral dos autores e seriam capazes de solução na esfera administrativa que não foi acionada na ocasião. Requer, caso se compreenda pela existência de dano moral, a diminuição do valor da condenação, por

entender que a indenização foi estipulada em valores desproporcionais aos danos alegados.

4. Com as contrarrazões (fls. 158–162), pugnando pela manutenção da sentença recorrida e aplicação de multa em desfavor da CEF por litigância de má-fé, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — Cuida-se apelação interposta pela Caixa Econômica Federal visando a reforma da sentença que julgou procedente pedido de indenização por danos morais e condenou a Empresa Pública ao pagamento de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a cada um dos autores.

2. Para a atribuição de responsabilidade civil faz-se necessário a presença de elementos essenciais. Por um lado, a conduta do agente e o resultado danoso, por outro, o nexo causal, consistente num componente referencial entre a conduta e o resultado. Dessa forma, a indenização só pode ocorrer quando ficar estabelecido que a ação ou omissão do agente tenha provocado dano a certa pessoa. Nesse ponto, destaco o seguinte excerto da jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito).

(Grifei). (REsp 858511/DF, rel. Min. Luiz Fux, rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJe 15/09/2008).

3. No tocante ao nexo de causalidade, prevalece em nosso sistema jurídico a teoria do dano direto e imediato, também conhecida como *teoria do nexo causal direto e imediato* ou *teoria da interrupção do nexo causal*. Todavia, a causa direta e imediata nem sempre será a mais próxima do dano, mas aquela que necessariamente o ensejou. O julgador deve, assim, eliminar os fatos menos relevantes e verificar se determinada condição concorreu concretamente para o evento danoso e, no caso de inúmeras circunstâncias,

observar qual causa foi decisiva para ocorrência do acontecimento.

4. Vale lembrar julgado do excelso Pretório, da lavra do eminente Min. Celso de Mello, tendo em vista seu caráter elucidativo e pedagógico:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO
- PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS QUE DETERMINAM A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO
- O NEXO DE CAUSALIDADE MATERIAL COMO REQUISITO INDISPENSÁVEL À CONFIGURAÇÃO DO DEVER ESTATAL DE REPARAR O DANO - NÃO-COMPROVAÇÃO, PELA PARTE RECORRENTE, DO VÍNCULO CAUSAL - RECONHECIMENTO DE SUA INEXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS-SOBERANIA DE SE PRONUNCIAMENTO JURISDICCIONAL EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA - INVIABILIDADE DA DISCUSSÃO, EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA, DA EXISTÊNCIA DO NEXO CAUSAL - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA (SÚMULA 279/STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

- Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o “*eventus damni*” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes.

- O dever de indenizar, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, supõe, dentre outros elementos (RTJ 163/1107-1109, v.g.), a comprovada existência do nexo de causalidade material entre o comportamento do agente e o “*eventus damni*”, sem o que se torna inviável, no plano jurídico, o reconhecimento da obrigação de recompor o prejuízo sofrido pelo ofendido.

- A comprovação da relação de causalidade - qualquer que seja a teoria que lhe dê suporte doutrinário (teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade necessária ou teoria da causalidade adequada) - revela-se essencial ao reconhecimento do dever de indenizar, pois, sem tal demonstração, não há como imputar, ao causador do dano, a responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos pelo ofendido. Doutrina. Precedentes.

[...]

(RE 481110 AgR, relator: Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 09/03/2007, p. 50).

5. À luz dos pressupostos acima delineados é que se examina a presente matéria.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro e Carlos Moreira Alves.

6. O caso dos autos revela que os autores José Eloy da Costa Júnior e Jacira Rocha da Costa ocupam, respectivamente, a condição de morador/possuidor e proprietária do Apartamento 104, Bloco 4, 400, situado no condomínio Monterrey, Rio Branco – AC, imóvel financiado pela Caixa Econômica Federal, cujas parcelas encontram-se regularmente adimplidas. Todavia, embora a mutuária venha cumprindo com as obrigações contratadas, a Caixa Econômica Federal disponibilizou seu apartamento à venda na rede mundial de computadores, por intermédio de seu site oficial (fl. 26) e, em seguida, notificou o morador para desocupar o imóvel no prazo de 15 dias, na forma do documento de fl. 104, abaixo transcrito:

Rel.: Rua Particular, Cod. Moterrey, Bl. IV, AP 104, 400,00

Ilmo(a). Sr(a).

ANTONIO RIBEIRO BARROSO OU JOSÉ ELOY ou quem residir

A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, instituição financeira sob forma de empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado, criado pelo Decreto Lei nº 759/69, de 12/08/69, regendo-se pelo estatuto vigente à época da contratação, com sede em Brasília – DF, por meio de sua Gerência de Alienação de Bens Móveis e Imóveis – Filial Belém Extensão Rio Branco, Situada à Rua coronel José Galdino, nº 495, 3º andar, Bosque, Rio Branco – AC, vem a V. Sa. Pela presente NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL, comunicar que o imóvel atualmente ocupado por V. Sa., de propriedade da Caixa Econômica Federal, havido por arrematação/ adjudicação, mediante execução extrajudicial, na forma Decreto Lei nº 70/66, está a venda por meio de Concorrência Pública conforme Lei 8.666/93, e deverá ser desocupado no prazo de 15 (quinze) dias, contados do recebimento da presente notificação.

Qualquer esclarecimento poderá ser obtido pelo telefone (68) 3302-3579.

7. Consta dos autos planilha de evolução do financiamento que demonstra a regularidade do pagamento das parcelas ajustadas com a instituição financeira, hipótese reconhecida pela CEF que, aliás, também reconheceu - à fl. 125 - divergência na identificação do endereço em relação ao imóvel objeto desta lide e apartamento diverso que havia arrematado em execução extrajudicial.

8. No caso, é evidente o nexos de causalidade entre a ação da Empresa Pública em anunciar à venda e requerer a desocupação de imóvel pertencente a um autor e ocupado por outro, ocasionando abalo pessoal em razão da ameaça de perda da propriedade e da moradia, institutos de evidente interesse pessoal e

tutelados pelos arts. 5º, XXII e 6º, *caput*, da Constituição Federal.

9. Desse modo, sem razão a Caixa ao argumentar que a hipótese revela tão somente “*caso de equívoco sem maiores repercussões, que poderia muito bem ter sido resolvido na instância administrativa [...]*” (f. 149). A propósito, não parece que os autores teriam melhor tratamento na esfera administrativa tendo presente a resistência da Empresa Pública em dirimir a querela na fase processual, senão vejamos os acontecimentos:

a) A fl. 26 os Autores comprovaram o anúncio de venda do imóvel promovido pela CEF em seu site oficial;

b) Em 7 de agosto de 2009, a CEF notificou o morador para desocupar o imóvel (fl. 104);

c) Na data de 13/08/2009 a CEF protocolizou contestação ao argumento de que a Autora não é nem foi proprietária do imóvel objeto da lide;

d) Na audiência de 10/9/2009 a Instituição Financeira limitou-se a requerer a suspensão do feito por 30 dias (fl. 112). À fl. 119 o Juízo Federal concedeu dilação do prazo por mais 30 dias, em atendimento a requerimento da Caixa juntado à fl. 116. Todavia, mesmo diante da dilação do prazo, a CEF nada alegou, conforme se vê da certidão de fl. 120.

e) No documento protocolizado em 13 de agosto de 2010 a CEF esclarece a divergência identificada entre o número do imóvel da Autora e outro por ela arrematado.

10. A evolução dos fatos demonstra pouco interesse volitivo da Empresa Pública em dirimir a querela. Note que, intimada em 23 de julho de 2009, só em 13 de agosto de 2010 a Caixa reconheceu a divergência entre os endereços dos imóveis.

11. Não fora isso, “*sendo certo que a caracterização da responsabilidade objetiva requer, apenas, a ocorrência de três pressupostos: a) fato administrativo: assim considerado qualquer forma de conduta comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público; b) ocorrência de dano: tendo em vista que a responsabilidade civil reclama a ocorrência de dano decorrente de ato estatal, latu sensu; c) nexos causal: também denominado nexos de causalidade entre o fato administrativo e o dano, consecutivamente, incumbe ao lesado, apenas, demonstrar que o prejuízo sofrido adveio da conduta estatal, sendo despiciendo tecer considerações sobre o dolo ou a culpa.*” (REsp 944.884/RS, rel. Min. Francisco Falcão, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 18/10/2007, DJe 17/04/2008).

12. Por tudo, tenho que o imbróglio causado pela CEF teve o condão de por em xeque o direito de propriedade e de moradia legitimamente exercido pelos autores, hipótese a ensejar indenização por danos morais. Até porque, ter a credibilidade notadamente afetada em virtude de ação comissiva de agente público, para a qual os autores em nada concorreram, agindo sempre de boa-fé, denota violação ao patrimônio moral que deve ser ressarcido pelo agente causador. Hipótese em que se configura a conduta e resultado danoso diante de visível nexo de causalidade conformando responsabilidade do agente financeiro diante do particular, a teor dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil.

13. Desse modo, resta examinar o valor da indenização.

14. Ao quantificar a indenização por dano moral o julgador deve atuar com razoabilidade, observando o caráter indenizatório e sancionatório de modo a compensar o abalo suportado, sem caracterizar enriquecimento ilícito. Ou seja, “[...] a indenização a esse título deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.” (REsp 245727/SE, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, DJ 05/06/2000 p. 174).

15. É certo que o choque e a perturbação sofridos pelos autores diante da iminência da perda de moradia e da propriedade, institutos tutelados na Carta Política de 1988 (arts. 5º, XXII e 6º), são capazes de causar forte abalo emocional a ensejar a reparação pela via de indenização pecuniária, máxime quando o fato decorre de ação comissiva de agente público, cujo desiderato, entre outros, é a administração dos contratos de mútuos habitacionais jungidos ao Sistema Financeiro da Habitação.

16. Todavia, “A indenização por dano moral não é preço matemático, mas compensação parcial, aproximativa, pela dor injustamente providada” (REsp 617.131/MG, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 25/11/2009). Na espécie, tenho que a sentença não revelou razoabilidade condizente com o caso concreto a compatibilizar a pretensão compensatória com o princípio do não enriquecimento sem causa. Mesmo diante do abalo sofrido, é de se registrar que os valores oriundos de indenização por dano moral não tem o condão de repor o *statu quo ante* e sanar o sofrimento reconhecido. Na verdade, são verbas compensatórias que visam minimizar a dor tolerada e amenizar, pela via pecuniária, o sofrimento vivenciado pela parte.

17. Desse modo, entendo mais razoável como valor compensatório do abalo sofrido, levando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto e a condição financeira das vítimas e da Caixa Econômica Federal, que a indenização fixada no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) seja reduzida para patamar consentâneo com o dano suportado de forma razoável e proporcional no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada autor desde a data de prolação da sentença. Quantia que, notadamente, poderá minorar o sofrimento provocado sem, no entanto, revelar enriquecimento sem causa das vítimas do abalo moral.

18. Anoto que não há falar em litigância de má-fé a ensejar a multa do art. 18 do Código de Processo Civil, conforme sugerido pelos apelados em sede de contrarrazão, uma vez que a CEF, ao recorrer e apresentar os fundamentos que entende correlatos, atuou em pleno exercício de direitos garantidos na lei processual.

Pelo exposto, dou parcial provimento à apelação da Caixa Econômica Federal, tão somente para diminuir o valor da indenização para o importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada autor a partir da data de prolação da sentença recorrida.

É como voto.

Sétima Turma

Agravo de Instrumento 0012659-90.2011.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral
Agravante: Agostinho Froes da Motta – Espólio
Advogados: Dr. Juracy Pinheiro de Brito
Dr. Rubens Quaresma Santos
Agravada: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
Publicação: e-DJF1 de 04/11/2011, p. 248

Ementa

Tributário. Execução fiscal em vara federal. Exceção de pré-executividade. Prescrição ordinária. Constituição do crédito: autolançamento ou por notificação da Receita. Ausência de contraminuta: omissão da FN sobre fato relevante. Agravo de instrumento provido.

I. Embora deficiente a instrução do agravo, acolhe-se a alegação ou informação do contribuinte sobre fato relevante (data da constituição do crédito tributário) se a FN, ouvida para contraminutar o agravo, não se manifesta ou não contradita tal informação, como de seu dever legal e processual, pois a omissão da FN em juízo não pode redundar em seu benefício nem em prejuízo da contraparte.

II. Lançado o crédito tributário, notificado o contribuinte para pagamento e transcorridos 30 dias sem pagamento ou interposição de recurso administrativo, resta definitivamente constituído o crédito tributário, tendo início o lustro prescricional. Ajuizada a EF após o quinquênio, inafastável a prescrição.

III. Agravo de instrumento provido.

IV. Peças liberadas pelo relator, em Brasília, 25 de outubro de 2011, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a Turma dar provimento ao agravo de instrumento por unanimidade.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 25/10/2011.

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — Por agravo protocolizado em 1º mar. 2011, espólio de Agostinho Froes de Motta pede a reforma da rejeição de sua exceção de pré-executividade datada de 21 jan. 2011, pelo MM. Juiz Federal Fábio Ramiro, da 1ª Vara Federal da SJ de Feira de Santana/BA, nos autos da EF 2007.33.06.013184-7, ajuizada pela FN em 21 maio 2002 contra o agravante para cobrança de ITR exercício 1996 (ano base 1995) (sem informação quanto ao valor do débito).

Por petição datada de 3 set. 2008, o agravante apresentou exceção de pré-executividade, alegando prescrição, pois transcorridos mais de 5 anos entre a constituição definitiva do crédito (que alega haver ocorrido em 21 out. 1996) e a propositura da execução fiscal (em 21 maio 2002).

S. Exa. afastou a prescrição e a decadência do crédito tributário, “*uma vez que a sua inscrição relativa ao exercício de apuração 1996, ocorrera em 11/12/2001, pelo que se deduz ter a constituição do crédito tributário obedecido ao prazo decadencial de cinco anos. Ademais, a presente execução fora ajuizada em 21/05/2002, respeitando, portanto, o prazo prescricional quinquenal*”.

O agravante repisa suas alegações.

Sem resposta da FN.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — A inscrição em Dívida Ativa é mero procedimento administrativo de formalização do crédito para sua cobrança, não possuindo qualquer repercussão na contagem do prazo decadencial ou prescricional.

O ITR, consoante iterativa jurisprudência do STJ, é tributo sujeito ao lançamento por homologação. Assim, declarado e não pago (ou pago a menor), considera-se constituído o crédito tributário, sendo despendida a instauração de processo administrativo e respectiva notificação, tendo início a contagem do prazo prescricional no vencimento da exação. Esta, a jurisprudência do STJ:

[...] DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE ENÃO PAGO NO VENCIMENTO – DCTF – PRESCRIÇÃO – TERMO INICIAL.

1. Em se tratando de tributo lançado por homologação, tendo o contribuinte declarado o débito através de Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF) e não pago no vencimento, considera-se desde logo constituído o crédito tributário, tornando-se dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia.

2. Nessa hipótese, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, nesse momento é que começa a fluir o prazo prescricional.”

(STJ, REsp 673585 / PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, S1, DJ 05/06/2006 p. 238). No mesmo sentido: AgRg no Ag 951660/MG, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, T1, ac. un., DJ 04/06/2008 p. 01.

“[...] EXECUÇÃO FISCAL. PIS. DECLARAÇÃO DO DÉBITO PELO CONTRIBUINTE. FORMA DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE DE QUALQUER OUTRA PROVIDÊNCIA DO FISCO. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. DATA DA CITAÇÃO. AÇÃO DE EXECUÇÃO

PROPOSTA ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LC 118/2005.

[...]

2. Não merece censura a decisão agravada, que pautou o seu entendimento na linha de que: a) em se tratando de tributo lançado por homologação, tendo o contribuinte declarado o débito por meio de Declaração de Contribuições de Tributos Federais - DCTF, ou documento equivalente, e não-pago no vencimento, considera-se desde logo constituído o crédito tributário, tornando-se dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia; b) não pago o débito, ou pago a menor, torna-se imediatamente exigível, incidindo, quanto à prescrição, o disposto no art. 174 do CTN, de modo que, decorridos cinco anos da data do vencimento sem que tenha havido a citação no executivo fiscal, está prescrita a pretensão.

[...]

(STJ, AgRg no REsp 1031480/PB, rel. Min. José Delgado, T1, ac. un., DJe 23/06/2008)

O contribuinte aduz que o crédito tributário foi constituído por notificação de lançamento, com intimação pessoal por AR, em 21 out. 1996. A FN, regularmente intimada neste AI, não contestou tal alegação nem qualquer outra, à míngua de manifestação.

Embora deficiente a instrução do agravo, acolhe-se a alegação ou informação do contribuinte sobre fato relevante (data da constituição do crédito tributário) se a FN, ouvida para contraminutar o agravo, não se manifesta ou não contradita tal informação, como de seu dever legal e processual, pois a omissão da FN em juízo não pode redundar em seu benefício nem em prejuízo da contraparte.

Constituído o crédito tributário com a notificação e sem notícia de impugnação administrativa, ultrapassado o prazo de 30 dias sem pagamento, tem-se definitivamente constituído o crédito em 21 nov. 1996.

Ajuizada a EF somente em 21 maio 2002 e não tendo a FN apresentado qualquer causa suspensiva ou interruptiva da prescrição, inafastável a prescrição da cobrança (art. 174 do CTN).

Pelo exposto, dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Reynaldo Fonseca e Catão Alves.

Oitava Turma

Agravo de Instrumento 0036068-95.2011.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Agravante: Mude Comércio e Serviços Ltda.
Advogados: Dr. Igor Nascimento de Souza
Dr. Eduardo Pugliese Pincelli
Dr. Henrique Philip Schneider
Dr. Cássio Sztokfisz
Dra. Fernanda Donnabella Camano
Dr. Diogo de Andrade Figueiredo
Dr. Bruno Baruel Rocha
Dr. Flávio Eduardo Silva de Carvalho
Dr. Rafael Monteiro Barreto
Dr. Leonardo Augusto Bellorio Battilana
Agravada: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
Publicação: e-DJF1 de 28/10/2011, p. 1132

Ementa

Processual Civil. Competência. Art. 61 da Lei 5.010/1966. Inaplicabilidade. Juízo criminal. Apreensão de mercadorias. Auto de infração fiscal. Pena de perdimento.

I. Inaplicável o disposto no art. 61 da Lei 5.010/1966 se não há impugnação alguma quanto ao ato de apreensão das mercadorias determinado pelo juízo criminal, ou sequer pedido de liberação, apenas de declaração de nulidade da pena de perdimento (Processo Administrativo Fiscal 18050.002486/2009-37).

II. Tendo em vista que o pedido de liberação das mercadorias não foi formulado nos autos da ação originária, em que se discute a pena administrativa de perdimento, mas em outra demanda, não há risco de decisões conflitantes ou que outro juízo que não o criminal possa determinar o destino dos bens.

III. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 07/10/2011.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Neste agravo de instrumento, interposto com pedido de efeito suspensivo, Mude Comércio e Serviços Ltda. pretende a reforma da decisão proferida pelo Juízo Federal da 21ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, nos autos da Ação 57189-04.2010.4.01.3400, proposta pelo rito ordinário, declinou da competência para apreciação do feito para

o Juízo Federal da 4ª Vara Criminal da 1ª Seção de São Paulo.

A agravante defende que o objeto da ação originária é a anulação do ato administrativo que determinou a aplicação da pena de perdimento, e não da apreensão dos bens determinada pelo juízo criminal, discutida em outra demanda, esta sim em curso na 4ª Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo.

Sustenta a inaplicabilidade do art. 61 da Lei 5.010/1966, sendo inteiramente despropositado entender

que todas as questões jurídicas devem se resolver perante aquele juízo. Isso significaria transformar a Justiça Criminal num juízo universal uma vez instaurado qualquer procedimento criminal no qual tenha havido a apreensão de mercadorias que tenham entrado supostamente de forma ilegal no país.

Requer, assim, o provimento do agravo, para que seja mantida a competência do Juízo Federal da 21ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Determinei a suspensão dos efeitos da decisão agravada, no intuito de evitar tumulto processual.

Contraminuta apresentada pela Fazenda Nacional.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Conforme ressaltado na decisão anteriormente proferida, o feito originário é dependente do Processo 2009.34.00.022068-6. Aplicável ao presente caso, portanto, os mesmos fundamentos do voto proclamado no AI 36069-80.2011.4.01.0000.

Consta nos autos o relato de que foi deflagrada a *Operação Persona*, em decorrência do Procedimento Criminal Diverso 2005.61.81.009285-1, em curso na 4ª Vara Criminal da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo, com o objetivo de investigar possíveis fraudes nas importações de produtos Cisco.

As mercadorias foram apreendidas, mantidas no estoque da autora, e submetidas à análise quanto à regularidade dos procedimentos de importação. Lavrou-se o auto de infração decorrente do Processo Administrativo Fiscal 18050.002486/2009-37, no qual foi proposta a pena de perdimento das mercadorias, com fulcro no art. 23, V, e § 1º, do Decreto 1.455/1976.

O magistrado *a quo* firmou o entendimento de que *no processo apenso foi fixada a competência do juízo criminal para processar e julgar a matéria afeta à decretação da pena de perdimento dos bens apreendidos na operação policial.*

Aplicou a regra contida no art. 61 da Lei 5.010/1966, *in verbis*:

Art. 61. Na Seção em que houver Varas da Justiça Federal especializada em matéria criminal, a estas caberá o processo e julgamento dos mandados de segurança e de quaisquer ações ou incidentes

relativos à apreensão de mercadorias entradas ou saídas irregularmente do país ficando o Juiz prevento para o procedimento penal do crime de contrabando ou descaminho.

Entendo, contudo, que a prevenção do juízo criminal está limitada às ações e aos incidentes em que se discute o próprio ato de apreensão das mercadorias.

Nesse sentido:

PENAL - INCIDENTE DE RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA - DEFERIMENTO EM SEDE CRIMINAL - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - VINCULAÇÃO - IMPROVIMENTO DO RECURSO.

1.- Ao juiz que atua no feito criminal cumpre apenas decidir sobre a liberação dos bens quanto a apreensão processual, sendo-lhe vedada a manifestação sobre a constrição administrativa, matéria que refoge à sua competência.

2.- O ato administrativo que mantiver a apreensão em sede fiscal somente poderá ser examinado pelo judiciário se acionada a via própria.

3.- Improvimento do recurso.

(TRF3 - ACR 98030792490, relatora juíza federal Sylvania Steiner, DJU de 16/8/2001).

In casu, embora a apreensão das mercadorias tenha sido determinada no procedimento criminal, o que se discute nos autos da ação originária é a pena de perdimento decretada no Processo Administrativo Fiscal 18050.002486/2009-37.

O pedido inicial formulado pela empresa autora é no sentido de *se declarar a nulidade do ato administrativo que implicou a aplicação da pena de perdimento das mercadorias descritas no auto de infração originário do Processo Administrativo 18050.002486/2009-37, seja em razão do erro na sujeição passiva do lançamento, o que torna nulo o auto de infração, seja em razão de inexistirem provas que embasem as conclusões da administração, o que torna arbitrária a sanção aplicada, seja porque as operações ocorreram em consonância com legislação aplicável, sendo, portanto, inconstitucional e ilegal a pena imposta.*

Não houve impugnação alguma quanto ao ato de apreensão das mercadorias determinado pelo juízo criminal, ou sequer pedido de liberação, apenas de declaração de nulidade da pena de perdimento, o que, inclusive, afasta o receio alegado pela Fazenda Nacional de que outro juízo que não o criminal possa determinar o destino dos bens, assim como o risco de decisões conflitantes.

Conforme ressaltado pela própria agravante, *a questão da liberação das mercadorias já é objeto de*

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente e o Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado).

outra demanda, esta sim em curso perante a 4ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária de São Paulo, no Incidente de Restituição de Coisas Apreendidas (Processo 2009.61.81006124-0), o qual se encontra atualmente em sede Apelação no Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Na mesma linha de interpretação ora fixada neste voto, o douto representante do MPF opinou, quanto à preliminar de competência, nos seguintes termos:

Com efeito, o disposto no art. 61 da Lei 5010/66 não se aplica à situação presente nos autos, uma vez que o que aqui se pretende fundamentalmente é a desconstituição do ato administrativo consubstanciado no Auto de Infração originário do Processo nº 12782.000004/2009- 63, pelo qual foi decretada a pena de perdimento de bens da autora.

Ora, não nos parece que seja de competência do juízo criminal resolver sobre eventual abusividade do auto de infração fiscal, embora tenha ele resultado de apreensão procedida a partir da deflagração da operação criminal denominada "Persona" (Processo criminal nº 2005.61.81.009285-1/JFSP).

Ao revés, parece-nos que, ao aludir a "mandados de segurança e de quaisquer ações ou incidentes relativos à apreensão de mercadorias entradas ou saídas irregularmente do país", a norma mencionada não deseja fazer do Juízo criminal um "super juízo fiscal" e, sim, regular a competência

jurisdicional para os incidentes decorrentes de apreensões realizadas em sede criminal, no que tange à legalidade dos próprios atos de apreensão ou à possibilidade de restituição de bens, considerando a sua necessidade de figurar no processo penai como prova.

Nenhuma questão criminal é aventada nestes autos capaz de atrair a competência do Juízo Criminal Federal de São Paulo para o processamento desta causa.

Além disso, é possível que, no processo nº 2009.61.81.006124-0, que versa pedido de restituição de coisas apreendidas, os bens ora em poder da fiscalização tributária sejam devolvidos à Autora, se entender o Juízo Criminal competente que não têm mais valia para o processo penal a que servem de prova.

E, independentemente disso, é igualmente possível que este Juízo, acatando os argumentos expostos pela Autora, libere tais mercadorias da medida de perdimento, sem que a decisão venha a comprometer eventual interesse criminal sobre as coisas, pois, não havendo restituição por obra do Juízo criminal, as mercadorias continuarão à disposição da Justiça.

Ante o exposto, *dou provimento ao agravo de instrumento*, para que seja mantida a competência do Juízo Federal da 21ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

É como voto.

Numeração única: 0025915-75.2003.4.01.3300

Apelação Cível 2003.33.00.025899-8/BA

Recorrente: União Federal
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Recorrido: Município de Ouriolândia – BA
Procuradores: Dra. Márcia Reis Bittencourt e outro
Publicação: e-DJF1 de 28/10/2011, p. 4

Despacho

Trata-se de recurso especial interposto pela União, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pela 7ª Turma deste Tribunal, relatado pelo Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, assim ementado:

Constitucional e Financeiro — FUNDEF (art. 60, § 3º, da CF/1988) — Valor mínimo anual por aluno (VMAA): Art. 6º, § 1º, da Lei 9.424/1996.

1 – Cabível a remessa oficial se o direito controvertido da demanda excede a 60 salários-mínimos (CPC, art. 475, §2º).

2 – A prescrição em matéria financeira rege-se pelo Decreto 20.910/1932: quinquenal. Ajuizada a demanda em 24 out. 2003, prescrita a pretensão do pagamento dos repasses anteriores a 24 out. 1998.

3 – Cotejando os preceitos da Lei 9.424/1996, o conteúdo das Portarias MEC 71/2003 e 212/2003 e o parecer do Grupo de Trabalho do MEC, tem-se que a sistemática de fixação do valor mínimo nacional por aluno adotada pelo Governo Federal afronta os critérios normativos que orientam sua definição, notadamente os estabelecidos no art. 60, §3º, do ADCT c/c o art. 6º da Lei 9.424/1996.

4 – O STJ, em sede de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC), fixou que, “para fins de complementação pela União ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental - FUNDEF (art. 60 do ADCT, redação da EC 1496), o ‘valor mínimo anual por aluno’ (VMAA), de que trata o art. 6º, § 1º, da Lei 9.424/1996, deve ser calculado levando em conta a média nacional” (S1, REsp n. 1.101.015/BA, Rel. Min Teori Albino Zavascki, julg. em 26 maio 2010, DJe 2 jun. 2010).

5 – Porque a matéria é do tipo repetida, estereotipada, a verba honorária em 5% sobre o valor da causa (de alguns milhões de reais) se mostra excessiva, merecendo equitativa redução.

6 – Apelação e remessa oficial, tida por interposta, parcialmente providas.

Contra o acórdão foram opostos embargos de declaração, acolhidos, em parte, sem efeitos infringentes.

A recorrente sustenta a nulidade do acórdão recorrido, por violação ao art. 535, I e II, do CPC. Alega, também, negativa de vigência aos arts. 206, § 3º, V, do CCB c/c o art. 10 do Decreto 20.910/1932; aos arts. 1º, *caput* e § 4º, e 6º, *caput* e § 1º, da Lei 9.424/1996, ao art. 3º, § 6º, do Decreto 2.264/1997, e, por fim, ao art. 20, § 4º do CPC.

O recurso não merece ser admitido. Quanto à alegada nulidade do acórdão recorrido, a recorrente não particularizou a suposta omissão, obscuridade ou contradição, nem a ausência de fundamentação, o que impede a admissão do recurso, diante da vedação imposta pela Súmula 284 do STF: “*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia*”, como se verifica a seguir: REsp 918.650/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 18/08/2009, DJe 28/09/2009.

Em relação à violação ao art. 206, § 3º, V, do Código Civil c/c o art. 10 do Decreto 20.910/1932, constata-se que não houve o devido prequestionamento, requisito para a admissibilidade do recurso, porquanto a tese, não tendo sido levantada na apelação, somente foi cogitada quando da interposição do apelo especial, o que provoca a incidência da Súmula 282 do STF, segundo a qual “*É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada*”. Nesse sentido o seguinte julgado: REsp 641.755/PR, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Julgado Em 13/10/2009, DJE 23/10/2009.

De ressaltar-se, ainda, que, conquanto se trate a prescrição matéria de ordem pública, o STJ já decidiu que “*Até mesmo as questões de ordem pública, passíveis de conhecimento ex officio, em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, não podem ser analisadas no âmbito do recurso especial se ausente o requisito do prequestionamento*”. (REsp 789.062/MG, rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 28/11/2006, DJ 11/12/2006, p. 343.)

No que tange aos valores dos repasses e complementações, o Superior Tribunal de Justiça, em 26/05/2010, no julgamento do REsp 1.101.015/BA¹, feito submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, decidiu que “*Para fins de complementação pela União ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental - FUNDEF (art. 60 do ADCT, redação da EC 14/1996), o ‘valor mínimo anual por aluno’ (VMAA), de que trata o art. 6º, § 1º da Lei 9.424/1996, deve ser calculado levando em conta a média nacional. Precedentes*”.

Quanto à redução da verba honorária, o STJ vem relativizando a aplicação da Súmula 7, para apreciar referida tese se verificado que o valor arbitrado a esse título foi irrisório ou exorbitante e que o juízo de origem não explicitou os elementos fáticos que fundamentaram a adoção de determinada base de cálculo, percentual ou valor². No entanto, não é essa a hipótese dos autos, em que o julgado recorrido declinou, expressamente, as razões que motivaram a redução dos honorários advocatícios. Aplica-se, portanto, a já citada Súmula 7 do STJ.

Ante o exposto, *não admito* o recurso especial. Intimem-se.

Brasília, 18 de outubro de 2011.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, relator.

¹ REsp 1101015/BA, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 26/05/2010, DJe 02/06/2010.

² AgRg no REsp 1.161.472/SC, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 18/11/2010, DJe 29/11/2010; AgRg no Ag 1.100.475/SP, rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 24/08/2010, DJe 10/09/2010.

Agravo de Instrumento 0008008-15.2011.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira
Agravante: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Bruno Araújo Soares Valente
Agravado: sigiloso
Publicação: e-DJF1 de 03/11/2011, p. 103

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto de decisão (fls. 12-15) proferida nos autos da Ação Civil Pública 329120114013900, em que o Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Pará indeferiu pedido formulado pelo Ministério Público Federal para, liminarmente, impor ao ora agravado “obrigação de não fazer, consistente em abster-se de promover desmatamento da área ou qualquer outra espécie de exploração sobre a área já desmatada, sob pena de multa diária”, “obrigação de fazer, para que desocupem imediatamente a área degradada e mantenham a mesma protegida da intervenção de terceiros ou animais”, “indisponibilidade de bens, no importe suficiente ao dano coletivo material e moral”, ou “depósito integral em conta vinculada ao juízo da quantia referente ao valor bruto da comercialização da produção agropecuária na área subjudice” e “perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento oferecidas por estabelecimentos oficiais de crédito ou em incentivos e benefícios fiscais, ofertados pelo Poder Público”, fls. 4-5.

Alega o agravante: a) “os documentos anexos à inicial demonstram plenamente a ocorrência do dano ambiental causado pelo réu, em especial o autor de infração realizado pelo Ibama, que demonstrou que foi a ação do requerido que gerou tais danos, seja pelo efetivo desmatamento de área especial de preservação, sem autorização do órgão competente, ou pelo uso da referida área de forma inadequada”; b) “restou comprovado, ainda que em sede de juízo de aparência, a sua autoria, o nexo de causalidade e o potencial de risco de danos ao meio ambiente, já que o réu continua exercendo suas atividades laborativas”; c) “em uma ponderação de valores, contraposto o interesse econômico do réu em questão à integridade ambiental da área ocupada, avulta o atual dano ao meio ambiente com bem maior a ser protegido”; d) “o simples fato da área ter sido embargada por autoridade administrativa não retira

a validade do provimento judicial neste sentido, que se mostra importante instrumento para segurança jurídica da medida”; e) “considerando o dilatado lapso temporal que normalmente separa a propositura de uma ação judicial do seu julgamento definitivo, não é razoável permitir que o meio-ambiente fique à mercê de ações degradantes, que têm por fim o enriquecimento ilícito de apenas uma parte”.

Decido.

Considerou o MM. Juiz, em síntese:

A decretação da liminar de indisponibilidade de bens é medida que deve ser precedida de um juízo seguro a respeito da real possibilidade e da extensão dos supostos danos – a lei fala em “fundados indícios de responsabilidade” – e de um criterioso exame de urgência, a fim de que a indisponibilidade de bens não resulte banalizada como um instrumento de irregularidades.

Com efeito, o deferimento desse tipo de providência deve ficar adstrito a situações realmente necessárias diante da real possibilidade e da extensão dos supostos danos, bem como exigindo a demonstração de um perigo de dano concreto à luz de um elemento objetivo hábil a comprovar que o requerido ao final do processo não terá condições de satisfazer a obrigação.

No caso dos autos, tenho que o intento do MPF é na verdade separar o patrimônio do requerido para futuro ressarcimento do dano. Ocorre que, não se identificam os pressupostos necessários ao deferimento da medida cautelar postulada, eis que todo provimento de urgência encontra-se vinculado ao preenchimento de duas exigências: *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

É que para o deferimento da medida acautelatória, a parte autora não poderia deixar de demonstrar o perigo de dilapidação de bens do patrimônio do demandante (circunstância a que a inicial não alude) ou situação que dificultasse ou impossibilitasse o ressarcimento de eventual dano ambiental (não há demonstração de fatos concretos de sua existência).

Assim, considerando que a medida requerida, em face de seu caráter excepcional e restritivo de direitos, precisa estar lastreada em elementos seguros e convincentes de seus pressupostos, circunstâncias que não identifique na espécie, para além de se revelar totalmente desproporcional, não há como se acolher a pretensão de tornar indisponíveis os bens do requerido.

À vista do procedimento administrativo acostado à inicial, constata-se que a autuação pelo ilícito administrativo se deu no ano de 2005 – Auto de Infração nº 296747-D.

Com relação ao embargo cautelar e a desocupação imediata das áreas, tenho que a sua finalidade é a paralisação da atividade nociva ao meio ambiente. No caso em análise, não existem nos autos indícios de que o demandado esteja dando continuidade à atividade ilícita que ensejou a presente demanda, ou outra de mesma natureza. Sem a comprovação de iminente perigo de dano ambiental não é viável o deferimento do pedido de concessão de liminar tal como requerido.

Confira-se o art. 72 e o § 7º da Lei 9.605/98:

[...]

Na hipótese de o demandado incidir na disposição acima (infração administrativa em matéria ambiental) irá sofrer a respectiva sanção. Entretanto, não se mostra razoável embargar de plano a sua atividade atual ou outra qualquer que venha a se desenvolver, pois não se pode presumir que irá fazê-lo em desconformidade com a lei. Além disso, tal medida poderia vir a cercear a liberdade de exercício de atividade profissional legítima. Assim, ausente o requisito da plausibilidade do direito invocado, necessário para a concessão da liminar pleiteada.

Ademais, sem a demonstração de iminente perigo de dano ambiental não se pode falar em urgência da concessão da medida invocada.

O mesmo se diga no que tange ao pleito de perda ou suspensão da participação do requerido em linhas de financiamento, e perda ou restrição de acesso a incentivos e benefícios fiscais. Isso porque, esses apenamentos são espécies de sanções restritivas de direitos de que trata o inciso XI do dispositivo em comento.

Nessa esteira, inexistindo comprovação de que o requerido encontra-se dando continuidade às atividades contrárias aos mandamentos legais, não há se falar em aplicação de penas restritivas de direito, a teor do art. 7º do art. 72 da Lei 9.605/1998.

Pelo exposto, indefiro a liminar pleiteada.

Indefiro a tramitação do feito em segredo de justiça. À secretaria para as providências cabíveis.

Decido.

Consta do referido auto de infração e documentos, fls. 54-64, 103-105, 111 e 117, que os fatos narrados pela agravante ocorreram no ano de 2005.

Assim sendo, decorridos seis anos da autuação do agravado, não há *risco iminente* de dano ambiental suscetível de justificar medida cautelar.

Indefiro o pedido de antecipação de tutela recursal.

Ausente novo pedido de tramitação do processo em segredo de justiça, cumpra-se o determinado às fls. 15-16, excluindo-se tal identificação.

Proceda-se nos termos do art. 527, inciso V, do Código de Processo Civil.

Dê-se vista ao Ministério Público Federal – PRR – 1ª Região.

Publique-se.

Brasília, 13 de outubro de 2011.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, relator.

Mandado de Segurança 0055801-47.2011.4.01.0000/PA

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves
Impetrante: Valdeise Maria Reis Bastos
Advogados: Dr. Pedro Bentes Pinheiro Filho e outros
Impetrada: Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Publicação: e-DJF1 de 07/11/2011, p. 6-7

Decisão

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Ananindeua/PA contra ato da Quarta Seção deste Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que, no julgamento do Conflito de Competência 0007049-44.2011.4.01.0000, declarou a competência daquele Juízo para processar e julgar as Execuções Fiscais 2001.39.00.001026-9/PA e 1999.39.00.009508-4/PA, bem assim estendeu os efeitos da referida decisão às execuções fiscais em situações idênticas, objeto dos Ofícios 594, 595, 596, 597, 579 e 591.

Sustenta o impetrante, em síntese, que a aludida decisão “é absolutamente nula, porque proferida sem a observância do devido processo legal, na medida em que ignorou a disposição do art. 119, do Código de Processo Civil. Além disso, essa nulidade causa prejuízo à impetrante, porque viola as competências funcionais constitucionalmente destinadas ao juízo da qual é titular, sendo, pois, o mandado de segurança o único remédio cabível para a reparação dessa lesão” (cf. fl. 5).

Não é demais dizer que o mandado de segurança, consoante reiterados pronunciamentos deste Tribunal, com espeque no enunciado da Súmula 121 do extinto Tribunal Federal de Recursos, não se presta à impugnação de ato ou decisão de natureza jurisdicional de relator ou de turma, sendo admissível somente quando a decisão impugnada for manifestamente ilegal, abusiva ou teratológica.

Na espécie, o acórdão impugnado foi redigido nos seguintes termos *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CRECI E FNDE. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA PERANTE O JUÍZO FEDERAL DA CAPITAL. DEVEDOR DOMICILIADO EM COMARCA QUE NÃO É SEDE DE VARA FEDERAL. COMPETÊNCIA RELATIVA (TERRITORIAL). DECISÃO DECLINATÓRIA DE OFÍCIO. SITUAÇÃO PECULIAR DOS AUTOS. DECURSO DO TEMPO. PRÁTICA DE ATOS PROCESSUAIS NO JUÍZO ESTADUAL. PRORROGAÇÃO DA COMPETÊNCIA.

1. A regra processual de facilitação da prática de atos processuais na região metropolitana (art. 230 do CPC) não altera as regras de competência do Juízo, sobretudo acerca da delegação de competência federal à justiça estadual para processar as execuções fiscais da União e suas autarquias com assento na Constituição.

2. Embora a Comarca de Ananindeua/PA seja localizada na Região Metropolitana de Belém/PA, permanece autônoma e competente para o processamento e julgamento de execuções fiscais cujos devedores possuam domicílio no Município de Ananindeua/PA.

3. A eg. 4ª Seção possui o entendimento de que “proposta a execução fiscal por conselho profissional no juízo federal da capital, lugar sede do exequente, cujo devedor possui domicílio em Comarca que não é sede de Vara Federal, não pode o magistrado, de ofício, declarar-se incompetente, pois se trata de competência relativa, arguível por meio de exceção” (CC 0036963-27.2009.4.01.0000/MG, Rel. Juiz Federal Cleberon José Rocha (Conv.), e-DJF1 de 26/02/2010, p. 110).

4. Contudo, o caso dos autos revela uma situação peculiar, pois as duas execuções fiscais tramitaram por mais de dez anos na Comarca Estadual e vários atos processuais já foram realizados (citação do devedor e penhora).

5. Inicialmente, a competência era territorial e relativa, arguível por meio de exceção. Não obstante, pelo prazo que tramitaram os processos na Justiça Estadual e pelos atos processuais lá proferidos, a jurisdição do Juízo de Direito da 4ª Vara da Comarca de Ananindeua/PA foi prorrogada, sobretudo porque atende a razoável duração do processo, a segurança jurídica e a economia processual, bem como de forma a impedir qualquer prejuízo para as partes.

6. Como a forma da decisão que declinou da competência para a 7ª Vara Federal/PA foi de forma genérica a abranger diversas execuções fiscais, com juntada por cópia, viável a extensão deste julgado às 6.423 execuções fiscais em situação idêntica, objeto de Ofícios do Juízo da 4ª vara de Ananindeua/PA. Precedente desta 4ª Seção que decidiu na hipótese de extinção de mais de (300) trezentas execuções fiscais por meio de Portaria do Juízo de Direito da Comarca de Jataí/GO (MS 3665-10.2010.4.01.0000/GO, Rel. Juiz Federal Cleberon José Rocha (Conv.), Quarta Seção, e-DJF1 de 18/04/2011, p. 22).

7. Conflito conhecido, declarando-se a competência do Juízo de Direito da 4ª Vara da Comarca de Ananindeua/PA, ora suscitado, estendendo esta decisão às execuções em situação idêntica, objeto dos Ofícios 594, 595, 596, 597, 579 e 591 oriundos dessa Comarca (cf. fls. 15–16).

Pois bem, pelo simples leitura do referido *decisum*, verifica-se que, no presente caso, a decisão atacada não padece de ilegalidade, abuso de poder ou teratologia; não está caracterizado ato jurisdicional que, eventualmente, justificasse excepcional cabimento de mandado de segurança, mesmo porque o impetrante não elidiu os fundamentos nos quais se apoiou o voto condutor do Exmo. Juiz Federal Cleberon José Rocha – relator convocado (cf. fls. 17–24); e nem, tampouco, ficou demonstrada a natureza teratológica da deliberação que reconheceu a competência do Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Ananindeua/PA para processar e julgar as referidas execuções fiscais.

Logo, nessa ordem de ideias, não vislumbro ilegalidade na decisão judicial capaz de autorizar a impetração de mandado de segurança.

Mutatis mutantis, confirmam-se:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA, ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. DECISÃO QUE INDEFERIU EFEITO SUSPENSIVO EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENSÃO DE UTILIZAÇÃO DO MANDAMUS COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PROCESSO EXTINTO.

1. A jurisprudência pátria se consolidou no sentido da não-admissão do mandado de segurança para impugnar decisão judicial, exceto na ocorrência de hipóteses excepcionais, de ostensiva ilegalidade ou abuso de poder, associados à possibilidade de dano irreparável.

2. A decisão atacada neste mandado de segurança afigura-se como solução possível para o caso porque: (a) existiu recurso administrativo da decisão de revogação do pregão, decidido naquela via, não se caracterizando violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório; (b) o Anexo III, que acompanhava o Edital permitia à impetrante formular proposta adequada de preços; (c) era possível de esclarecer o erro material antes da realização do pregão; (d) o vício apontado não era insanável, de forma a desclassificar a proposta mais vantajosa para a Administração.

3. O mandado de segurança não visa a reforma de decisão judicial contra a qual não cabia recurso, se ela não é ilegal ou abusiva.

4. Mandado de segurança extinto sem julgamento de mérito (CPC, art. 267, VI) (AGMS 2006.01.00.012501-3/BA, Relatora Desª. Federal Selene Maria de Almeida, Corte Especial, DJ de 21/07/2006, p. 02).

MANDADO DE SEGURANÇA - DECISÃO QUE CONVERTERA AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO RETIDO - IMPROPRIEDADE DA VIA PROCESSUAL UTILIZADA - INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL NO CURSO REGULAR DO PROCESSO - INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE, ABUSO DE PODER OU TERATOLOGIA - FUMAÇA DO BOM DIREITO E PERIGO DA DEMORA NÃO CARACTERIZADOS - MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA - INDEFERIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA - AGRAVO REGIMENTAL DENEGADO.

a) Recurso - Agravo Regimental em Mandado de Segurança.

b) Decisão de origem - Indeferiu o Mandado de Segurança.

1 - O Mandado de Segurança, consoante reiterados pronunciamentos dos tribunais com espeque no enunciado da Súmula 121 do extinto Tribunal Federal de Recursos, não se presta à impugnação de ato ou decisão de natureza jurisdicional de relator ou de presidente de Turma, sendo admissível, apenas, quando a decisão impugnada for manifestamente ilegal, abusiva ou teratológica.

2 - No caso dos autos a decisão atacada não padece de ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, não estando caracterizado ato singular de Relator que, eventualmente, justificasse excepcional cabimento de Mandado de Segurança.

3 - Na espécie, o Mandado de Segurança fora indeferido por ser incabível, uma vez que o ato judicial atacado não é abusivo, teratológico ou ilegal, mas, diversamente, se limitara a indeferir a produção de prova pericial, medida consentânea com o curso regular do processo, empreendida pelo magistrado competente para o processamento e julgamento do feito.

4 - Agravo regimental denegado.

5 - Decisão confirmada (AGMS 0048272-11.2010.4.01.0000/DF, Relator Des. Federal Catão Alves, Corte Especial, DJ de 22/07/2011, p. 14).

Além do mais, o MM. Juízo Impetrante não pode se recusar a conceder a prestação jurisdicional e tão pouco descumprir uma decisão vinda da instância Superior.

É que, havendo eventualmente discordância, o Juiz deve, se for o caso, valer-se do órgão de representação judicial do ente estatal a que ele está vinculado, para que este atue como entender pertinente, sendo, pois, claramente inconveniente a contratação de escritório particular de advocacia para que, em casos que tais, patrocine a demanda.

Portanto, não se afigurando ilegal, abusiva ou teratológica a decisão impugnada, e não tendo o impetrante legitimidade extraordinária para promover a demanda, o presente mandado de segurança deve ser indeferido.

Pelo exposto, ante os argumentos acima mencionados, *indefiro liminarmente* a petição inicial da presente ação mandamental, nos termos do art. 222 do Regimento Interno do TRF 1ª Região e do art. 10 da Lei 12.016/2009.

Publique-se.

Arquivem-se os autos após o trânsito em julgado.

Brasília, 17 de outubro de 2011.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, relatora.

Mandado de Segurança 0060093-75.2011.4.01.0000/PI

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida
Impetrantes: Francisco José de Sousa Filho e outro
Advogados: Dr. Manoel Soares de Sousa
Dr. Márcio José de Carvalho Isidoro
Impetrado: Juízo Federal da 2ª Vara – PI
Interessada: Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados: Dra. Joanília Bevilaqua de Sales e outros
Publicação: e-DJF1 de 07/11/2011, p. 25

Decisão

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Francisco José de Sousa Filho contra ato do Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Piauí, que determinou a expedição de mandado de desocupação e reintegração de posse em favor da CEF nos autos de reintegração de posse que aquela empresa pública moveu em face de Adelmo Barbosa de Miranda Junior (Processo 2009.40.000321-8).

Afirma ter sido surpreendido pelo ajuizamento da referida ação de reintegração de posse movida pela CEF, uma vez que haviam firmado acordo tácito com o réu da reintegratória para morarem na referida casa, imóvel adquirido por meio do Programa de Arrendamento Residencial – PAR.

Sustenta que a decisão que sucedeu a sentença, ao determinar a imediata expedição do mandado de desocupação e reintegração de posse, violou seu direito fundamental à moradia.

Requer, ao fim, a liminar “a fim de determinar a imediata suspensão do processo 2009.40.00.000321-8 [...]”.

É o relatório do essencial. Decido.

Insurge-se o impetrante contra decisão que determinou a expedição de mandado de desocupação e reintegração de posse em favor da CEF nos autos de reintegração de posse.

De início, observo que a decisão proferida deveria ter sido impugnada por meio de agravo de instrumento, não constituindo o mandado de segurança sucedâneo recursal.

O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 267, a qual dispõe que “*não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção*”. Contudo, a doutrina e a jurisprudência abrandaram o rigorismo desse enunciado, firmando o entendimento no sentido de ser cabível, ainda que em hipóteses excepcionais, o manejo do *writ* para impugnar decisão judicial.

Com a edição promovida pela Lei 9.139/1995, que alterou a redação do art. 558 do CPC, restou revigorado o texto da Súmula 267, com a possibilidade de interposição de recurso passível de efeito suspensivo, caso em que não se tem admitido a impetração do mandado de segurança contra decisão judicial.

A jurisprudência pátria se consolidou no sentido da não admissão do mandado de segurança para impugnar decisão judicial, exceto na ocorrência de hipóteses excepcionais, de ostensiva ilegalidade ou abuso de poder, associados à possibilidade de dano irreparável.

Assim, não vislumbro razoabilidade em admitir a impetração do presente mandado de segurança. A prevalecer raciocínio contrário, estar-se-ia permitindo a utilização do *mandamus* como sucedâneo do recurso de agravo de instrumento.

Nelson Nery Júnior, ao escrever sobre o tema, ensina que:

A permissibilidade do uso e acolhimento da ação mandamental, só tem razão de ser em casos teratológicos, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, suscetíveis de causar à parte dano irreparável ou de difícil e incerta reparação. (RT 535/72, 447/132; JTACivSP 84/167, 74/163, 38/417; RTJ 71/876, 70/504)¹.

Ademais, analisando casos análogos, assim se pronunciou esta Corte sobre a matéria:

PROCESSO PENAL. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RESTITUIÇÃO DE BENS APREENDIDOS. ATO JUDICIAL PASSÍVEL DE PROCEDIMENTO E RECURSO PRÓPRIOS. SÚMULA Nº 267 DO STF. LEI Nº 1.533/51, ART. 5º, INCISO II. NÃO CABIMENTO. PROVIMENTO.

1. O cabimento de mandado de segurança contra ato judicial condiciona-se à inexistência de recurso específico previsto nas leis processuais, apto a impedir a suposta ilegalidade que restou apontada (art. 5º, inciso II, da Lei 1.533/51).

2. Incidência da Súmula 267, do eg. Supremo Tribunal Federal.

3. Em relação à matéria ora em análise, destaque-se que o Código de Processo Penal prevê procedimento específico para a restituição de coisas apreendidas (art. 118 e seguintes), além de recurso próprio para a hipótese de indeferimento do pedido, qual seja, a apelação (art. 593, II, do Código de Processo Penal).

4. O rigor da Súmula 267, do eg. Supremo Tribunal Federal tem sido abrandado, para se admitir o mandado de segurança contra ato judicial, nos casos teratológicos, de flagrante ilegalidade, ou abuso de poder, em que ocorra violação de direito líquido e certo do impetrante. Assim, somente em casos excepcionais, admitir-se-á a impetração de mandado de segurança contra ato judicial, o que, absolutamente, não é o caso dos autos.

5. Não há de se considerar teratológico, abusivo de poder ou ilegal o ato ora impugnado, em virtude do que não se apresenta cabível, na hipótese presente, o mandado de segurança.

6. Sentença reformada.

7. Apelação provida.

(AMS 2006.30.00.001294-1/AC, rel. Des. Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes, Quarta Turma, DJ de 23/02/2007, p.17)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. TERCEIRO PREJUDICADO. SÚMULA 202 DO STJ. CABIMENTO DA IMPETRAÇÃO. ATO JURISDICIONAL. SÚMULA 267 DO STF. ILEGALIDADE, TERATOLOGIA E DANO IMINENTE. VERIFICAÇÃO DIANTE DO ATO CONCRETO. DEPÓSITOS JUDICIAIS. JUROS REMUNERATÓRIOS. PERÍODO DE MARÇO/92 A ABRIL/94. INAPLICABILIDADE DA LEI 9.289/96. VIGÊNCIA DO DECRETO-LEI 1.737/79. NÃO-INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE CREDITAMENTO DE JUROS AOS DEPOSITANTES.

1. Tratando-se de mandado de segurança impetrado por terceiro prejudicado incide o disposto na Súmula 202 do STJ (A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso.). Precedentes do STJ e deste TRF.

2. Tendo em vista a vedação contida na Lei 1.533/51 (art. 5º, inciso II) e no enunciado da Súmula 267 do STF, só se admite a impetração de mandado de segurança contra ato jurisdicional nas hipóteses em que a decisão é verdadeiramente absurda, flagrantemente ilegal ou teratológica. Tal verificação há que ser feita diante de cada ato concreto.

3. [...]

¹ Nelson Nery Júnior, in *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 6. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 1.596.

4. Segurança concedida.

(MS 1999.01.00.114309-0/BA, rel. Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa, Quarta Seção, DJ de 18/04/2005, p. 2)

A decisão impugnada reconheceu o direito da CEF à reintegração de posse pelos seguintes motivos:

a) o réu da reintegração – Adelmo Barbosa De Miranda Junior – celebrou com a CEF contrato de arrendamento residencial com opção de compra pelo Programa de Arrendamento Residencial – PAR;

b) a cláusula terceira do respectivo contrato estabelece que o imóvel será utilizado exclusivamente pelos arrendatários para sua residência;

c) o réu permitiu a ocupação do imóvel por pessoas estranhas ao contrato, caracterizando o esbulho possessório.

Assim, a referida decisão está longe de se revelar abusiva, ilegal ou teratológica. Resta patente, portanto, a inadequação da via eleita pelo impetrante.

Movendo o autor ação inadequada, o provimento jurisdicional não lhe será útil, fato que acarreta a inexistência de interesse processual. Claramente demonstrada a completa falta de perspectiva de êxito do *mandamus*.

Nesses casos, cumpre ao relator, por força do disposto no art. 10 da Lei 12.016/2009, c/c o art. 222 do RITRF 1ª Região, indeferir desde logo a inicial “... quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais...”.

Em face do exposto, *indefiro liminarmente a petição inicial* com base no art. 10 da Lei 12.016/2009 c/c o art. 224 do RITRF/1ª Região.

Publique-se. Intime-se.

Oportunamente, arquivem-se os autos, nos moldes regimentais.

Brasília, 25 de outubro de 2011.

Desembargadora Federal *Selene Almeida*, relatora.

Numeração única: 0090423-14.2005.4.01.3800

Recurso inominado 2005.38.00.745452-4

Relator: Juiz Federal Giovanni Morgan
Recorrente: Odércio Ferreira de Moura
Advogado: Dr. Marcus Vinícius Flora Barbosa
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procurador: Procurador Federal
Publicação: e-DJF1 de 24/10/2011, p. 1.138–1.139

Ementa-Voto

Previdenciário. Tempo de serviço especial. Agentes nocivos (ruído equivalente (Leq) e eletricidade) superiores ao limite de tolerância previsto na legislação de regência. Comprovação mediante formulário próprio, acompanhado de laudo pericial firmado por engenheiro de segurança do trabalho. Tempo de contribuição insuficiente para a aposentadoria. Possibilidade de conversão de tempo especial em comum. Averbação. Recurso parcialmente provido.

I. Tempo de serviço especial para fins previdenciários do RGPS é aquele exercido por determinado lapso temporal em uma ou mais empresas, em caráter habitual e permanente, não ocasional nem intermitente, no qual o trabalhador é exposto, no ambiente de trabalho e no processo produtivo, a agentes nocivos físicos, químicos ou biológicos em níveis superiores aos limites de tolerância estabelecidos pela legislação, fato que confere ao segurado o direito ao benefício previdenciário previsto no art. 57 da Lei 8.213/1991, cuja prestação constitui “benefício de pagamento continuado, não reeditável, definitivo, substituidor dos salários, modalidade securitária de indenização diferida pela assunção dos riscos de aquisição de doença profissionais ou do trabalho, ou a ocorrência de acidente do trabalho, vale dizer, séria e efetiva ameaça à saúde ou à integridade física do segurado”. (Wladimir Novaes Martinez, *Comentários à Lei Básica da Previdência Social*, 7. ed., Tomo II, LTr, p. 378).

II. O tempo de serviço, para fins de aposentadoria, é disciplinado pela lei vigente à época em que efetivamente prestado, passando a integrar, como direito autônomo, o patrimônio jurídico do trabalhador. (REsp 329.269/RS, rel. Min. Gilson Dipp, Terceira Seção, DJ de 23/09/2002). Caso em que a lei vigente à época da prestação do serviço não exigia, para fins de classificação da atividade como especial, a exposição do trabalhador de forma permanente e habitual, não ocasional nem intermitente, aos agentes nocivos à saúde e integridade física.

III. O trabalhador que tenha exercido atividades em condições especiais, mesmo que posteriores a maio de 1998, tem direito adquirido, protegido constitucionalmente, à conversão do tempo de serviço, de forma majorada, para fins de aposentadoria comum. (STJ – Superior Tribunal de Justiça, REsp 956110/SP Recurso Especial 2007/0123248-2, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 22/10/2007, p. 367). “O tempo de trabalho exercido sob condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física do trabalhador, conforme a legislação vigente à época da prestação do serviço, será somado, após a respectiva conversão, ao tempo de trabalho exercido em atividade comum aplicando-se tabela de conversão que prevê o índice de 1,4, qualquer que seja o período trabalhado.” Aplicação do art. 70, § 2.º, do Decreto 3.048/1999. (TNU - Processo 200672950160190 – rel. Juiz Federal Cláudio Roberto Canata – DJU 16/01/2009).

IV. A comprovação do tempo de serviço especial deverá ser efetuada de acordo com a legislação vigente à época em que o serviço foi prestado, por aplicação do princípio *tempus regit actum*, tal como disposto, inclusive, no § 1º, art. 70 do Decreto 3.048/1999, com redação do Decreto 4.827/2003. Até 28/04/1995, quando vigente a Lei 3.807/1960 (Lei Orgânica da Previdência Social) e suas alterações e, posteriormente, a Lei 8.213/1991 (Lei de Benefícios), em sua redação original (arts. 57 e 58), o reconhecimento da atividade especial prejudicial à saúde ou à integridade física do segurado dependia apenas, via de regra, que a atividade laboral estivesse enquadrada nos decretos regulamentadores e/ou na legislação especial – reconhecimento de atividade especial mediante simples enquadramento por categoria profissional –, ou, então, mediante prova de que o segurado, no exercício de sua atividade trabalhista, estivesse exposto a agente nocivo físico, químico ou biológico em nível superior ao limite de tolerância previsto na legislação de regência.

V. A partir da vigência da Lei 9.032/1995, em 29/04/1995, foi definitivamente extinto o enquadramento por categoria profissional, de modo que para o reconhecimento do tempo especial para fins previdenciários passou a ser exigida a comprovação, pelo segurado, do tempo de trabalho habitual e permanente, não ocasional e não intermitente em atividades com efetiva exposição a agentes nocivos físicos, químicos ou biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física. Nesses casos, a comprovação da atividade especial passou a ser feita por intermédio dos formulários SB-40 e DSS-8030, até a edição do Decreto 2.172 de 05/03/1997, que regulamentou a MP 1523/1996 (convertida na Lei 9.528/1997) e passou a exigir o laudo técnico. E para os empregados desligados da empresa a partir de 1º/01/2003, o documento a ser fornecido deverá ser necessariamente o Perfil Profissiográfico Previdenciário (regulamentado pelo Decreto 4.032/2001).

VI. O rol de agentes nocivos constante dos anexos do Decreto 83.080/1979 e do anexo ao Decreto 53.831/1964 vigorou até o advento do Decreto 2.172/1997 (05/03/1997). De tal forma, para os períodos de atividade até 05/03/1997, deve-se considerar como agente agressivo a exposição a locais com ruídos acima de 80 dB, constante do anexo ao Decreto 53.831/1964 (item 1.1.6), menor que o limite de 90 dB fixado no Anexo I do Decreto 83.080/1979 (item 1.1.5), por ser aquele diploma legal mais benéfico ao trabalhador.

VII. Ruído. A partir de 05/03/1997, data da entrada em vigor do Decreto 2.172/1997, passou a ser considerada insalubre a atividade exercida com exposição a nível de ruído superior a 90 dB, nos termos do seu Anexo IV. Todavia, o novo limite de 85 dB fixado pelo Decreto 4.882/2003 e pela Instrução Normativa 99/2003, em benefício dos segurados expostos ao agente ruído, deve ser aplicado de forma retroativa, em virtude do caráter social do Direito Previdenciário. Dessa forma, após 05/03/1997, deve ser considerado como tempo de serviço especial aquele no qual a exposição ao ruído foi superior a 85 dB. Precedentes desta 3ª Turma Recursal (Processo 2004.38.00.796874-7, julgamento em 13/02/2009, relator Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes, publicação em 10/03/2009). 7.1 - No caso dos autos, o formulário emitido na forma prevista na legislação de regência, acompanhado de laudo pericial firmado por Engenheiro de Segurado do Trabalho (fls. 16–18) comprova que no período de 23/03/1992 a 16/02/1994, o segurado trabalhou exposto a nível de ruído equivalente (Leq) de 83,7 dB, superior, portanto, aos limites de tolerância previstos na legislação previdenciária, caracterizando atividade especial para fins previdenciários. 7.2. Está consolidado na jurisprudência o entendimento no sentido de que o fato de a empresa fornecer ao empregado o Equipamento de Proteção Individual – EPI, ainda que tal equipamento seja devidamente utilizado, não afasta, *de per se*, o direito ao benefício da aposentadoria com a contagem de tempo especial. (Súmula 9 da Turma de Uniformização Nacional de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais).

VIII. No que concerne ao período de 28/04/1980 a 07/11/1991 a parte recorrente apresentou somente o formulário de fl. 51, desacompanhado de laudo técnico, o que impede o reconhecimento da atividade especial, haja vista que em relação ao ruído e calor é imprescindível a apresentação de laudo técnico, qualquer que tenha sido a época da prestação do serviço (STJ – REsp – Recurso Especial 639066 e REsp – Recurso Especial 689195). Quanto ao agente nocivo umidade, o Decreto 53.831/1964, Código 1.1.3, exige umidade excessiva, com a exposição do segurado ao contato direto e permanente com água (lavadores, tintureiros, operários em salinas, entre outros), o que não é o caso do autor. Já em relação aos agentes biológicos mencionados pelo recorrente (germes, bacilos, vírus, protozoários) somente podem ser considerados para fins de reconhecimento de atividade especial na hipótese do segurado exercer atividade trabalhista exposto ao contato com doentes ou materiais infectocontagiantes, tal como aqueles desenvolvidos em assistência médica, odontológica, hospitalar e outras atividades afins (Código 1.3 do Decreto 53.831/1964), o que também não é o caso retratado nos autos.

IX. Eletricidade – o formulário DSS-8030, juntado à fl. 43, comprova que o período de 19/07/1976 a 03/03/1980, o segurado trabalhou exposto ao agente nocivo eletricidade (tensão superior a 250v). O trabalho executado pelo autor/recorrente em referido período se enquadra como especial, tendo em vista o disposto no item 1.1.8 do quadro anexo ao Decreto 53.831/1964, que relaciona entre os agentes nocivos físicos o trabalho em operações em locais com eletricidade em condições de perigo de vida - trabalhos permanentes em instalações ou equipamentos elétricos, com risco de acidentes, com exposição a tensão superior a 250 volts, estando caracterizada, portanto, a atividade especial.

X. Portanto, a atividade especial desempenhada pelo recorrente, para fins previdenciários, limita-se aos períodos de 19/07/1976 a 03/03/1980 e de 23/03/1992 a 16/02/1994, cujo tempo é insuficiente para a aposentadoria especial, mas suscetível de conversão em tempo comum, aplicando-se o multiplicador 1.4. O tempo de atividade

comum totaliza 9.600 dias na data do requerimento administrativo (06/05/2002), correspondendo a 26 anos, 3 meses e 19 dias, sendo insuficiente para a aposentadoria integral ou proporcional.

XI. Diante do exposto, dou provimento parcial ao recurso para reformar a sentença, julgando parcialmente procedente o pedido inicial, apenas para condenar o INSS a averbar os períodos de 19/07/1976 a 03/03/1980 e 23/03/1992 a 16/02/1994, como tempo de serviço especial, aplicando-se o multiplicador 1.4 para a conversão em tempo comum.

XII. Sem custas, nos termos da Lei 9.289/1996.

XIII. Sem fixação de sucumbência, nos exatos termos do Enunciado Unificado 39 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de Minas Gerais, segundo o qual “Nos termos do art. 55 da Lei 9.099/1995, não cabe condenação em verba de sucumbência quando o recorrente logra êxito, ainda que em parte mínima, na pretensão recursal”.

É como voto.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar *parcial* provimento ao recurso do autor.

3ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Minas Gerais – 11/10/2011.

Juiz Federal *Giovanny Morgan*, relator.

Numeração única: 0033189-46.2010.4.01.3300

Relator:	Juiz Federal Fábio Stief Marmund
Recorrente:	Erinaldo Tavares
Advogado:	Dr. Rômulo Almeida Vaz Lisboa
Recorrida:	Caixa Econômica Federal
Advogado:	Dr. Fabrício de Oliveira Pinto
Publicação:	<i>e-DJF1</i> de 27/10/2011, p. 524

Ementa

Responsabilidade civil. Serasa. Inscrição indevida, anterior ao vencimento do contrato de empréstimo para antecipação de restituição do IRPF/13º salário. Responsabilidade civil objetiva da Caixa Econômica Federal. Desnecessidade de comprovação objetiva do dano moral experimentado pelo autor. Fixação do quantum indenizatório. Princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Ausência de comprovação de quitação do contrato. Recurso do autor parcialmente provido.

I. Trata-se de processo onde pleiteia o demandante, a condenação da CEF ao pagamento de indenização por danos morais, em face da inscrição indevida do seu nome nos órgãos de proteção ao crédito, decorrente de uma suposta inadimplência no contrato firmado entre eles.

II. Verifica-se que o autor de fato firmou “Contrato de empréstimo para antecipação de restituição de IRPF/13º salário” com a ré em 28/03/2006 (102000012585, fls. 39–42), com data de vencimento em 30/12/2006. Ocorre, contudo, que a CEF promoveu a inscrição do seu nome no Serasa em 08/09/2006 (fl.14), ou seja, em data anterior ao referido vencimento.

III. Ademais, consta no referido contrato, em sua cláusula 11ª – Do Pagamento/Autorização para Débito em Conta, que “O contrato será liquidado quando ocorrer a restituição do IRPF ou o recebimento do 13º salário ou na data de vencimento deste contrato, constante no item; o que ocorrer primeiro.” (*sic*, fl. 40), constando, ainda, na cláusula 12ª, que “[...] o devedor(a) [...], fica obrigado a efetuar a liquidação da dívida até o vencimento do contrato.” (*sic*, fl. 40).

IV. Assim, malgrado não conste nos autos extratos bancários capazes de comprovar a existência de saldo disponível na conta do autor na data do vencimento, revela-se claramente ilícita a conduta da CEF de inserir o nome

do demandante junto ao Serasa, pois que, ocorrida em data anterior ao vencimento do aludido contrato, sendo tal fato capaz de, *per si*, causar danos à honra subjetiva e também objetiva do autor.

V. Há de se ter em vista, porém, que o recorrente não comprovou que efetivamente quitou o aludido empréstimo até a data do vencimento, razão pela qual não pode ser acolhido o pedido de declaração de inexistência da dívida em comento.

VI. Por conseguinte, o magistrado, para a fixação do valor do dano moral, deve basear-se nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e moderação e, ainda, levar em consideração as circunstâncias do caso concreto, de modo que a quantia a ser paga não represente enriquecimento sem causa para a vítima, mas também, tenha em mira a finalidade punitiva e educativa da sanção, não podendo, dessa maneira, arbitrar um valor inexpressivo.

VII. Diante das diretrizes acima expostas e, levando-se em consideração não só o valor com contrato pactuado (R\$ 766,00, fl. 39), como também a ausência de comprovação de que o mesmo fora adimplido pelo autor, entende-se por bem fixar a indenização por dano moral no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

VIII. Recurso do autor parcialmente provido. Sentença reformada para condenar a CEF a retirar o nome do autor do Serasa, em virtude da inscrição promovida em 08/09/2006, bem como a pagar, a título de danos morais, o montante de R\$ 500,00 (quinhentos reais), acrescido de correção monetária, a partir da data da publicação da sentença, e de juros moratórios, a partir da citação, pela taxa Selic, conforme estabelecido no art. 405 do CC (EAERES 200201558325, Min. Paulo de Tarso Sanserverino, STJ – Terceira Turma, 15/10/2010 (EDERESP 200900999972, Min. Castro Meira, STJ – Segunda Turma – 02/06/2010).

IX. Sem condenação em honorários advocatícios por ser o recorrente vencedor, em parte.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso do autor.

2ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal Cível da Seção Judiciária da Bahia – 12/08/2011.

Juiz Federal *Fábio Stief Marmund*, relator.

Numeração única: 0033641-72.2009.4.01.3500

Recurso inominado 2009.35.00.908964-4

Relatora: Juíza Federal Alcioni Escobar da Costa Alvim
 Recorrente: Rud Meire Rodrigues de Almeida
 Advogada: Dra. Sandra Mara da Silveira Costa
 Recorrido: INSS – Instituto Nacional do Seguro Social
 Advogada: Dra. Maria de Lourdes Thees Perillo da Veiga Jardim
 Publicação: e-DJF1 de 28/10/2011, p. 1.752

Ementa

Benefício assistencial. Transtorno bipolar. 33 anos. Incapacidade e miserabilidade demonstradas. Sentença reformada. Recurso provido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

1ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Estado de Goiás – 03/10/2011.

Juíza Federal *Alcioni Escobar da Costa Alvim*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Alcioni Escobar da Costa Alvim: — Sob análise recurso da parte autora contra sentença que rejeitou pedido de benefício assistencial fundado na alegação de deficiência da pessoa em cujo nome pleiteado.

Os dados mais relevantes da marcha processual são assim sintetizáveis:

– Grupo familiar: a parte autora (33 anos) reside em companhia de dois filhos, um de 11 e outro de 12 anos de idade.

– Renda familiar: nenhuma fonte de renda foi apurada, sendo a subsistência provida apenas da ajuda de sua mãe e da ajuda esporádica do irmão.

– Moradia: reside de aluguel, construção, em alvenaria, contendo quatro cômodos, piso queimado na cor verde, possuindo móveis simples, servida de água tratada e energia elétrica, em situação de extrema dificuldade, localizada em bairro não pavimentado.

– Julgado recorrido: concluiu pela improcedência do pedido, por entender ausente o requisito de incapacidade.

O MPF manifestou-se pelo provimento do recurso.

Voto

A Exma. Sra. Juíza Federal Alcioni Escobar da Costa Alvim: — O recurso deve ser conhecido, porquanto tempestivo e adequado ao alcance da finalidade nele pretendida.

A concessão do benefício de assistência social a pessoa portadora de deficiência pressupõe a coexistência dos seguintes elementos: i) falta de meios para prover a própria subsistência ou tê-la provida pela respectiva família; ii) incapacidade para fruir uma vida independente e desempenhar alguma atividade profissional.

O estudo socioeconômico denota situação que desborda da pobreza para se enquadrar, tamanha é a

precariedade das condições vivenciadas, no plano da miséria em termos materiais. Afinal, não há percepção de renda própria, ficando a subsistência à mercê da boa vontade de parente que, sob o aspecto normativo (art. 20, §1º, da Lei 8.742/1993), sequer integra o núcleo familiar da parte autora.

Acerca da incapacidade, o laudo definiu-a como parcial e definitiva, referindo como fator desencadeante ser a parte autora portadora de transtorno bipolar. Releva ponderar, todavia, a série de internações em hospital psiquiátrico, a demonstrar que o quadro de *transtorno bipolar* é crônico a ponto de inviabilizar, em termos práticos, a inserção em qualquer segmento no mercado de trabalho. Desse modo, há embasamento fático para reconhecer, na espécie, a impossibilidade para exercício habitual de atividade geradora de renda indispensável à subsistência própria.

Pelo exposto, voto pelo provimento do recurso, para reformar a sentença e acolher o pedido deduzido na inicial, determinando à autarquia o pagamento de benefício assistencial, desde o requerimento administrativo 26/02/2008.

Condeno o INSS ao pagamento das parcelas atrasadas, acrescidas dos juros de mora e corrigidas monetariamente. Os juros de mora contar-se-ão da citação, em relação às parcelas anteriores a ela; e de cada vencimento, em relação às posteriores. A taxa mensal de juros será de 1% (um por cento) ou correspondente à remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, conforme seja a data de incidência anterior ou posterior à data de vigência do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com redação dada pela Lei 11.960/2009 (30/06/2009); nesta última hipótese, não se aplicará outro índice de correção monetária. O valor corrigido das parcelas anteriores ao ajuizamento, acrescido do equivalente a 12 (doze) vincendas, não poderá superar 60 (sessenta) salários-mínimos, considerando o valor vigente à época (vide Repercussão Geral no Agravo de Instrumento 842.063/RS e Pedido de Uniformização de Interpretação da Lei Federal no Processo 2007.72.95.00.5642-0).

Numeração única: 0045956-69.2008.4.01.3500

Recurso inominado 2008.35.00.913153-4

Relatora: Juíza Federal Alcioni Escobar da Costa Alvim
 Recorrente: Cláudio Marques Santos Silva
 Advogada: Dra. Adma Lourenco de Melo Rocha
 Recorrido: INSS – Instituto Nacional do Seguro Social
 Advogado: Dr. Pedro Moreira de Melo (Procurador INSS)
 Publicação: e-DJF1 de 28/10/2011, p. 1.783

Ementa

Previdenciário. Benefício de amparo assistencial (Lei 8.742/1993). 34 anos. Servente de pedreiro. Obesidade mórbida. Incapacidade demonstrada. Prestação devida. Recurso da parte autora provido.

Acórdão

Decide a Turma, por maioria quanto à fixação da data do início do benefício e por unanimidade quanto à concessão, *dar provimento* ao recurso.

1ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Estado de Goiás – 03/10/2011.

Juíza Federal *Alcioni Escobar da Costa Alvim*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Alcioni Escobar da Costa Alvim: — Sob análise recurso da parte autora contra sentença que julgou improcedente pedido de concessão de benefício assistencial fundado na alegação de deficiência da pessoa em cujo nome pleiteado.

Eis a descrição sumariada dos elementos e aspectos surgidos ao longo da marcha processual.

Grupo familiar: a parte autora (34 anos) reside sozinha.

Renda familiar mensal: nenhum ganho formal periódico foi apurado. A sobrevivência é garantida pelos ganhos esporádicos percebidos pela parte autora como *vigia de carros na feira hippie*.

Moradia: quarto alugado, sem banheiro individual e com móveis precários.

Julgado recorrido: concluiu pela improcedência do pedido, por não vislumbrar a presença do requisito atinente à incapacidade.

Sustenta-se, na peça recursal, que a parte autora não possui condições de exercer seu labor habitual (servente de pedreiro) devido à obesidade que o acomete, a qual lhe gera diversas complicações de saúde.

Não foram apresentadas contrarrazões.

Voto

A Exma. Sra. Juíza Federal Alcioni Escobar da Costa Alvim: — O recurso deve ser conhecido, porquanto tempestivo e adequado ao alcance da finalidade nele pretendida.

A concessão do benefício de assistência social a pessoa deficiente pressupõe a coexistência dos seguintes elementos: i) impossibilidade de fruir uma vida independente e desempenhar alguma atividade remunerada; ii) renda mensal insuficiente para prover a própria subsistência ou tê-la provida pela respectiva família.

A controvérsia cinge-se apenas quanto ao primeiro requisito (incapacidade laborativa), tendo-se em vista a constatação de uma acentuada vulnerabilidade financeira do grupo familiar, conforme estudo socioeconômico jungido aos autos.

Apesar de o perito judicial concluir pela capacidade da parte recorrente para o exercício de sua última atividade remunerada (servente de pedreiro), informou o acometimento por obesidade mórbida (IMC 57,9) e a necessidade de *acompanhamento médico com o serviço de endocrinologia a fim de que se evitem futuras complicações decorrentes do não tratamento da doença*.

Diante dessa constatação e da realidade descrita em atestado médico anexado aos autos no sentido de que a parte recorrente *não tem condições de exercer suas atividades físicas* e que possui *dificuldade de deambular e exercer quaisquer atividades físicas*, o que demonstra total incompatibilidade com o último labor exercido, encontra-se satisfeito o requisito atinente à incapacidade, sendo-lhe devido o benefício postulado. Afinal, a concessão do benefício proporcionará o adequado tratamento até então não realizado devido à precária condição financeira da parte recorrente e evitará que as malevolências oriundas da obesidade que a acometem desembocuem em algo mais grave.

Em conclusão, voto pelo provimento do recurso, a fim de reformar a sentença recorrida, condenando o INSS a conceder o benefício de amparo assistencial ao deficiente desde a data de formalização do requerimento administrativo (23/05/2007), e ao pagamento das parcelas atrasadas, acrescidas dos juros de mora e corrigidas monetariamente. Os juros de mora contar-se-ão da citação, em relação às parcelas anteriores a ela; e de cada vencimento, em relação às posteriores. A taxa mensal de juros será de 1% (um por cento) ou correspondente à remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, conforme seja a data de incidência anterior ou posterior à data de vigência do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com redação dada pela Lei 11.960/2009 (30/06/2009); nesta última

hipótese, não se aplicará outro índice de correção monetária. O valor corrigido das parcelas anteriores ao ajuizamento, acrescido do equivalente a 12 (doze) vincendas, não poderá superar 60 (sessenta) salários-mínimos, considerando o valor vigente à época (vide Repercussão Geral no Agravo de Instrumento 842.063/

RS e Pedido de Uniformização de Interpretação da Lei Federal no Processo 2007.72.95.00.5642-0).

Sem condenação em honorários advocatícios, visto litigar a parte recorrente sob o pálio da assistência judiciária gratuita.

Numeração única: 0021756-79.2009.4.01.3300

Recurso inominado 2009.33.00.704797-9

Relator: Juiz Federal Valter Leonel Coelho Seixas
 Recorrente: Alfredo dos Santos Mattos Filho
 Advogada: Dra. Maria de Lourdes dos S. Costa
 Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procurador: Dr. Leonardo Lima Nazareth Andrade
 Publicação: e-DJF1 de 04/11/2011, p. 641

EMENTA

Previdenciário. Reconhecimento de períodos laborado em condições especiais. Sujeição a gases tóxicos próprios da indústria petroquímica em um dos vínculos laborais. Direito comprovado. Formulário e laudo atestam salubridade em relação ao outro período. Ausência de direito. Recurso parcialmente provido.

I. No tocante ao cômputo de tempo de serviço especial, o enquadramento dos agentes nocivos deve estar atento à legislação vigente à época do exercício da atividade.

II. A sentença recorrida, em que pese tenha reconhecido como especial diversos períodos laborados pelo autor, não o fez em relação a dois vínculos, em que aquele exercia a função de auxiliar/ajudante de suplemento.

III. Quanto ao primeiro dos vínculos, é certo que o formulário emitido pelo empregador, que se vê à fl. 18, é lacônico e genérico. Entretanto, dele consta que o segurado estava exposto a gases tóxicos próprios das indústrias petroquímicas. Mesmo sem indicar quais seriam os aludidos gases, é de se presumir que os mesmos sejam aqueles próprios da produção de derivados de petróleo. Em vínculo similar ao analisado, reconhecido como especial na sentença, estabelecido pelo autor com empresa do mesmo ramo, restou provada a presença no ar de partículas de benzeno, etilbenzeno e estireno. Ou seja, declarada pelo empregador, expressamente, a submissão do segurado a agentes agressivos e presentes circunstâncias que conspiram para a efetiva agressividade do ambiente laboral, não se pode punir o trabalhador por ausência de precisão descritiva da empresa.

IV. De seu turno, a insurgência relativa ao lapso de trabalho estabelecido com a Politeno Indústria e Comércio não pode prosperar. Ora, o formulário apresentado pelo segurado (fl. 21) é expresso em consignar que o ambiente ocupacional era salubre e que todos os agentes existentes não ultrapassavam os limites de tolerância.

V. Recurso parcialmente provido para condenar o INSS a averbar o tempo especial referente ao lapso laboral mantido com a empresa Isocianatos do Brasil S/A, no período compreendido entre 18/04/1978 a 14/02/1980, mediante a aplicação do fator 1.4, mantendo a sentença em seus demais termos.

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. Sem honorários advocatícios em razão da ausência de parte totalmente vencida.

ACÓRDÃO

Decide a Turma, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento.

1ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal Cível da Seção Judiciária do Estado da Bahia – 28/07/2011.

Juiz Federal *Valter Leonel Coelho Seixas*, 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. Agravo regimental. Suspensão da execução de liminar. Implantação de serviços e reserva de leitos de UTI. Percentual mínimo da Portaria GM/MS 1.101/2002. Inexistência de pressupostos específicos da contracautela. Dano inverso à coletividade.

I. O deferimento da suspensão prevista no art. 4º da Lei 8.439/1992 pressupõe que o requerente demonstre que a decisão impugnada poderá acarretar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Nesse rol não está incluída a ordem jurídica.

II. Possíveis erros de julgamento ou de procedimento devem ser debatidos e decididos na via recursal própria. Na suspensão de liminar, o presidente do Tribunal não analisa, em princípio, questões processuais e de mérito, notadamente de forma exauriente.

III. A implantação de serviços e reserva de leitos *extras* de UTI, aptos ao funcionamento, em quantidade suficiente para atender uma determinada população ou, pelo menos, até atingir-se o percentual mínimo fixado na Portaria GM/MS 1.101/2002, não acarreta, em si, lesão grave aos bens jurídicos tutelados pela medida de contracautela. A reparação do dano (inverso) causado à coletividade, caso fossem sustados os efeitos da liminar, seria praticamente impossível.

IV. Improvimento do agravo regimental.

Numeração única: 0052211-67.2008.4.01.0000

Agravo Regimental na Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 2008.01.00.052532-9/MG

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes – Corte Especial

Publicação: *e-DJF1* de 11/11/2011, p. 597

Embargos infringentes. Responsabilidade civil. Obra. Impossibilidade de cumprimento do contrato imputável à União. Pessoa jurídica. Lucros cessantes e danos morais caracterizados. Súmula 227 do STJ. Embargos infringentes improvidos.

I. A empresa embargada venceu licitação para a reforma da sede dos cartórios eleitorais de Goiânia/GO e não pôde dar continuidade à obra em razão de características estruturais ocultas que não eram passíveis de serem verificados antes do início da reforma e de embargo das obras promovido pela Prefeitura de Goiânia decorrente da falta de aprovação de projetos e do competente alvará de licença para construção por parte do TRE/GO.

II. Os lucros cessantes, no caso concreto, constituem o valor que a empresa ganharia, segundo o contrato, se ela tivesse executado aquela obra para a qual já havia sido contratada após vitoriosa na licitação e para a qual já havia mobilizado recursos materiais e mão de obra, empenhando sua capacidade operativa. Justifica-se a condenação pela expectativa concreta de lucro, frustrada pela conduta do Tribunal Regional Eleitoral de Goiás. Comprovação dos lucros cessantes efetivada nos autos, inclusive por meio de prova pericial.

III. A conduta da Administração acarretou dano à reputação da empresa, que recebeu pena de suspensão do direito de licitar por dois anos, que foi ameaçada de execução de carta de fiança bancária e que teve contra si a imposição de multa que não era devida e teve essa multa inscrita em dívida ativa. “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”, a teor do disposto na Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça.

IV. Embargos infringentes da União improvidos.

Numeração única: 0022236-49.2003.4.01.3500

Embargos Infringentes 2003.35.00.022313-3/GO

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida – 3ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 11/11/2011, p. 608–609

Fundo de Participação dos Municípios – FPM. Portaria da Secretaria do Tesouro Nacional e Balanço Geral da União. Base de cálculo do Fundo. PIN e Proterra. FEF e FSE (5,6%). Restituição do imposto de renda retido na fonte pela União, autarquias e fundações. Não ocorrência. Inclusão das receitas oriundas da dívida ativa na base de cálculo do FPM.

I. Aplicável ao caso a prescrição quinquenal estabelecida no art. 1º do Decreto-Lei 20.910/1932, uma vez que se trata de matéria pertinente ao Direito Financeiro, o que afasta as disposições do CTN quanto ao prazo prescricional.

II. Não há repasse a menor para o Fundo de Participação dos Municípios pelo só fato de serem diferentes os valores divulgados nos Balanços Gerais da União daqueles previstos nas portarias mensalmente divulgadas pela Secretaria do Tesouro Nacional, por considerarem-se em tais atos períodos de arrecadação distintos, com formas distintas de contabilização.

III. Os valores de contribuição para o Programa de Integração Nacional – PIN e para o Programa de Redistribuição de Terras e Estímulo à Agroindústria do Norte e Nordeste – Proterra não integram o produto da arrecadação do imposto de renda (art. 159, I, CF). Assim, correta a sua dedução da base de cálculo do Fundo de Participação dos Municípios – FPM.

IV. A alíquota de 5,6% de que trata o § 5º do art. 72 do ADCT incide sobre o total da arrecadação do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza e do imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro, ou relativas a títulos e valores mobiliários, e não apenas sobre o incremento de arrecadação desses tributos decorrentes das Leis 8.848, 8.849 e 8.894, todas de 1994.

V. Devem ser deduzidos da base de cálculo do FPM o produto da arrecadação do imposto sobre a renda e proventos e os pagamentos efetuados pela União, suas autarquias e fundações, com expressa determinação de que não se lhe aplicam as disposições referentes ao FPM (art. 159).

VI. Não podem ser considerados arrecadação do imposto de renda para os fins do art. 159, I, da CF/1988, os valores arrecadados antecipadamente e que, por determinação legal, devem ser restituídos ao contribuinte, deixando de integrar a base de cálculo do repasse ao FPM.

VII. Embargos infringentes a que se nega provimento.

Numeração única: 0032649-04.2001.4.01.3400

Embargos Infringentes 2001.34.00.032811-0/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso – 4ª Seção

Publicação: e-DJF1 de 11/11/2011, p. 611

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Mandado de segurança. Autoridade coatora indicada erroneamente. Legitimidade passiva. Eventual correção de ofício. Impossibilidade.

I. A impetrante indicou como autoridade coatora o Delegado da Receita Federal em Uberlândia/MG, não obstante ter sede no Município de Buritizeiro/MG, cidade que está sob jurisdição da Subseção Judiciária de Sete Lagoas/MG.

II. Incabível a remessa do processo pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG para a Subseção Judiciária de Sete Lagoas/MG, *de ofício*, sob o fundamento de que o Delegado da Receita Federal em Uberlândia não é a autoridade coatora legítima para figurar no polo passivo da relação processual do mandado de segurança, sem qualquer provocação da parte impetrante.

III. A jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que não é possível a correção da autoridade coatora de ofício (RMS 24552-DF, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 22/10/2004). Existência de entendimento no mesmo sentido proferido pela 4ª Seção deste Tribunal.

IV. Conflito conhecido, declarando-se competente o Juízo da 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG.

Conflito de Competência 0045724-76.2011.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Leomar Amorim – 4ª Seção

Publicação: e-DJF1 de 11/11/2011, p. 613

Administrativo. Servidor público. GDAOC – Gratificação de Desempenho de Atividade Oficial de Chancelaria. Lei 10.479/2002. Percentual diverso do concedido aos inativos/pensionistas. Possibilidade. Não ofensa à paridade constitucional. Pedido improcedente.

I. Não fere a paridade remuneratória entre ativos e inativos, garantida pela Constituição Federal (art. 40, § 8º), a fixação, para os inativos, da GDAOC – Gratificação de Desempenho de Atividade Oficial de Chancelaria, em percentual diverso do concedido aos ativos, por impossibilidade de avaliação do desempenho dos servidores inativos/pensionistas que se aposentaram antes da publicação da Lei 10.479/2002. Precedentes.

II. Apelação da União e remessa oficial, tida por interposta, providas.

Numeração única: 0027661-27.2007.4.01.3400

Apelação Cível 2007.34.00.027792-2/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Nunes Marques – 1ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 21/10/2011, p. 101

Previdenciário e Constitucional. Aposentadoria por idade. Trabalhador rural. Início de prova material. Não preenchimento dos requisitos. Benefício indevido.

I. Para a concessão do benefício de aposentadoria por idade de trabalhador rural é necessário o implemento do requisito etário, bem como comprovação do efetivo exercício de atividade rural, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondentes à carência do benefício pretendido (art. 39, I e art. 48, ambos da Lei 8.213/1991).

II. Apesar de juntada aos autos pelo requerente a sua Certidão de Casamento, na qual consta a sua qualificação como trabalhador rural, e a escritura de compra e venda de imóvel rural, tais documentos são inservíveis como início de prova material, uma vez que o próprio requerente afirmou, em seu depoimento pessoal, ter trabalhado em serraria há 19 (dezenove) anos, e, ainda, que devolveu o aludido imóvel ao proprietário pouco tempo depois de tê-lo comprado, tendo apenas um imóvel de 10 (dez) alqueires há cinco anos, de onde tira seu próprio sustento, fatos esses que descaracterizam, na hipótese, a condição de segurado especial que o legislador buscou amparar, mantendo-se, pois, a sentença recorrida.

III. Apelação desprovida.

Numeração única: 0032393-75.2011.4.01.9199/MT

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves – 2ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 20/10/2011, p. 501

Penal e Processual Penal. Recurso em sentido estrito. Competência. Delitos dos arts. 297 e 304 do Código Penal. Apresentação de documento falso, perante a Polícia Federal, com intuito de obter registro profissional de vigilante. Crime cometido em detrimento de serviço da União. Competência da Justiça Federal. Recurso provido.

I – Hipótese em que o denunciado apresentou documento público estadual (certificado de conclusão do 2º grau) falso à Polícia Federal, para que se expedisse, em seu favor, registro profissional de vigilante, mesmo que para trabalhar em empresa privada.

II – Competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, porquanto o documento reputado falso foi apresentado à Polícia Federal – que constitui serviço da União –, no intuito de que se expedisse certificado de formação profissional de vigilante, com registro e homologação pelo Departamento de Polícia Federal.

III – “Não há como negar a existência de interesse da União no presente feito, porquanto os documentos falsos foram apresentados perante órgão da Administração Federal responsável pela emissão do documento pleiteado pelo acusado” (TRF 1ª Região, Ap 2001.35.00.012821-0/GO, rel. Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado), 4ª Turma, e-DJF1 de 13/02/2009).

IV – Recurso provido, para fixar a competência da Justiça Federal.

Numeração única: 0007136-71.2009.4.01.3200

Recurso em Sentido Estrito 2009.32.00.007220-5/AM

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães – 3ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 28/10/2011, p. 664

Agravo de instrumento. Administrativo. Processual Civil. Ação por improbidade administrativa. Afastamento do exercício de funções e cargos públicos. Cabimento. Necessidade de preservação da instrução processual. Prova de existência de contrangimentos a testemunhas.

I. O poder geral de cautela do juiz admite o afastamento cautelar nas ações de improbidade administrativa quando for necessária a garantia da ordem pública administrativa a partir do exame das regras de experiência comum pela observação do que ordinariamente acontece.

II. Deve ser resguardada a imagem de moralidade e transparência da Administração Pública. Precedentes do STJ.

III. Não há prejuízos para os agravados que estão recebendo integralmente seus vencimentos.

IV. Agravo de instrumento provido.

Agravo de Instrumento 0011386-13.2010.4.01.0000/RO

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz – 4ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 09/11/2011, p. 8–9

Processual Civil. Ação de cobrança. Cartão de crédito. Ausência de contrato escrito assinado. Efetiva utilização do cartão. Prova.

I. A CEF juntou com a inicial o contrato de adesão, no qual consta que a adesão dos portadores ao sistema se dará com o desbloqueio do cartão, ou no momento em que utiliza, ou ainda com o pagamento da fatura mensal.

II. Tem-se como certo o desbloqueio do cartão, bem como a sua utilização, conforme documentação acostada aos autos.

III. Com a evolução da dinâmica social, não se pode olvidar a existência de formas complementares de vinculação à dívida, a exemplo das hipóteses do art. 371, III, do CPC. Assim, o aceite do cartão e sua utilização, devidamente comprovada, são suficientes para a propositura da ação de cobrança.

IV. Apelação provida.

Apelação Cível 0022894-38.2010.4.01.3400/DF

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida – 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 28/10/2011, p. 705

Civil e Processual Civil. Execução de título judicial. Honorários de sucumbência. Pedido de descon sideração da personalidade jurídica. Indeferimento. Agravo de instrumento. Seguimento negado. Agravo regimental. Despro vimento.

I. A descon sideração da personalidade jurídica, para se alcançar bens dos sócios e quitar dívida da sociedade, constitui medida extrema que somente se autoriza diante do preenchimento dos pressupostos legais.

II. Na hipótese, o fato de a sociedade não ter procedido à baixa nos registros perante a Junta Comercial não autoriza, por si só, a adoção da medida, pois não se pode inferir que a sociedade tenha agido com desvio de finalidade ou que tenha havido confusão patrimonial, nos termos do art. 50 do Código Civil.

III. Decisão mantida.

IV. Agravo regimental desprovido.

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 0007081-83.2010.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – 6ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 24/10/2011, p. 424

Processual Civil. Execução fiscal. Gratuidade de justiça. Presunção relativa. Não comprovação da incapacidade econômica. Gratuidade indeferida. Agravo regimental não provido.

I. A presunção de miserabilidade jurídica que deriva da declaração prevista no § 1º do art. 4º da Lei 1.060/1950 não é absoluta, podendo, conforme o caso, ser elidida (prova negativa) ou necessitando ser provada (prova positiva).

II. Presentes indícios contrários à miserabilidade jurídica, não há falar em gratuidade de justiça, ainda mais quando se trata de execução fiscal para quitação de débito com a União.

III. Se feito o preparo ante a negativa da gratuidade de justiça, perde força jurídico-processual o agravo regimental de inconformidade.

IV. Agravo regimental não provido.

V. Peças liberadas pelo relator, em Brasília, 18 de outubro de 2011, para publicação do acórdão.

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 0043832-35.2011.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral – 7ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 28/10/2011, p. 924

Processual Civil. Embargos à execução fiscal. Extinção por ausência de segurança do juízo. Impossibilidade. Nomeação de curador especial. Defensoria pública. Dispensa do oferecimento de garantia do juízo. REsp 1.110.548/PB, julgado no regime do art. 543-C do CPC. Representativo da controvérsia.

I. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.110.548/PB, na sistemática dos recursos repetitivos — art. 543-C do CPC —, firmou o entendimento de ser dispensado o curador especial de oferecer garantia ao juízo para opor embargos à execução.

II. O dever de embargar a execução não pode ser obstado pela ausência de garantia do juízo, uma vez que o curador especial exerce o múnus público, e dele não se pode exigir que coloque seus bens à disposição do juízo ou faça o depósito do valor executado.

III. Apelação a que se dá provimento, para afastar a rejeição liminar dos embargos e determinar o retorno dos autos à origem para prosseguimento do feito.

Numeração única: 0003711-16.2008.4.01.3800

Apelação Cível 2008.38.00.003793-0/MG

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 28/10/2011, p. 1.095

- ★ 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.

*De acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/1997.

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.

