

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

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Número 12 Ano 22/23 Dezembro /2010
Janeiro /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

Leandro Arantes de Melo – estagiário

Ludmila Ferreira de Araújo – estagiária

Paulo Souza da Silva

Pedro Eugênio Azevedo Lima

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

Revisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

Ludmila Ferreira de Araújo – estagiária

Paulo Souza da Silva

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

Entrevista

Pedro Eugênio Azevedo Lima

Editoração eletrônica

Carmozina Vitorina Martins da Costa

Leandro Arantes de Melo – estagiário

Luciana Fernandes Menezes

Ludmila Ferreira de Araújo – estagiária

Capa e projeto gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Distribuição

Joilma de Oliveira Souza – prestadora de serviço

Sandra Aparecida M. Mousinho – prestadora de serviço

Zilda Maria Regina Dutra

Impressão

Divisão de Serviços Gráficos – DIGRA/CENAG

Confecção de fotolitos

Ryobi Gráfica e Editora Ltda.

Colaboração

Divisão de Jurisprudência (pesquisa)

Coordenadoria de Taquigrafia (degravação/entrevista)

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-Geral:

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*

Corte Especial

Presidente:

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *José Amílcar Machado*

Corregedor-Geral:

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 *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *Souza Prudente*

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Amorim*

1ª Seção

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

2ª Seção

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

3ª Seção

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

4ª Seção

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

1ª Turma

Desembargadora Federal *Ângela Catão* – Presidente
Cargo vago (quinto constitucional – OAB)
Cargo vago (quinto constitucional – Ministério Público)

2ª Turma

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

3ª Turma

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

4ª Turma

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

5ª Turma

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

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 *Souza Prudente*
Desembargador Federal *Leomar Amorim*

Conselho de Administração

Desembargador Federal *Oiindo Menezes* – Presidente
Desembargador Federal *José Amílcar Machado* – Vice-Presidente
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro* – Corregedor-Geral
Desembargador Federal *Tourinho Neto*
Desembargador Federal *Catão Alves*
Desembargadora Federal *Assuete Magalhães*
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 Concurso — arts. 81 e 82, parágrafo único, RITRF1

Desembargador Federal *Olindo Menezes* – Presidente
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro* – Membro
Desembargador Federal *Souza Prudente* – Membro
Professor *Tarcísio Vieira de Carvalho Neto* – Membro (UnB)
Dr. *Raul Livino Ventim de Azevedo* – Membro (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*

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

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro* – Presidente
Desembargadora Federal *Ângela Catão*
Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*
Desembargador Federal *Tourinho Neto*
Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*
Desembargador Federal *João Batista Moreira*
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*
Desembargador Federal *Tolentino Amaral*
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Revista do Tribunal

Desembargador Federal *Ítalo Mendes* – Diretor

Escola da Magistratura Federal da Primeira Região — ESMAF

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – Diretor
Desembargador Federal *Ítalo 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



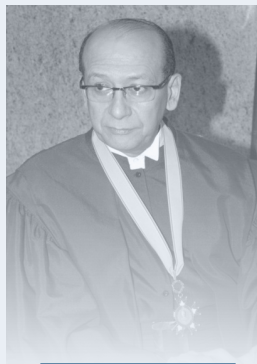
Desembargador Federal
Osmar Tognolo
maio/1997 – maio/1999



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 reforma do CPP – breves considerações sobre o projeto aprovado pelo Senado, 23 José Pimentel Neto	
Artigos Doutrinários	25
A delimitação do nexu causal: os influxos da teoria da imputação objetiva, 25 Fernando Capez	
O controle de constitucionalidade dos tratados internacionais, 35 Camila Carolina Damasceno Santana	
Tópicos Jurídicos	53
Aspectos da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, 53 Oscar Valente Cardoso	
Limites imanentes à substituição processual na fase de cumprimento das ações coletivas, 55 André Dias Fernandes	
Menor sob guarda e direito à pensão previdenciária, 60 Renato Martins Prates	
Inovações Legislativas	67
Lei 12.341, de 1º de dezembro de 2010, 67 Define prioridades para a destinação de produtos de origem animal e vegetal apreendidos na forma da lei, alterando as Leis 7.889, de 23 de novembro de 1989, e 9.972, de 25 de maio de 2000.	
Lei 12.344, de 9 de dezembro de 2010, 68 Altera a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento.	
Lei 12.345, de 9 de dezembro de 2010, 69 Fixa critério para instituição de datas comemorativas.	
Lei 12.347, de 10 de dezembro de 2010, 70 Revoga o art. 508 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943.	
Lei Complementar 137, de 26 de agosto de 2010, 71 Autoriza a participação da União em fundo destinado à cobertura suplementar dos riscos do seguro rural; altera dispositivos da Lei 10.823, de 19 de dezembro de 2003, da Lei Complementar 126, de 15 de janeiro de 2007, do Decreto-Lei 73, de 21 de novembro de 1966, do Decreto-Lei 261, de 28 de fevereiro de 1967, e da Lei 4.594, de 29 de dezembro de 1964; revoga dispositivos da Lei 8.171, de 17 de janeiro de 1991, da Lei 10.823, de 19 de dezembro de 2003, e do Decreto-Lei 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências.	

Corte Especial — Concurso público. Previsão de lotação ideal de varas federais. Inexistência de lei. Impossibilidade de nomeação. Surgimento de vaga após o término do prazo de validade do concurso anterior, 77

Numeração única: 0038040-76.2006.4.01.0000

Mandado de Segurança 2006.01.00.038868-4/TO

Relator: Desembargador Federal Carlos Olavo

Primeira Seção — Ex-combatente. Pensão especial. Violação a dispositivo de lei. Erro de fato. Ocorrência, 81

Numeração única: 0010609-33.2007.4.01.0000

Ação Rescisória 2007.01.00.011281-2/MT

Relator: Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado)

Segunda Seção — Ação declaratória. Nulidade de título. Prejudicialidade. Não ocorrência. Ajuizamento da rescisória por quem não foi parte da ação cujo acórdão pretende ver rescindido, 83

Numeração única: 0054997-84.2008.4.01.0000

Ação Rescisória 2008.01.00.054549-9/MT

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto

Terceira Seção — Condenação em honorários advocatícios. Cabimento. Inconstitucionalidade da Medida Provisória 2164-41/2001, 87

Numeração única: 0049597-55.2009.4.01.0000

Ação Rescisória 2009.01.00.053301-8/BA

Relator: Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo (convocado)

Quarta Seção — Conselho de fiscalização do exercício profissional (Economia). Anuidades devidas até o pedido de cancelamento, 89

Numeração única: 0059176-27.2009.4.01.0000

Ação Rescisória 2009.01.00.061874-4/AM

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral

Primeira Turma — Execução por título judicial. Prescrição. Termo *a quo*. Trânsito em julgado do título exequendo, 93

Numeração única: 0013909-32.2009.4.01.0000

Apelação Cível 2009.01.00.014218-9/MT

Relator: Juiz Federal Charles Renaud Frazão de Moraes (convocado)

Segunda Turma — Sindicato. Retenção de honorários advocatícios. Ausência de vínculo contratual entre os servidores substituídos e o patrono da causa, 95

Numeração única: 0032679-78.2006.4.01.0000

Agravo de Instrumento 2006.01.00.030622-0/RO

Relator: Desembargador Federal Francisco de Assis Betti

Terceira Turma — Ação civil por ato de improbidade administrativa. Professor de Universidade Federal. Regime de dedicação exclusiva. Sanções. Princípio da proporcionalidade, 97

Numeração única: 0009976-98.2003.4.01.3803

Apelação Cível 2003.38.03.010390-1/MG

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto

Quarta Turma — Prisão em flagrante. Pedido de liberdade provisória. Prova da materialidade. Índícios de autoria. Reiteração delitiva. Paciente primário e com residência fixa. Alegação de ocupação laboral lícita. Garantia da ordem pública, 102

Habeas Corpus 0063392-94.2010.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

Quinta Turma— Responsabilidade civil. Dano moral. Participação no Enade. Aluno não inscrito. Colação de grau. Possibilidade. Conduta do formando, 106

Numeração única: 0000723-81.2005.40.1.3200

Apelação/Reexame Necessário 2005.32.00.000725-1/AM

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

Sexta Turma — Auto de infração. Falta de especificação, na ATPF, do número da nota fiscal e da data do carregamento. Ilegalidade. Lei 9.605/1998, art. 46. Tipificação de crime ambiental. Possibilidade de aplicação de penalidade pela Administração, 110

Numeração única: 0000083-94.2005.4.01.4100

Apelação Cível 2005.41.00.000102-3/RO

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Sétima Turma — Quebra de sigilo bancário. Não comprovação de recusa a acesso a registros públicos. Falta de interesse de agir. Extinção sem julgamento do mérito, 114

Numeração única: 0005452-30.2008.4.01.3400

Apelação Cível 2008.34.00.005492-0/DF

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca

Oitava Turma — Majoração de taxa ou preço público para registro de diploma de curso superior, expedido por instituições públicas e particulares de ensino. Abusividade. Legitimidade ativa do Ministério Público Federal, 117

Numeração única: 0006421-84.2005.4.01.4100

Apelação Cível na Ação Civil Pública 2005.41.00.006448-7/RO

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Decisões Monocráticas

125

Existência de posterior pronunciamento da Corte Especial deste Tribunal acerca de idêntica questão constitucional arguida. Declaração de inconstitucionalidade do art. 29-C da Lei 8.036/90, incluído pela MP 2164-40, de 26/07/2001. Manifesta perda do objeto, 125

Arguição de Inconstitucionalidade 230418820014013300/BA

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães

Discussão sobre a constitucionalidade da incidência da contribuição social sobre o terço constitucional de férias pagos aos policiais civis do Distrito Federal. Determinação de exclusão da União do polo passivo e declinação da competência. Julgamento do feito pela Justiça do Distrito Federal e Territórios, 126

Agravo de Instrumento 0057439-52.2010.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Determinação para que o MP efetuasse o pagamento dos honorários periciais, no prazo de 30 dias, sob pena de extinção do feito. Entendimento de que não compete ao *Parquet* o depósito de tal verba, que não tem personalidade jurídica própria, 128

Agravo de Instrumento 0068709-73.2010.4.01.0000/MG

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

JEFS em Revista

131

Auxílio doença. Antecipação de tutela. Ação julgada improcedente. Devolução dos valores pagos. Impossibilidade. Verba alimentar, 131

Recurso Inominado: 2006.38.00.707846-2/MG

Relator: Juiz Federal Jorge Gustavo Serra de Macedo Costa

Auxílio doença. Aposentadoria por invalidez. Incapacidade total e definitiva. Qualidade de segurado comprovada. Doença preexistente. Agravamento do quadro clínico, 132

Numeração única: 0024301-07.2009.4.01.3500

Recurso JEF: 2009.35.00.702927-2/GO

Relator: Juiz Federal Paulo Ernane Moreira Barros

Direito da autora ao pagamento dos valores descontados em favor do Funsa e que excederam a alíquota de 3%. Prescrição dos valores descontados anteriores aos dez anos que antecederam o ajuizamento da ação, 134

Numeração única: 0034151-56.2007.4.01.3500

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2007.35.00.708781-1/GO

Relatora: Juíza Federal Maria Lúcia Gomes de Souza

Gratificação de Estímulo a Docência – GED. Extensão a inativos. Natureza impessoal da vantagem, 135

Numeração única: 41671-69.2009.4.01.3800

Recurso Inominado 2009.38.00.710942-3/MG

Relator: Juiz Federal Jader Alves Ferreira Filho

Breviário

137

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

Concurso vestibular. Não aprovação dentro do número de vagas. Pedido de matrícula e indenização. Improcedência. Violação a literal disposição de lei não configurada. Documento novo não apresentado. Erro de fato não comprovado.

Defensor constituído. Abandono da causa. Aplicação de multa. CPP, art. 265. Afronta ao princípio do contraditório.

Ação cautelar de atentado. Violação de imissão na posse.

Ação proposta sob o rito ordinário. Pedido julgado improcedente. Honorários advocatícios. Art. 20, § 4º, CPC. Ofensa.

Reajuste de benefício. Junho de 1999, 2000, 2001, 2002 e 2003. IGP-DI. Inaplicabilidade.

Benefício previdenciário. Implantação. Antecipação de tutela. Obrigação de fazer. Fazenda pública. Multa diária. Possibilidade.

Servidor público civil. Divórcio. Alimentos. Renúncia. Postulação posterior. Necessidade superveniente. Impossibilidade.

Serviço público. Licença maternidade. Lei 11.770/2008. Prorrogação por 60 (sessenta dias). Possibilidade. Decreto 6.690/2008.

Crime de desobediência. Ordem judicial. Ameaça de prisão em flagrante. Incompetência da autoridade coatora, no exercício da jurisdição cível. Precedentes.

Sonegação fiscal. Contribuição previdenciária. Auxílio alimentação. Pagamento *in natura*. Não incidência. Pagamento integral. Extinção da punibilidade. Falsificação de documento público. Potencialidade lesiva diversa. Princípio da consunção. Inaplicabilidade.

Restituição de coisa apreendida. Origem lícita e desinteresse ao processo.

Concurso público. Prazo para recurso no final de semana. Lei 9.784/1999. Impossibilidade.

Multa aplicada pelo Ministério da Agricultura. Fiscalização de produto de origem animal. Estabelecimento varejista. Falta de competência. Anulação do auto de infração.

Matrícula em dois cursos de graduação. Lei 12.089/2009. Vedação.

Transporte rodoviário interestadual de passageiros. Necessidade de autorização do Poder Público para exploração. Empresa não permissionária.

Exclusão do polo passivo de coobrigados. Manutenção da cobrança contra a massa falida. Questão incidental. Recurso cabível: agravo de instrumento. Interposição de apelação: erro inescusável.

Ex-sócia excluída da relação processual ao fundamento de ilegitimidade passiva *ad causam*. Condição de administradora e responsabilidade pessoal não comprovadas no período a que se refere a cobrança.

Direito controvertido com valor inferior a 60 salários-mínimos. Trânsito de veículo fora dos limites da Amazônia Ocidental. Termo de responsabilidade. Prazo excedido. Descumprimento da obrigação. Impossibilidade de suspensão da isenção do IPI.

Defensores públicos do Estado da Bahia. Pagamento de anuidade à OAB. Lei Complementar nacional 80/1994 e Lei Complementar do Estado da Bahia 26/2006. Inscrição na OAB. Exigência. Legitimidade.

Repositórios Oficiais de Jurisprudência, **145**

Normas de Envio de Artigos Doutrinários e Tópicos Jurídicos à Revista, **147**

O entrevistado deste mês é o Promotor de Justiça José Pimentel Neto, do Tribunal do Júri de Brasília, o qual faz um exame sobre alguns dos pontos do projeto de reforma do Código de Processo Penal, aprovado pelo Senado Federal no dia 07 de dezembro de 2010. Entre as questões examinadas está o fim da prisão especial para quem tem curso superior e a criação da figura do juiz de garantias.

A edição deste mês traz também um estudo sobre a delimitação do nexu causal e influxos da teoria da imputação objetiva, que se encontra disponível na Seção Artigos Doutrinários, a qual ainda oferece ao leitor um artigo sobre o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais.

Na Seção Tópicos Jurídicos, encontramos breves considerações sobre os aspectos da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, bem como sobre os limites imanentes à substituição processual na fase de cumprimento das ações coletivas e um estudo sobre o direito do menor sob guarda à pensão previdenciária.

Entre as inovações legislativas, vale destacar a Lei 12.344, de 09 de dezembro de 2010, que altera a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento.

Finalmente, seguindo uma das finalidades precípua da Revista, divulgamos decisões da Corte Especial e dos demais órgãos fracionários do Tribunal, com suas inovações e reiteraões.

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”.**



“Não achas que a igualdade, tal como a entendem, é sinónimo de injustiça?”

Josemaria Escrivá

A reforma do Código de Processo Penal – breves considerações sobre o projeto aprovado pelo Senado Federal

José Pimentel Neto*

“A prisão especial, baseada no requisito do curso superior é um anacronismo, principalmente com a difusão cada vez mais frequente, hoje, dos cursos superiores. (...) a divisão, ou a seleção, ou a separação dos presos pelo critério de proteção à integridade física e psíquica, procurando também atender para as semelhanças entre grupos deles, a natureza do crime cometido, é o bastante para se assegurar a proteção do preso e a paz nos presídios.”



Revista: No início do mês de dezembro de 2010, o Senado aprovou o projeto de lei que institui o novo Código de Processo Penal, colocando um fim na prisão especial para quem tem curso superior. Com as novas regras, esse regime permanece apenas para os casos de proteção à integridade física e psíquica do detento. Como o senhor avalia essa questão?

José Pimentel Neto: Esse é o modo correto de classificação do segregado, tenha ele a escolaridade que tiver. A prisão especial, baseada no requisito do curso superior é um anacronismo, principalmente com a difusão cada vez mais frequente, hoje, dos cursos superiores. E é, verdadeiramente, um atentado à Democracia e ao Estado de Direito criar dentro da sociedade uma categoria diferenciada de cidadãos. Então, a divisão, ou a seleção, ou a separação dos presos pelo critério de proteção à integridade física e psíquica – procurando também atender para as semelhanças entre grupos deles ou a natureza do crime cometido – é o bastante para se assegurar a proteção do preso e a paz nos presídios. A prisão especial foi criada,

exatamente, com o fim de proteção à integridade física, mas, desde sempre é um anacronismo. Nunca passou de um privilégio desarrazoado.

Revista: A criação da figura do juiz de garantias é uma das principais inovações trazidas pelo projeto de reforma do CPP. Teremos agora um magistrado especializado em investigação?

José Pimentel Neto: Pois é, eu também estou curioso para saber como isso vai ser efetivado. Até porque tenho dúvidas sobre a necessidade desse juiz de garantias, quando já temos um juiz e um promotor atuando na fase inquisitorial, cujas funções já englobam o zelo pela legalidade dos atos praticados e o respeito aos direitos do investigado (e essas seriam as razões de tal criação).

Revista: No que se refere ao tribunal do júri, existe alguma queixa recorrente que o Ministério Público entende que deveria ser acolhida pelo novo código?

*Promotor de Justiça do Tribunal do Júri de Brasília.

José Pimentel Neto: O Código de Processo Penal já passou por uma reforma parcial que abrangeu o procedimento do júri. Ela se deu em 2008. Então, ainda estamos avaliando a propriedade dessa reforma que, posso dizer, em quase todos os aspectos, mudou para melhor. Quanto àquilo que, eventualmente, possa vir a caracterizar queixa recorrente, nada ainda detectei. O que também pode ser explicado pelo pouco tempo de aplicação que têm as novas regras. O que posso dizer é que, basicamente, se manteve o critério anterior do julgamento popular, com uma melhor racionalização dos trabalhos (principalmente em plenário). Em resumo, ainda estamos testando esse novo sistema, mas estou bastante otimista em relação a ele.

Revista: Pelas novas regras, o inquérito policial passa a tramitar diretamente entre delegado e membro do Ministério Público. A triangulação existente hoje – delegado, juiz, promotor – é uma burocracia desnecessária?

José Pimentel Neto: Sem dúvida a triangulação é desnecessária. Mas, veja bem, temos que ter uma forma, também, de controle das investigações pelo juiz. Nesse novo sistema o controle seria realizado pelo denominado juiz de garantias.

Revista: O projeto do novo CPP traz também modificações significativas no instituto da ação penal, com a extinção da ação penal privativa do ofendido. Nessas hipóteses, o processo passa a ser iniciado por ação pública condicionada à representação do ofendido. Como o senhor vê essa questão?

José Pimentel Neto: É o correto a ser aplicado quanto à ação penal. A ação penal privada é uma anomalia. Na verdade, conforme sabemos, a justificativa da sua existência é apenas o de deixar nas mãos do ofendido a *persecutio criminis* nos casos em que o crime causa a ele (ofendido) um especial vexame. Ora, só que, sendo obrigação do Estado punir o crime, ao agir na justiça penal o particular, na verdade, passa a usurpar essa função/obrigação do Estado. E, observe-se que, nessa nova configuração, não se macula a razão de existir da ação penal privada, que é garantir a integridade moral do ofendido nesses crimes que especialmente a ofendem, e, já que necessita da sua representação de qualquer forma, o andamento da ação penal ou o início

da ação penal. Então, temos preservado o mesmo princípio que motivou a ação penal privada e retiramos do ofendido essa possibilidade de usurpar essa função/obrigação do Estado.

Revista: O Congresso Nacional está examinando também alguns projetos de lei que pretendem ampliar o rol dos crimes hediondos, incluindo, por exemplo, os crimes de peculato, corrupção e concussão. Como o senhor avalia essa questão?

José Pimentel Neto: A justa pena, esse é um ponto que precisamos rever no Brasil. Existem certos paradigmas que precisam ser quebrados, um deles é essa crença na prisão como a solução para tudo. Penso que nós devemos atacar todo e qualquer crime naquilo que gera no agente a vontade de cometê-lo. Os crimes de peculato, de concussão, de corrupção ativa e passiva têm um elemento que os fomenta, que é a ganância, é o lucro, é a busca do patrimônio, é a busca de benefício. Ora, esses crimes seriam melhor combatidos, independentemente de eventual pena de prisão, com o confisco de bens. Precisamos reavaliar ou quebrar esse paradigma de que, em matéria penal, a prisão é o remédio para todos os males.

Revista: Como o senhor avalia as ações que tentam tolher os poderes investigatórios assegurados constitucionalmente aos membros do Ministério Público?

José Pimentel Neto: Essa é uma questão delicada. O Ministério Público, como titular da ação penal, precisa ter o poder de realização de determinadas diligências, de determinados atos investigatórios, sem que isso configure qualquer invasão de atribuições ou espaço de outros órgãos. Veja bem, ele é o titular da ação penal. Como poderia estar invadindo a atribuição de alguém – que é o que se alega nesses casos, a esfera de atribuições da polícia judiciária – que é um órgão que só existe para fornecer elementos ao Ministério Público? Se a função dela é essa, o que impede o MP, que é o destinatário desses elementos, de produzi-los? Na verdade, essas ações não passam de expressões de interesses classistas. E, como sempre, nesses casos, o prejuízo há de ser arcado pela sociedade.

A delimitação do nexa causal: os influxos da teoria da imputação objetiva

Fernando Capez*

Sumário

Noções introdutórias; 2 A teoria da *conditio sine qua non* e a crise do dogma causal; 3 O resgate do conceito de imputação e o seu conteúdo valorativo; 4 Teoria da imputação objetiva; Considerações finais.

Noções introdutórias

A Constituição da República, em seu art. 5º, LVII, ao estatuir que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, consagrou o princípio da não culpabilidade, no sentido de que cabe ao Estado, enquanto titular exclusivo do direito de punir, a tarefa e o ônus de apurar e provar a responsabilidade individual, antes de cominar a sanção de qualquer natureza.

Ao Estado compete, mediante um procedimento previamente estabelecido em lei, no qual sejam obedecidas garantias exigidas pela Carta Constitucional (devido processo legal, ampla defesa, contraditório, publicidade, duplo grau de jurisdição etc.), demonstrar a ocorrência de um fato ilícito, comprovar a sua autoria, bem como a responsabilidade do autor para só então aplicar a correspondente sanção.

No Estado Democrático de Direito, perfil político-constitucional adotado por nossa Carta Magna (CF, art. 1º, *caput*), nenhum castigo, entendido como pena, pode ser imposto por presunção. Não importa aqui o ramo do ordenamento jurídico em que ocorra a sua imposição, cuja divisão obedece muito mais a necessidades doutrinárias e dogmáticas. Castigo é castigo. Não pode ser aplicado sem prévia comprovação de responsabilidade subjetiva e individual.

Ao empregar a expressão *culpado*, a CF pretende que ninguém seja punido sem que antes se esgote todo o procedimento apuratório da prática da conduta, de sua autoria, do nexa de causalidade entre tal conduta e o resultado juridicamente relevante, da sua tipicidade, incluídos aqui o dolo e a culpa, da sua antijuridicidade ou ilicitude e da culpabilidade do autor, entendida

essa como a possibilidade de responder por sua ação ou omissão.

Assume, aqui, especial relevo o estudo do nexa causal. Ao aplicador do Direito incumbe a tarefa de buscar barreiras para a contenção do *jus puniendi* estatal, constituindo o delineamento da relação causal, o seu mais importante instrumento, uma vez que o seu estabelecimento revela-se uma garantia contra o arbítrio do Poder Público.

Na realidade, o Direito Penal, por ser o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, é o ramo do Direito que detém a maior preocupação doutrinária em se aprofundar no estudo do dogma causal.

Isso porque a delimitação do nexa causal assume o importante papel de uma das vigas mestras do Estado Democrático de Direito, pois, sem a prova de que o resultado se deve à ação do agente, afasta-se qualquer pretensão punitiva estatal.

Por consequência, a missão de trazer luz à relação causal é, antes de mais nada, um dos grandes postulados de nossa democracia, que, tem como pórtico fundamental a proteção da dignidade humana, princípio contendor da pretensão punitiva, inserto na Constituição Federal, no art. 1º, inciso III.

Diante disso, a investigação dogmática da relação de causalidade demonstra-se tema de importância proeminente no âmbito do Direito Penal, Civil e Administrativo, sendo muitas as teorias destinadas à explicação da relação de causalidade, destacando-se a teoria da *conditio sine qua non*.

Entretanto, a Ciência Jurídica, ao estabelecer o nexa causal, sempre se pautou no modelo empírico-científico, menoscabando, portanto, o mundo dos valores, como se pudesse apartar o homem de sua própria natureza.

Seu paradigma, no estabelecimento do nexa causal, foi baseado no determinismo científico do conhecimento empírico, derivado da física e matemática, como forma de alcançar a estabilidade, a segurança. Assim, o encadeamento lógico do método científico, que procura explicar os fenômenos da natureza, foi transposto para o campo que rege as relações humanas e sociais, com menosprezo a

* Fernando Capez é procurador de Justiça licenciado e deputado estadual. Presidente da Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (2007-2010). Mestre em Direito pela USP e Doutor pela PUC/SP. Professor da Escola Superior do Ministério Público e de cursos preparatórios para carreiras jurídicas. Autor de várias obras jurídicas. Site: <<http://www.fernandocapez.com.br>>.

qualquer consideração valorativa, pois a ciência para ser denominada como tal não se compactuaria com a ideia de valores.

Ocorre que as próprias concepções empíricas vêm sofrendo um abalamento em suas estruturas sólidas edificadas ao longo dos séculos, colocando em dúvida o tão propalado ideal de estabilidade dos fenômenos quânticos relativos à Matemática e à Física, de forma a não mais se poder falar no princípio natural de que todo consequente deveria possuir necessariamente um antecedente preciso e determinado.¹

Tais considerações conduzem ao seguinte questionamento: se nas ciências empíricas está ocorrendo uma ruptura em suas estruturas edificadas ao longo dos séculos, como pode o Direito caminhar na contramão dos ventos inspiradores desse novo panorama que se descortina? Será possível continuar lastreando o *jus puniendi* estatal com base na mera causalidade física, isto é, na relação naturalística de causa e efeito, em se tratando de fatos sociais sujeitos às mais variadas condições e não de meros fenômenos da física?

A busca pela causalidade, informada, de forma complementar, por categorias valorativas, passa, dessa forma, a ser tema de grande importância para as ciências jurídicas, pois as relações que se estabelecem entre os homens envolvem juízos de valor.

Nesse contexto, insere-se a ideia básica da teoria da imputação objetiva. Seu ponto de partida é, portanto, a substituição da relação de causalidade, como único fundamento da relação entre a ação e o resultado, por outra relação elaborada sobre a base de considerações jurídicas e não naturais². Em outras palavras, busca-se a causalidade jurídica mais que uma causalidade apenas física.

Dessa feita, o resgate do mundo dos valores na imputação de um resultado é uma das pedras angulares do presente trabalho, pois, até então, o tipo penal, segundo Jakobs no prólogo de sua obra, “parecia estar composto e assentado em dados físicos e psíquicos (causalidade e dolo). Mas numa sociedade em que vários elementos estão vinculados a outras muitas circunstâncias, a causalidade carece de contornos determináveis”³.

Dessa forma, a busca por categorias valorativas, por se considerar que o direito não pode ser concebido como uma simples sucessão natural de fatos, acabou por se infiltrar no Direito Penal, considerado, em face do primado da segurança jurídica, o sistema mais fechado, inflexível, frente às categorias jurídico-valorativas, de onde resulta a necessidade de um novo olhar, novo enfoque, uma nova concepção do nexos de causalidade jurídica.

Na entrada do terceiro milênio, continuar admitindo no âmbito jurídico uma teoria que pertence ao campo das ciências físicas, desprovida de conteúdo axiológico, é caminhar na contramão da evolução do pensamento jurídico e filosófico.

Nesse cenário, será estudada a teoria da imputação objetiva.

2 A teoria da *conditio sine qua non* e a crise do dogma causal

A grande questão que se coloca consiste em estabelecer a relação causal entre uma ação e um resultado. A preocupação de estabelecer a causa de algo dado ou existente é pertinente a todo estudo filosófico. Onde? De onde? Por quê? Para quê? São questionamentos inerentes à própria condição humana.

O conceito de causalidade, nesse sentir, antes de ser jurídico, é filosófico, consistindo na referência entre o comportamento humano e o resultado superveniente.

Diante dessa vagueza conceitual, as Ciências Jurídicas adotaram as formulações de tendência empírico-científica. O acolhimento do propalado ideal de estabilidade, segurança dos fenômenos quânticos relativos à Matemática e à Física, teve por fim afastar quaisquer incertezas, questionamentos, influências que pudessem interferir nessa relação de causa e efeito, de forma a se poder afirmar o princípio natural de que todo consequente deveria possuir um antecedente preciso e determinado.

Considera-se a teoria newtoniana a primeira formulação estruturada em termos de um determinismo causal estrito:

Historicamente, foi a teoria newtoniana a primeira formulação estruturada em termos de um determinismo causal estrito e com o instrumental adequado para realizar as tarefas de uma teoria científica tal como concebemos hoje. Essa teoria ofereceu uma imagem do mundo como sendo totalmente previsível e passível de conhecimento desde que as condições iniciais de posição e velocidade dos corpos fossem conhecidas. A

¹ CAPEZ, Fernando. *Limites Constitucionais à Lei de Improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

² BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: parte geral*. Trad. André Estefam. Rev. Edilson Mougnot Bonfim. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 246.

³ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. 2. ed. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 9.

estruturação da mecânica se fez tendo por base as conhecidas três leis de Newton, que durante muito tempo todos pensaram ser insuperáveis. E isto devido ao fato de que elas apareceram como verdadeiras leis da natureza. Não se imaginava que elas pudessem, um dia, ser falsificadas ou mesmo abandonadas em favor de uma teoria melhor. Aliás, até hoje, se aprende nas escolas a mecânica clássica e não a relativista⁴.

Assim, toda explicação científica seguiria o mesmo padrão e os fenômenos poderiam ser amarrados por encadeamentos racionais, permitindo uma imagem do mundo unitária e coerente.

Desse modo, o sistema naturalista ou clássico, sob a influência do positivismo, baseia-se num determinismo causal, nas leis da natureza e, nessa concepção, o mundo era completamente previsível. Nesse contexto, foi cunhado o conceito clássico de delito, o qual buscou transportar a exatidão das ciências naturais para o sistema jurídico-penal.

Nesse sistema, o crime dividia-se em três partes: fatos típicos, antijurídicos e culpáveis⁵. A primeira parte, o tipo, abarcava todos os aspectos objetivos do crime, enquanto a culpabilidade ficava com os de natureza subjetiva (dolo e culpa). Logo, a parte externa do crime referia-se ao tipo e a interna, à culpabilidade.

Nesse panorama, em que o importante é a busca de uma relação exata entre a condição e o resultado, o tipo penal se perfaz toda vez em que uma condição for capaz de provocar o resultado nele previsto, acarretando com isso perigoso alargamento do tipo, pois, afirma Claus Roxin que, pela *conditio sine qua non*, considera-se que praticou a ação de matar todos aqueles que contribuíram para o resultado, “O fabricante e o vendedor do revólver e da munição, aqueles que ocasionaram a desavença da qual resultou

o tiro, até mesmo os pais e outros ascendentes do criminoso”⁶.

O aplicador da lei, desse modo, somente poderia realizar as restrições à responsabilidade penal em uma etapa posterior à análise do juízo de tipicidade, qual seja, quando do exame da antijuridicidade ou, em uma última etapa, na esfera da culpabilidade, onde se localizavam todos os elementos subjetivos do delito.

As Ciências Naturais, dessa maneira, tornam-se o paradigma de todas as Ciências, em especial, da Ciência Jurídica. Procura-se, por intermédio do estabelecimento da causa e do efeito, sob o enfoque meramente naturalista, aproximar as Ciências Jurídicas do ideal de estabilidade, segurança dos fenômenos quânticos relativos à matemática e à física, afastando quaisquer incertezas e questionamentos, bem como eventual influência social que pudesse interferir nessa relação de causa e efeito. Trata-se, pois, de um fenômeno preciso.

O Direito, portanto, passa a lastrear-se sobre leis naturais gerais, sendo a construção das relações causais uma apreensão dos fenômenos. Dessa forma, o conteúdo valorativo seria uma antítese do conhecimento científico, pois modelos de ciência são a Física, a Biologia, a Psicologia. Não há o que valorar, ao juiz apenas incumbe verificar se o autor causou o resultado preenchendo o tipo penal. Se tal causação foi ao menos previsível, haverá culpabilidade.⁷

Disso decorre que o sistema naturalista tem a pretensão de resolver problemas jurídicos por meio do conhecimento da realidade pré-jurídica, bastando para tanto a mera subsunção automática do fato ao tipo penal, sem qualquer análise valorativa, vendo-se obrigado “a chamar de adúltero aquele que constrói a cama na qual se consuma o adultério, declarando a ação de construir a cama típica e ilícita, porque causadora do resultado”⁸.

Por derradeiro, pela *teoria dos equivalentes causais*, toda e qualquer conduta que, de algum modo, ainda que minimamente, tiver contribuído para a produção do resultado deve ser considerada sua causa. Nas palavras de Enrique Bacigalupo:

⁴ MATALLO JR. Heitor. Mito, metafísica, ciência e verdade. In: CARVALHO, Maria Cecília M. de (org.). *Metodologia científica: fundamentos e técnicas*. 11. ed. Campinas: Papirus, 2001, p. 42. No mesmo sentido, afirmam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli: “No início, o conceito causalista de conduta apoiou-se sobre a base filosófica do positivismo mecanicista, herdado das concepções da Ilustração e, portanto, tributário das concepções físicas de Newton. Tudo são causas e efeitos, dentro de um grande mecanismo que é o universo, e a conduta humana, como parte dele, também é uma sucessão de causas e efeitos. Esta é, em última análise, a base filosófica do sistema construído por Franz Von Liszt e por Ernest Von Beling (sistema de Liszt-Beling)” (*Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 423).

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 31, v. 3.

⁶ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.101-102.

⁷ Nesse sentido: GRECO, Luís. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*, cit., Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 10-13.

⁸ Nesse sentido: GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, out./dez. 2000, p. 122-124.

Essa teoria abre mão da determinação de uma causa do resultado e afirma que todas as suas condições têm idêntica e equivalente qualidade causal. Causa do resultado morte é tanto a ação que produziu uma lesão leve na vítima como o incêndio no hospital em que a pessoa morreu enquanto recebia tratamento⁹.

Em síntese, tem-se que tudo aquilo que, excluído da cadeia de causalidade, ocasionar a eliminação do resultado deve ser tido como sua causa, pouco importando se, isoladamente, tinha ou não idoneidade para produzi-lo.

Prevaleceu, portanto, a teoria da *conditio sine qua non*, que foi adotada pelo Código Penal pátrio. Oriunda do pensamento filosófico de John Stuart-Mill, tal teoria, refletindo sobre a sucessão de fenômenos, concluiu que raramente ou nunca, o conseqüente resulta de um só antecedente, visto que quase sempre provém da totalidade dos múltiplos antecedentes.

Logo, causa é toda ação ou omissão anterior que tenha contribuído para a produção do resultado (CP, art. 13, *caput*), ou seja, tudo o que concorre para o resultado deve ser considerado causa. Afirma Jiménez de Asúa: “causa é inescusavelmente o conjunto de fatores, que precederam a produção de um fenômeno, inclusive os passivos e os aparentemente mais distantes dele”¹⁰.

Dessa feita, a lei atribui relevância causal a todos os antecedentes do resultado, considerando que nenhum elemento de que dependa sua produção pode ser excluído da linha de desdobramento causal. Não existe diferença entre causa e condição ou causa e concausa.

A concepção de Stuart-Mill de que causa é a totalidade das condições levou Julius Glaser e depois Maximilian Von Buri¹¹ a concluir, raciocinando ao contrário, que qualquer das condições que compõem a totalidade dos antecedentes é causa do resultado, pois a sua inocorrência impediria a realização do evento.

Daí decorreu a conclusão de que todas as condições cuja eliminação *a posteriori* revelar serem necessárias à produção do evento são equivalentes¹². Tudo aquilo, portanto, que, retirado da cadeia de causa

e efeito, provoca a exclusão do resultado considerase sua causa. Damásio de Jesus arrola o seguinte exemplo:

Suponha-se que A tenha matado B. A conduta típica do homicídio possui uma série de fatos, alguns antecedentes, dentre os quais podemos sugerir os seguintes: 1º) a produção do revólver pela indústria; 2º) aquisição da arma pelo comerciante; 3º) compra do revólver pelo agente; 4º) refeição tomada pelo homicida; 5º) emboscada; 6º) disparo de projéteis na vítima; 7º) resultado morte. Dentro dessa cadeia de fatos, excluindo-se os fatos sob os números 1º a 3º, 5º e 6º, o resultado não teria ocorrido. Logo, são considerados causa. Excluindo-se o fato sob o número 4º (refeição), ainda assim o evento teria acontecido. Logo, a refeição tomada pelo sujeito não é considerada causa¹³.

A esse sistema, preconizado por Thyren como de aferição, dá-se o nome de “procedimento hipotético da eliminação”, aplicando-se a fórmula *sublata causa tollitur effectus*¹⁴.

Diante da teoria da equivalência dos antecedentes, não poderia haver uma responsabilização muito ampla, na medida em que são alcançados todos os fatos anteriores ao crime? Conforme assinalam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

Se suprimirmos mentalmente o pecado original, desaparecem todos os delitos; se supomos que o pai e a mãe do homicida nunca tivessem gerado um filho, desapareceria o resultado morte; se não existisse um hotel, lá não teria sido possível o cometimento de um adultério¹⁵.

Indaga-se se essa linha de raciocínio não conduziria a um *regressus ad infinitum*. Afirma-se que não, pois a responsabilidade penal exigiria, além do mero nexos causal, nexos normativo. A teoria da equivalência dos antecedentes situa-se no plano exclusivamente físico, resultante da aplicação da lei natural da causa e efeito. Assim, pode-se afirmar que o pai e a mãe, do ponto de vista naturalístico, deram causa ao crime cometido pelo filho, pois, se este não existisse, não teria realizado o delito. Não podem, contudo, ser responsabilizados por essa conduta, ante a total ausência de voluntariedade. Se não concorreram para a infração com dolo ou culpa, não existiu, de sua

⁹ BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 230.

¹⁰ ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. 4. ed. Buenos Aires: Losada, 1983, t. 3, p. 424-425.

¹¹ JESCHECK, H. H. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. 3. ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1981, v. I, p. 381.

¹² REALE JÚNIOR, Miguel. *Parte geral do Código Penal: nova interpretação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 33.

¹³ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 248.

¹⁴ ASÚA, Luis Jiménez de. *Principios de derecho penal: la ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot/Sudamerica, 1990, p. 221.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual do Direito Penal brasileiro: arte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 474.

parte, conduta relevante para o direito penal, visto que, como já estudado, não existe ação ou omissão típica que não seja dolosa ou culposa.

Afirma-se, pois, que a teoria naturalista ou causal está hoje superada. Em pleno século XXI, torna-se inadmissível dizer que crime é aquilo que está definido em lei como tal, sem preocupações de ordem material e sem levar em conta se a ação foi consciente e voluntária.

Como continuar, portanto, admitindo que um comportamento fosse considerado previsto como criminoso pela mera correspondência objetiva entre conduta e resultado naturalístico? Sem a valoração subjetiva, o Direito Penal torna-se tão utilitário quanto o aplicado em sua origem, consoante a correta crítica de Hans Welzel, que, por intermédio da teoria finalista, propugnou a finalidade como elemento inseparável da conduta e sem o qual não existe conduta típica.

Ao Direito Penal, por conseguinte, não interessam os resultados produzidos sem dolo ou culpa, porque sua razão maior de existir funda-se no princípio geral da evitabilidade da conduta, de modo que só se devem considerar penalmente relevantes as condutas propulsadas pela vontade, pois só essas poderiam ter sido evitadas.

Em outras palavras, pelas leis da Física há uma inegável relação de causa e efeito entre pais, filho e crime. É evidente que, sem os primeiros, não existiria o autor da infração; logo, do ponto de vista físico-naturalístico, aqueles constituem uma das causas. No entanto, para o Direito Penal, é insuficiente o nexó meramente causal-natural, sendo imprescindível para a existência do fato típico a presença do dolo ou da culpa (necessários para a tipicidade).

A adoção da teoria da equivalência dos antecedentes gerou muitas críticas, na medida em que, para a pessoa não ser responsabilizada por um resultado, é preciso que não tenha atuado com dolo ou culpa em relação a ele (sem dolo e culpa não há fato típico)¹⁶.

A parede de contenção do *jus puniendi* reside, por derradeiro, na falta de imputação subjetiva, uma vez que ausente o nexó normativo, não há responsabilização do agente. Desse modo, a teoria finalista da ação teve o mérito de acrescentar ao conceito de tipo formulado pelo naturalismo o elemento subjetivo. No entanto, conforme Claus Roxin, seu progresso limita-se somente a isso, pois continua a considerar suficiente a

mera relação de causalidade para a realização do tipo objetivo, o qual continua demasiadamente extenso.¹⁷

Isso quer dizer que somente não resultam absurdos da *conditio sine qua non*, como a responsabilização dos pais pelos crimes cometidos pelos filhos, devido à ausência do dolo e da culpa. Relação causal, porém, para referida teoria existiu, mas os pais não respondem pelo crime porque não tiveram dolo nem culpa em relação ao resultado.

O principal entrave, dessa forma, é a exclusiva dependência do nexó normativo, para que não ocorram absurdos jurídicos. No plano objetivo, porém, a *conditio sine qua non* admite a relação causal. Desse modo, conforme assinala Enrique Bacigalupo:

A teoria da condição ou da equivalência dos antecedentes encontra dificuldades para separar, como irrelevantes, as contribuições ao fato que estão muito distantes do momento da ação (por exemplo, o operário que intervém na fabricação da arma realizaria a conduta que também é causa do homicídio cometido com ela). Por esse motivo, aqueles que partem dessa teoria restringem logo a punibilidade aos nexos relevantes juridicamente¹⁸.

Nesse prisma, o sistema naturalista pretende resolver problemas jurídicos por meio do conhecimento da realidade pré-jurídica, bastando, para isso, a mera subsunção automática do fato ao tipo penal, sem qualquer análise valorativa, o que torna o tipo penal demasiadamente extenso.¹⁹

Finalmente, Santiago Mir Puig demonstra as dificuldades trazidas pela teoria em estudo, a qual conduz a uma determinação amplíssima da causalidade, que tende ao infinito, a ponto de a concepção do assassino por sua mãe ser a condição para que este pudesse matar a sua vítima, e, portanto, da morte desta, o mesmo podendo se dizer de todos os seus antepassados, surgindo daí a necessidade de se buscar um conceito de causalidade mais restrito. Assim, a atual doutrina dominante na Alemanha sustenta que no plano da causalidade é correta a teoria da equivalência, e que sua limitação deve ser buscada, exigindo-se além da relação causal, a imputação objetiva²⁰.

¹⁶ Nesse sentido: CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002., p. 134-135.

¹⁷ ROXIN, *op. cit.*, p. 102.

¹⁸ BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 232.

¹⁹ GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Revista cit., p. 122-124.

²⁰ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 6. ed. Barcelona: Reppertor, 2002, p. 237.

Busca-se, assim, ao lado da causalidade natural uma causalidade jurídica, informada por conteúdos valorativos.

3 O resgate do conceito de imputação e o seu conteúdo valorativo

A imputação de um comportamento a um sujeito como obra sua constitui a pedra fulcral do Direito, pois constitui a solução de uma questão imprescindível à responsabilização do agente nos delitos de resultado: quais são os acontecimentos produtos de sua ação?

Luís Greco, ao analisar a imputação no seio do Direito Penal, afirma que “imputar significa atribuir algo a alguém; imputação é a valoração de algo como atribuível a alguém”²¹.

Nesse contexto, somente se poderá falar em imputação a partir do momento em que se admitir que a teoria do delito não se esgota em descrições ou verificações de fatos, mas constitui um conjunto de valorações a que se há de submeter determinado fato, para que ele possa ser considerado um crime. Nesse momento ocorre a transição do naturalismo para o neokantismo²².

É, portanto, a partir do neokantismo que as ciências da cultura passam a ter lugar de destaque ao lado das ciências da natureza, pois o Direito, como ciência da cultura, jamais poderia trabalhar com conceitos empíricos e avalorados. Neste momento, a teoria da causalidade entra em crise²³, deixando o fato típico de ser apenas a descrição de um acontecimento externo, isto é, o tipo não é mais concebido como pura causalidade, instante em que “começa a fazer sentido perguntar o que faz de uma causação qualquer uma causação típica. Noutras palavras: a partir desse momento começa a interessar o problema da imputação”²⁴.

É na doutrina filosófica de Hegel que o civilista e jusfilósofo Larenz, em 1927, em sua tese de doutorado, busca inspiração para formular a teoria da imputação²⁵.

Larenz redescobriu o conceito de imputação, o qual, sob influência do naturalismo, havia sido esquecido.

Desse modo, Larenz primeiramente expôs o pensamento de Hegel, para somente depois adaptá-lo às exigências do Direito²⁶, desenvolvendo a teoria da imputação objetiva para o Direito Civil.

Por derradeiro, embora tenha sido amplamente divulgada, aplicada e discutida na seara penal, onde encontrou maior ressonância, verifica-se que a teoria da imputação objetiva teve o seu nascedouro no Direito Civil.

Nos seus estudos sobre o dano indenizável, Larenz parte do pressuposto de que o conceito geral de causalidade não basta para separar as consequências jurídicas relevantes imputáveis das que não deverão ser levadas em conta para a determinação dos danos, por serem demasiadamente remotas e acidentais ou fortuitas.²⁷

Nesse cenário, conclui que a responsabilidade não pode ser estendida ilimitadamente, concebendo que o conceito natural de causa não contém dita limitação das consequências, tal como exige a ideia de responsabilidade. Daí que fracassam todos os intentos de derivar essa limitação do mesmo conceito causal²⁸.

Dessa forma, afirma Larenz que ao responsável pelo fato somente lhe podem ser imputadas e levadas em conta na determinação do dano as consequências adequadas ao fato gerador da responsabilidade. Trata-se, no caso, de uma imputação objetiva das consequências produzidas, não de uma imputação subjetiva a título de culpa.

Transcorridos três anos após os estudos de Larenz, no âmbito da teoria da imputação objetiva, Honig, em 1930²⁹, ao revisar a obra daquele, procurou aplicar a teoria da imputação no campo da dogmática jurídico-penal, com base na persecução objetiva da finalidade

Com Honig, passa-se a conceber que o Direito não mais poderia considerar suficiente o mero nexo

Universität Göttingen, Leipzig, 1927, t. 4, apud CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Op. cit.*, p. 62.

²⁶ GRECO, Luís. In: ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 15.

²⁷ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editoria Revista de Derecho Privado, 1959, t. II, p. 197.

²⁸ LARENZ, *op. cit.*, 1958, t. I., p. 199.

²⁹ “Kausalität und objektive Zurechnung, Breitag zur Strafrechtswissenschaft”, *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 16. August 1930*, Band I, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1930, pp. 174/201, apud CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Op. cit.*, p. 63.

²¹ GRECO, Luís. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 10.

²² GRECO, Luís. In: ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 10.

²³ GRECO, Luís. In: ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 13.

²⁴ GRECO, Luís. In: ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 13-14.

²⁵ Karl Larenz: “Hegelszurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtstheorie des dritischen Idealismus und zur Lehre von der *juristischen Kausalität*”. *Abhandlungen der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der*

causal entre a ação e o resultado, passando a ser um imperativo da ordem jurídica o nexó normativo, isto é, o nexó construído segundo as exigências da ordem jurídica. Com ele, opera-se, portanto, a distinção entre a questão da causalidade física da questão normativa, axiológica (imputação)³⁰.

Em 1970, Claus Roxin reaviva o debate em torno da ideia da imputação objetiva expondo a teoria da imputação de Honig, e parte para a elaboração do princípio do risco³¹. Assim, é possível afirmar que na modalidade em que é aplicada, desenvolvida e discutida atualmente, a teoria da imputação objetiva é devida, fundamentalmente, a vários artigos publicados por ele.

A imputação objetiva, a partir do sistema de Claus Roxin, passa a constituir a atribuição a alguém de uma conduta criadora de um risco juridicamente proibido. Com tal sistema, extrai-se o significado social da conduta, sempre orientado, pelos fins do Direito Penal, isto é, por princípios teleológico-normativos. Tal teoria encontra-se, portanto, no campo dos valores e não das ciências físicas.

Pode-se afirmar, portanto, que a espinha dorsal da moderna teoria da imputação objetiva é o princípio do risco.

Logo, não basta a finalidade de lesionar o bem jurídico, pois dentro de um Estado Social de Direito, a fim de proteger bens jurídicos e exercer a prevenção geral, o Direito Penal somente pode proibir condutas *ex ante* perigosas, que gerem um risco juridicamente relevante³².

Sucede que nem todas as condutas perigosas são juridicamente relevantes, pois, do contrário, a vida social seria completamente paralisada. Daí porque o Direito Penal objetiva a proteção de bens jurídicos, mas não a qualquer custo, estando o ordenamento jurídico disposto a aceitar a prática de ações perigosas:

De outro lado, afirma Luís Greco que para um resultado ser imputado a alguém, deve ter relação com o risco por ele criado, pois como poderia o Direito Penal puni-lo por riscos que não foram por ele provocados, os quais, portanto, sequer poderiam ter sido evitados. Tal punição não faria sentido do ponto de vista da função preventivo-geral negativa do Direito Penal, consistente na intimidação de potenciais ofensores. Da mesma forma, do ponto de vista da prevenção geral positiva, consistente na reafirmação do ordenamento

jurídico violado, também não faz sentido essa punição, pois os cidadãos somente compreenderão o sentido reprovável de um comportamento proibido se o resultado por ele causado não o suceder por acaso, mas como a realização do risco criado pelo autor³³.

Segundo o autor, a realização do risco depende de requisitos decorrentes da ideia preventivo-geral: a) a previsibilidade do resultado e do curso causal que a levou, pois não se pode querer evitar, mediante a ameaça penal, aquilo que ninguém pode prever; b) o resultado deve pertencer àquele círculo que a norma de determinação pretendia evitar: resultados alheios ao fim de proteção da norma não são imputáveis³⁴.

Opera-se, assim, a funcionalização do tipo, o qual passa a cumprir uma função preventiva. Desse modo, “ao considerar a ação típica uma realização de um risco não permitido dentro do alcance do tipo, estrutura o ilícito à luz da função do Direito Penal”³⁵.

Nesse sentido, a funcionalização do tipo faz com que mereçam ser proibidas ações *ex ante* perigosas, que ultrapassem o risco permitido. Igualmente, a função preventiva só será plenamente satisfeita se o risco *ex post* realizado no resultado seja aquele que o autor criou, e não um outro.

A moderna teoria da imputação objetiva parte de um “conjunto de pressupostos que fazem uma causação ser típica, a saber: a criação e realização de um risco não permitido em um resultado”³⁶.

Diante disso, é possível dizer que Larenz e Honig não são mais que um ponto de partida, que “não dá ideia alguma do desenvolvimento ulterior da concepção”³⁷, pois muito embora a nova teoria da imputação também se ocupe de excluir os acontecimentos fortuitos do tipo, possui um campo de aplicação bem mais extenso que em seus primórdios, com Larenz e Honig. Os resultados da teoria antiga limitavam-se, em essência, àquilo que à época já se podia obter por meio da teoria da adequação ou relevância³⁸.

³⁰ GRECO, Luís. In: ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 22.

³¹ GRECO, Luís. In: ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 57-58.

³² Nesse sentido: GRECO, Luís. In: ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 80-82.

³³ GRECO, Luís. In: ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 84-85.

³⁴ GRECO, Luís. In: ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 86.

³⁵ ROXIN, *op. cit.*, p. 79-80.

³⁶ GRECO, Luís. In: ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 15.

³⁷ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*, *op. cit.*, p.125.

³⁸ ROXIN, *loc. cit.*

4 Teoria da imputação objetiva.

Considerações finais

A teoria da imputação objetiva parte da premissa de que a equivalência dos antecedentes, adotada pelo Código Penal em seu art. 13, é muito rigorosa no estabelecimento do nexos causal, na medida em que se contenta com a mera relação física de causa e efeito, simples formulação de *input* (fornecimento de dados, causas) e *output* (resultado), na terminologia de Jakobs³⁹. Seu ponto de partida é a substituição da relação de causalidade, como único fundamento da relação entre a ação e o resultado, por outra relação elaborada sobre a base de considerações jurídicas e não naturais⁴⁰. Em outras palavras, busca-se a causalidade jurídica mais que uma causalidade apenas física.

Trata-se da criação de requisitos para que se estabeleça um nexos valorativo e normativo entre ação e resultado, de modo que a relação de causalidade seja muito mais do que um mero liame físico de causa e efeito, constatável pela simples eliminação hipotética do fato antecedente.

Os pais possuem uma relação física de causa e efeito em relação ao crime cometido pelo filho, pois sem os primeiros não existiria o criminoso. Tal elo é físico, pertence às ciências naturais e apenas constata uma ligação de caráter naturalístico que não pode ser negada, pois não depende de apreciação valorativa, mas de mera constatação de uma realidade concreta. Não importa o que se pense disso, é fato inegável que sem os pais o filho não existiria, e sem existir, por óbvio, não cometeria crime algum.

A imputação objetiva, no entanto, repugna a teoria física da *conditio sine qua non* para ditar o nexos causal no Direito. A constatação física de um fato que não pode ser negado pertence ao campo das ciências físicas e naturais, não ao Direito, valorativo por excelência.

O resultado jurídico homicídio produzido pelo filho não pode ser objetivamente imputado aos pais como seus causadores, pois a relação de causa e efeito para o campo jurídico pressupõe muito mais do que o mero liame físico-causal.

Desse modo, os pais, que geraram o filho, criaram o risco para a sociedade de que ele viesse a se tornar um criminoso. Tal risco, no entanto, é normal e

decorre do simples nascimento de um novo ser. Nem por isso a concepção de humanos deve ser proibida. Se, futuramente, o infante se tornar um assassino, nenhuma relação causal relevante para o Direito poderá ser estabelecida entre o encontro de seus pais no ato de concebê-lo e o crime por ele cometido. No campo da física, cuja causalidade é ditada pela lei de causa e efeito, talvez, já que sem os pais o filho não existiria e sem isso, não cometeria o homicídio. Tal constatação, porém, é irrelevante para o estabelecimento causal normativo: os pais não guardam nenhum elo jurídico com o crime praticado pelo filho.

Nesse sentido é que se emprega o termo imputação objetiva.

Há requisitos de natureza axiológica necessários para o estabelecimento do nexos causal, isto é, da atribuição objetiva de um resultado juridicamente relevante a uma determinada ação.

Só haverá, portanto, imputação do resultado ao autor do fato se o resultado tiver sido provocado por uma conduta criadora de um risco juridicamente proibido ou se o agente, com seu comportamento, tiver aumentado a situação de risco proibido e, com isso, gerado o resultado. Em contrapartida, se, a despeito de ter fisicamente contribuído para a produção do resultado, o autor tiver se conduzido de modo a ocasionar uma situação de risco tolerável ou permitido, o resultado não lhe poderá ser imputado.

Consoante assinala Antonio Luíz Chaves Camargo,

O risco permitido está presente em todo contato social, inclusive naquelas situações em que houve boa-fé, como adverte Jakobs, citando como exemplos o contato corporal, apertar das mãos que pode transmitir uma infecção, o tráfego de veículos que pode produzir um acidente, um alimento que pode estar em mau estado; uma anestesia que tenha consequências, apesar de ter sido observada a *lex artis*; uma criança pode sofrer um acidente, embora todas as cautelas sejam tomadas; uma pessoa idosa pode sofrer um derrame, mesmo recebendo uma notícia alegre. Todas as situações não são praticadas para determinar danos ou prejuízos, mas não se pode renunciar à vida em sociedade que é uma vida de risco.⁴¹

Antes, portanto, de se estabelecer até onde vai a imputação penal pelo resultado, é necessário extrair da sociedade quais são os seus anseios, sendo imprescindível estabelecer o papel social que cada um representa, firmando-se, a partir daí, as responsabilidades individuais. Aquele que concorre

³⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e Jose Luiz Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 228.

⁴⁰ BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 246.

⁴¹ *Imputação objetiva, op. cit.*, p. 140.

para uma lesão, mas apenas cumprindo, rigorosamente, o papel social que dele se espera, não pode ser incluído na relação causal para fins de aplicação do Direito Penal.

A conclusão de Günther Jakobs é a de que a mera causação do resultado, ainda que dolosa, resulta de maneira manifestamente insuficiente para fundamentar, por si só, a imputação. Sim, porque se o Direito Penal tivesse por fim eliminar todo e qualquer risco resultante do contato social, mediante a prevenção geral e especial (previsão *in abstracto* e aplicação efetiva da sanção penal), a sociedade ficaria completamente paralisada.

Pode-se, dessa maneira, afirmar que a finalidade da imputação objetiva do comportamento é a de considerar penalmente relevantes apenas aquelas condutas que se desviam do papel social que se espera de determinado agente.

Ocorre uma proibição de regresso em relação ao comportamento padronizado, o qual, por ser esperado, acaba-se tornando inócuo e não ingressa na cadeia de causalidade. Se o risco decorre de uma conduta normal e socialmente adequada, ou mesmo permitida ou tolerada pelo ordenamento jurídico, não se poderá atribuir eventual dano daí decorrente ao seu autor. O Direito não pode permitir um comportamento e depois censurá-lo.

Risco permitido, portanto, é aquele que decorre do desempenho normal das condutas de cada um, segundo seu papel social, ou seja, o risco derivado de um comportamento aprovado pelo consenso social (socialmente adequado) por atender às expectativas da sociedade.

Como se percebe, a referenciabilidade social aparece como instrumento hermenêutico para a formação normativa e a definição do risco proibido, restando absorvida pela imputação objetiva, no sentido de que esta última impede o regresso causal se a conduta praticada pelo agente inserir-se em um contexto de aceitação ou tolerância social.

Não basta, contudo, que a conduta seja socialmente indesejada e crie um risco proibido. É também necessário que o resultado esteja inserido no âmbito de proteção da norma. Por exemplo: uma namorada ciumenta que surpreende seu amado em colóquio com outra pessoa. Dominada pelo egoístico sentimento de posse, traduzido pelo ciúme, efetua diversos disparos com *animus necandi* em direção a ele, vindo a acertá-lo no pé. Certa de tê-lo matado, se evade. A vítima é levada ao nosocômio mais próximo, mas contrai infecção hospitalar e morre. Existe nexos causal físico, pois, se não fossem os tiros, o namorado não entraria no hospital, não contrairia infecção e não

morreria. O risco criado foi proibido, pois não é uma conduta socialmente padronizada atirar nos outros. Entretanto, a morte não é um desdobramento causal normal para quem recebe um tiro no pé, situando-se, assim, fora do âmbito de risco provocado pela conduta.

Assim, não haverá imputação do resultado naturalístico quando este não estiver dentro da linha de desdobramento normal, previsível da conduta, ou seja, quando refugir ao domínio causal do agente.

Evidente que, ainda nessa fase da tipicidade, não se dispensa o dolo e culpa. O que a imputação objetiva pretende é apenas tornar a vinculação causal e objetiva do resultado à conduta, fruto de uma valoração normativa e não de uma simples constatação naturalística.

Por conseguinte, a teoria da imputação objetiva pressupõe que o Direito não é uma ciência exata, mas valorativa, cultural, da qual emana um plexo de valores que irradia sobre todo o sistema. O mundo da cultura é o mundo dos valores. As relações humanas, ao contrário das relações entre os fenômenos naturais, envolvem juízos de valor e não puro fator de causalidade, mera sucessão de fatos. As leis da física são cegas aos valores, as culturais não.

Dessa forma, não pode o homem abrir mão de buscar uma causalidade informada por categorias valorativas, e limitar-se a reger o direito a partir de premissas físicas das ciências exatas.

Frente a esses postulados, a teoria da imputação objetiva constitui nesse contexto importante instrumento no resgate do conteúdo valorativo, axiológico do nexos causal.

Tal discussão transcende o Direito Penal na qual foi amplamente discutida e sedimentada, pois antes de tudo é uma teoria com forte conteúdo axiológico, filosófico e sociológico.

Convém ressaltar que a teoria da imputação objetiva, não está restrita ao problema da causalidade nos crimes materiais, não significa somente atribuir o resultado naturalístico à conduta, sob o prisma objetivo. Vai muito além. Consiste em estabelecer os requisitos para unir o resultado jurídico, ou seja, a violação do interesse tutelado pela norma penal, à conduta.

Constitui um importante critério de contenção do *jus puniendi* estatal, assumindo o importante papel de viga mestra do Estado Democrático de Direito, pois visa à proteção da dignidade humana do cidadão, resguardando-o de injusta incursão em sua esfera íntima e em seu patrimônio, imagem, decoro, honra objetiva e subjetiva.

A dignidade humana, por ser um valor considerado universal, atribuível a cada pessoa, requer a busca por critérios contendedores da abusiva intervenção punitiva estatal.

Falar em imputação objetiva, desta feita, é pensar em fornecer ao Juiz e aos operadores jurídicos em geral importantíssimo elemento de contenção típica e acompanhamento das contínuas modificações socioculturais, em compatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

Do ponto de vista dos fins precípuos de um sistema mais garantista dos direitos fundamentais do jurisdicionado, a imputação objetiva constitui um componente relevantíssimo a propiciar uma interpretação evolutiva do ordenamento jurídico em consonância com o tão prolapado conteúdo material do Estado Democrático de Direito.

Bibliografia

- ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. 4. ed. Buenos Aires: Losada, 1983, t. 3.
- _____. *Principios de derecho penal: la ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot/Sudamerica, 1990.
- BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: parte geral*. Trad. André Estefam. Rev. Edilson Mougenot Bonfim. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- CAPEZ, Fernando. *Limites Constitucionais à Lei de Improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Consentimento do ofendido e violência desportiva – Reflexos à luz da teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GRECO, Luís. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*, op. cit., Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, out./dez. 2000.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luiz Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- _____. *A imputação objetiva no direito penal*. 2. ed. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- JESCHECK, H. H. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. 3. ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1981, v. I.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: parte geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madri: Editoria Revista de Derecho Privado, 1959, t. II.
- _____. *Derecho de obligaciones*. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madri: Editoria Revista de Derecho Privado, 1958, t. I.
- MATALLO JR. Heitor. *Mito, metafísica, ciência e verdade*. In: CARVALHO, Maria Cecília M. de (org.). *Metodologia científica; fundamentos e técnicas*. 11. ed. Campinas: Papirus, 2001.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 6. ed. Barcelona: Reppertor, 2002.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Parte geral do Código Penal: nova interpretação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1981, v. 3.
- _____. PIERANGELI, José Henrique. *Manual do Direito Penal brasileiro: Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

O controle de constitucionalidade dos tratados internacionais

Camila Carolina Damasceno Santana*

Introdução

Este estudo, cujo tema é Controle de constitucionalidade dos tratados internacionais, tem como referência diversas doutrinas e jurisprudências que versam sobre os conflitos de sobreposições dos tratados perante a Carta Magna e demais normas domésticas.

O primeiro passo desse trabalho será investigar a natureza dos tratados internacionais e a sua posição no ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, buscar-se-á analisar o processo de formação dos tratados internacionais no Brasil; para tanto, serão observados os subsídios oferecidos pela Constituição Federal. Para enriquecer o trabalho constará um debate acerca dos valores dos princípios que regem as relações internacionais no Brasil

A mera incorporação de um tratado internacional ao ordenamento jurídico doméstico de um Estado pode gerar uma colisão com normas internas que regulam a mesma situação ou matéria. Nesta esteira, o Poder Judiciário enfrenta um grande desafio na busca de extrair desses acordos internacionais e do regramento constitucional as suas máximas eficácias, em ordem a concretizar as liberdades públicas fundadas no direito das gentes. O que transforma essa em uma das suas missões socialmente mais importantes e politicamente mais sensíveis.

Este trabalho irá analisar o conflito entre a constituição e os tratados internacionais sob o ângulo internacionalista, da responsabilização internacional do Estado, e sob o ângulo nacionalista, da supremacia da Constituição Federal. As teorias Monista e Dualista serão importantes ferramentas desse estudo.

Com a reforma do Judiciário trazida pela Emenda Constitucional 45, a temática do controle de constitucionalidade dos tratados internacionais ganhou um grande destaque. As críticas relacionadas à incorporação de um § 3º ao art. 5º da Constituição

Federal serão examinadas para fins de percepção da importância desse novo dispositivo.

Por fim, colocarei em debate a jurisprudência da Suprema Corte brasileira, pois, se faz necessário entendermos qual é o tratamento que vem sendo dado aos tratados sobre direitos humanos pelo Judiciário brasileiro.

2 A natureza dos tratados internacionais e a sua posição no ordenamento jurídico interno

2.a O conceito de tratado

Somente em 1969, com a adoção, pelas Nações Unidas, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados é que se esclareceram controvérsias, até então, circunscritas aos tratados. O documento conhecido como Convenção de Viena representa uma codificação completa inerente ao direito dos tratados ao contemplar normas relativas à conclusão, aplicação, interpretação, validade e eficácia dos tratados internacionais.

A Convenção de Viena sobre direito dos tratados de 1969, no seu art. 2, (1), (a), define tratado como:

(...) um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica. (Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969.)

A definição trazida pela Convenção de Viena de 1969 pode ser aplicada para a maior parte dos tratados, mas não para todos. Vale ressaltar que pode haver tratados internacionais com características que extrapolam a definição acima, pois a Convenção de Viena de 1969 não considerou expressamente a possibilidade de as organizações internacionais celebrarem tratados. A capacidade dos organismos internacionais concluírem tratados atualmente já é evidente na prática internacional, entretanto, esta capacidade só veio a ser incorporada expressamente com a Convenção de Viena sobre direito dos tratados entre Estados e organizações internacionais de 1986 (PORTELA 2010, p. 83).

Independente do conceito de tratado, a sua importância como fonte de Direito Internacional é

* Estagiária da Assessoria do Gabinete da Des. Federal Mônica Sifuentes do TRF 1ª Região. Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela banca examinadora do curso de Direito do Instituto de Educação Superior de Brasília.

incontestável. Os tratados derivam de um equilíbrio de interesses entre os atores internacionais; desta forma não devem ser vistos como meras declarações de caráter político e não vinculantes. Como fontes de Direito, os tratados possuem caráter obrigacional para as partes pactuantes e para as partes destinatárias de suas normas.

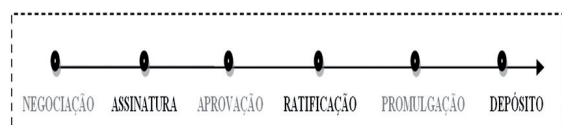
2.b Omissão na Constituição Federal de 1988: competências para concluir tratados

Para maior segurança jurídica dos entes envolvidos, se tem como concluído um tratado internacional quando se realizam atividades vinculadas às várias fases estruturantes, aplicadas na construção do acordo, desde a elaboração do texto até a confirmação da entrada em vigor do respectivo instrumento de avença.¹

No Brasil há dois processos de celebração dos tratados, o primeiro rito é simples e abreviado e o segundo é solene e complexo (GALINDO, 2002, p. 138). O processo simples e abreviado se inicia com a negociação e logo obtém legitimidade nas fases de assinatura (ou troca de notas) e publicação. O processo simplificado normalmente requer apenas a participação do Poder Executivo em sua conclusão e prescinde da ratificação, usualmente este tipo de tratado é utilizado para dar executividade a outro tratado de escopo mais amplo e age como um ajuste complementar que não acarretará a assunção de novos compromissos (PORTELA 2010, p. 88).

O rito do processo complexo é o mais comum no Brasil. Neste processo há várias fases de verificação de vontade do Estado, há também grande participação do Poder Executivo e Legislativo (PORTELA 2010, p. 88). O processo complexo pode ser resumido linearmente nas fases de aperfeiçoamento a seguir.

Ilustração 1.0. Diagrama de contexto de tratados – principais fases de um processo complexo.



Fonte: Ilustração elaborada pela autora.

No que tange ao processo de formação dos tratados internacionais no Brasil, depreende-se da Carta

Magna de 1988 que esses instrumentos de avenças serão assinados e negociados pelo Poder Executivo. No seu art. 84, inciso VII, a Constituição brasileira delega competência privativa ao presidente da República para “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional” (BRASIL, 1988). Com relação ao Poder Legislativo, destaca-se a sua competência exclusiva, tratada no art. 49, I, da referida Carta Magna, de “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (BRASIL, 1988). De fato, com este modelo de colaboração entre o Executivo e Legislativo, consagra-se a sistemática de *checks and balances*, pois, quando se compartilha a autorização de legitimar os tratados, impede a concentração de poder nas mãos apenas do Executivo. Portanto, no que tange ao ponto referenciado, há de se admitir o êxito das determinações constitucionais.²

Todavia, e quanto ao restante? Qual é o valor dos tratados internacionais? Como os tratados serão aprovados? São exemplos de indagações que não são adequadamente respondidas pelo texto constitucional.³ Depreende-se que a Constituição Federal brasileira disciplina apenas a quem compete referendar os tratados internacionais, entretanto, em nenhum momento, o Direito doméstico oferece clareza sobre a forma ou o ritual para aprovação desses tratados. A hierarquia constitucional dos tratados internacionais é outro tema controverso, pelo fato que a Constituição se inclina para a tendência de equiparação dos tratados internacionais às leis federais, que podem ser sujeitas ao controle de constitucionalidade.⁴ No entanto, quando a Carta Magna enumera as espécies normativas inseridas no processo legislativo, em nenhum momento faz menção

²“O sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária conhecida como *sistema de freios e contrapesos*. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são atos especiais.” (DALLARI, 1991, p. 184-185, grifo nosso).

³Neste sentido, é exata a colocação de Flávia Piovesan (2004, p. 74) ao afirmar: “Contudo, cabe observar que a Constituição Brasileira de 1988, ao estabelecer apenas esses dois dispositivos supracitados (os art. 49, I, e art. 84, VIII), traz uma sistemática lacunosa, falha e imperfeita”.

⁴ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) *contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência.*” (BRASIL, 1988, grifo nosso.)

¹Como destaca Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier e Alain Pellet (1999, p. 115): “Concluir um tratado é, antes de mais, um atributo da soberania, ao mesmo tempo que o seu exercício”.

aos tratados internacionais (RIBEIRO, 2001, p. 112). Em face dessas lacunas constitucionais, é reservado aos regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal o papel, por tradição, de estipularem que os tratados internacionais sejam aprovados por decreto legislativo, ou seja, no Brasil é norma regimental das casas do legislativo que determina o valor de um tratado internacional.⁵ Desprovida de um melhor amparo nas esferas constitucional e ordinária da legislação brasileira, essa matéria fica à mercê, por óbvio, de falhas e morosidade na conclusão e aplicabilidade dos tratados internacionais.

Um dos exemplos mais emblemáticos é o próprio caso da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, apesar de ter sido assinada em 1969, apenas foi apreciada pelo Congresso Nacional no ano de 1992, ou seja, decorreram mais de 23 anos entre a assinatura desse tratado e seu encaminhamento à apreciação do Legislativo brasileiro. Tal fato é altamente crítico e propicia situações em que o Poder Executivo é compelido a ter que enfrentar inúmeras dificuldades para respeitar, em tese, a força jurídica, obrigatória e vinculante da sua própria assinatura ao tratado. Destaca-se que os Estados podem ser responsabilizados internacionalmente pela ausência de boa-fé no cumprimento dos tratados após a sua assinatura.⁶ Importa ressaltar que, após firmarem tal avença, os Estados signatários se comprometem, de boa-fé, a adotar todas as medidas para que o tratado internacional seja ratificado. O Estado signatário de um tratado fica impedido promover quaisquer atos que impeçam o seu imediato referendo ou aplicação dos termos nele contidos.

2.c Aplicação subsidiária dos princípios de Direito Internacional presentes na Constituição Federal de 1988

Os princípios do Direito Internacional são premissas aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional como um todo. Esses princípios se estruturam e fundamentam a partir das relações entre os sujeitos dessas normas jurídicas internacionais. Após várias práticas reiteradas que geraram a consolidação dos costumes como fonte desse ramo do Direito, e,

após a celebração de vários tratados internacionais fundamentados nesses pressupostos, pode-se afirmar atualmente que o Direito Internacional é formado, dentre outros, pelos seguintes princípios:

Princípio da solução pacífica dos litígios entre Estados.

- Princípio da igualdade soberana dos Estados.
- Princípio da autodeterminação dos povos.
- Princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais.
- Princípio da *pacta sunt servanda*;
- Princípio da proibição da ameaça ou do emprego da força;
- Princípio da não intervenção nos assuntos internos dos Estados.
- Princípio da proibição da propaganda de guerra.
- Princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais. (NEVES, 2008).

A Convenção de Viena sobre direito dos tratados de 1969 constata que os “*princípios do livre consentimento e da boa-fé e a regra pacta sunt servanda são universalmente reconhecidos*”. E ainda afirmam que são conscientes dos:

(...) princípios de Direito Internacional incorporados na Carta das Nações Unidas, tais como os princípios da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, da igualdade soberana e da independência de todos os Estados, da não-intervenção nos assuntos internos dos Estados, da proibição da ameaça ou do emprego da força e do respeito universal e observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos. (Convenção de Viena sobre direito dos tratados, 1969.)

Dessa feita, constata-se que a Convenção de Viena traz no seu próprio texto princípios relevantes ao direito dos tratados.

Fazendo um breve estudo histórico das Constituições brasileiras percebemos que a Constituição Imperial de 1824 se preocupava em prover a segurança externa do Estado e proteger a soberania e a independência do País.⁷ Na Constituição da República

⁵“(…) como não disposta na Constituição, a processualística amoldou-se com o tempo, por meio de práticas reiteradas” (GALINDO, 2002, p. 145).

⁶Cf. Convenção de Viena sobre o direito dos tratados art. 18 (Convenção de Viena sobre direito dos tratados, 1969).

⁷O art. 1º da Constituição Imperial de 1824 destaca que: “O Império do Brasil é a associação política de todos os cidadãos brasileiros. Eles formam uma nação livre, e independente, que não admite com qualquer outra laço algum ou união, ou federação, que se oponha à sua independência.”, e na mesma Constituição o art. 102 declara como atribuição do Imperador promover a segurança interna e externa do Estado (inciso XV), declarar a guerra, e fazer a paz (inciso

de 1891, transfere-se as atribuições que eram do Imperador para o Presidente da República, e se inova com a vedação da guerra de conquista.⁸ A Constituição da República de 1934 incentiva a arbitragem internacional como forma de evitar a guerra.⁹ Em 1937 a Constituição da República evolui defendendo que as regras de Direito Internacional sejam aplicadas nas incorporações e aquisições de territórios acrescidos ao Brasil.¹⁰ E, ainda, nas Constituições da República de 1946 e 1967 fica instituído como preferenciais os métodos de soluções de conflitos pacíficos (arbitragem ou negociações diretas).¹¹ Após a percepção das experiências anteriores à Carta Magna de 1988, torna-se notório o entendimento de que o Estado brasileiro sempre careceu de diretrizes satisfatórias sob as quais encerrem todos os princípios de Direito Internacional afetos ao nosso País.¹²

Somente com o advento da Constituição Federal de 1988 é que se consegue iniciar o alcance de um melhor nível de clareza acerca de quais são as orientações que deve seguir o Brasil no âmbito das relações internacionais. Nunca antes foram presenciados, nos textos constitucionais anteriores, tantos dispositivos que exalasses princípios

direcionados ao comportamento do Brasil no campo das relações internacionais. Como fruto dessa evolução inicial, não poderia deixar de destacar o texto do art. 4º da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I – independência nacional;
- II – prevalência dos direitos humanos;
- III – autodeterminação dos povos;
- IV – não intervenção;
- V – igualdade entre os Estados;
- VI – defesa da paz;
- VII – solução pacífica dos conflitos;
- VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X – concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. (BRASIL, 1988.)

Merece destaque o art. 4º, pois, muitas vezes, os princípios das relações internacionais presentes na Constituição são utilizados para mitigarem os efeitos das omissões atinentes a processo de incorporação dos tratados ao direito doméstico.¹³ Com essa ruptura de paradigmas, sem dúvida se abrem portas para o ingresso em nível de relevância de outros direitos fundamentais que se solidificarem no texto constitucional, tais como, os Direitos Humanos.¹⁴

IX), dirigir as negociações políticas com as Nações estrangeiras (inciso VII), e, ainda, nomear embaixadores, e os demais agentes diplomáticos (inciso VI) (BRASIL, 1824).

⁸ É o que se pode inferir do art. 88 da Constituição da República de 1891 (BRASIL, 1891).

⁹ Nesse sentido é expresso o art. 4º da Constituição da República de 1934 que assim dispõe: “O Brasil só declarará guerra se não couber ou malograr-se o recurso do arbitramento; e não se empenhará jamais em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outra nação” (BRASIL, 1934).

¹⁰ Segundo o art. 4º da Constituição da República 1937: “O território federal compreende os territórios dos Estados e os diretamente administrados pela União, podendo crescer com novos territórios que a ele venham a incorporar-se por aquisição, conforme as regras do Direito Internacional.” (BRASIL, 1937).

¹¹ “O Brasil só recorrerá à guerra, se não couber ou se malograr o recurso ao arbitramento ou aos meios pacíficos de solução do conflito, regulados por órgão internacional de segurança, de que participe; e em caso nenhum se empenhará em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outro Estado.” (art. 4º da Constituição da República de 1946), que evolui para o seguinte texto: “Os conflitos internacionais deverão ser resolvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe. Parágrafo único - É vedada a guerra de conquista.” (art. 7º da Constituição da República de 1967) (BRASIL, 1946; 1967).

¹² Nesse sentido, disserta Alvacir Alfredo Nicz (2007): “(...) não era, portanto, da nossa tradição a inclusão de princípios regentes de relações internacionais. De um modo geral, como vimos, os preceitos regulavam apenas a guerra, isto é, declarar a guerra e fazer a paz”.

¹³ Sobre o art. 4º da Constituição Federal o Min. Joaquim Barbosa ressalta que: “(...) a Constituição de 1988, ao estabelecer de maneira sistemática, pela primeira vez em nossa história constitucional, princípios que regem as relações exteriores do Brasil no art. 4º, reforçou o papel do Parlamento em matéria de política exterior. O impacto do art. 4º na alteração da condução da política externa brasileira parece não ter sido percebido com toda a intensidade pelo Legislativo e pelo próprio Poder Judiciário. A Constituição de 1988, de maneira original, estabelece uma pauta clara de princípios ou valores que devem ser buscados pela política externa. Ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário cumpre não só a faculdade, mas o dever de zelar por tais princípios.” (BRASIL, 2009).

¹⁴ Como ensina a Professora Flávia Piovesan (2004, p. 64) que assim disserta: “Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando um processo de sua flexibilização e relativização, em prol da proteção dos direitos humanos”.

3 Conflito entre tratado e Direito interno: os limites do art. 27 da Convenção de Viena e a responsabilidade internacional do Estado

3.a A origem dos conflitos

De acordo com a *Teoria da Incorporação*, para uma norma internacional ser aplicada no plano interno de um Estado, deverá essa ser transformada em norma de Direito interno (SILVA, 2008, p. 126). Contudo, a mera incorporação de um tratado internacional ao ordenamento jurídico doméstico de um Estado pode gerar uma colisão com normas internas que regulam a situação ou matéria. Para solucionar esse conflito de normas há de ser derogada a sobreposição de acordo com os critérios de: hierarquia, cronologia, e o da especialidade (PORTELA 2010, p. 125).

O tratado internacional, quando publicado, passa a integrar o direito doméstico, e após esse ato nasce uma obrigação de completar ou de executar o tratado.¹⁵ A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados expôs em seu art. 27 que: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu Direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado” (Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969, grifo nosso).

A Convenção buscou obstar qualquer prática do Estado de, após a celebração de um tratado internacional, usar eventual alteração em sua legislação interna para derogar ou ab-rogar as regras convencionadas externamente.¹⁶ O Estado que infringir um tratado poderá sofrer sanções pelo seu descumprimento. O peso do inadimplemento de um tratado é medido pelo desgaste induzido pela responsabilidade internacional (ALCOFORADO, 2010).

Não há solução definitiva e pacificada na doutrina sobre os conflitos decorrentes entre os tratados internacionais e a ordenamento jurídico interno,

especialmente sobre qual a correta e justa hierarquia entre estas normas.

Duas teorias principais dividem a doutrina: a dualista e a monista. A teoria monista abrange toda a experiência jurídica ao ordenamento internacional e a dualista defende a existência de dois ordenamentos complementares, quais sejam: os dos Estados e o ordenamento internacional (REALE, 2002, p. 348).

Hans Kelsen quando criou a teoria do monismo, em 1926, não imaginava os desdobramentos de sua teoria, pois, dentro dessa teoria, foram desenvolvidas duas vertentes teóricas: o monismo internacionalista, e o monismo nacionalista (LIMA, 2009, p. 61; PORTELA, 2010, p. 53). Estes desdobramentos pretendiam definir qual norma irá prevalecer em caso de conflito. Dessa feita, se for adotado o monismo internacionalista, prevalecem normas internacionais, como os tratados. Entretanto, se for adotado o monismo nacionalista, prevalecem as normas internas, como a Constituição.

Vale ressaltar que a Teoria Dualista não exclui as relações internacionais entre ordenamentos não estatais, mesmo entre particulares, desde que os Estados as reconheçam como tais. Esse mencionado reconhecimento estatal pode ser expresso ou tácito.

3.b A prevalência dos tratados?

A Teoria Monista, com primado no Direito Internacional, defende que a ordem jurídica interna seja subordinada à ordem jurídica internacional, ou seja, um conflito entre normas é resolvido da seguinte forma: o tratado internacional prevalece e a norma interna se amolda ao conteúdo do avençado internacionalmente (RIBEIRO, 2001, p. 67).

Na prática internacional contemporânea a tendência é a aceitação da primazia da norma internacional sobre a interna. No Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados da Comissão de Direito Internacional foram estabelecidas disposições no sentido que a responsabilidade internacional dos Estados prevalece mesmo que sob a alegação de violação de preceito de Direito interno de importância fundamental, como exemplo a Constituição Federal (GALINDO, 2002, p. 206-207). Na jurisprudência internacional é pacífica a consagração da primazia do Direito Internacional.¹⁷ Não poderia ser

¹⁵ O ilustre Celso Duvivier de Albuquerque Mello (2004, p. 135) explicita que: “Por outro lado, distinguir tratado autoexecutável do que não é autoexecutável é irrelevante, porque o tratado uma vez que publicado passa a integrar o Direito interno e há uma obrigação seja de completar ou de executar o tratado”.

¹⁶ Neste sentido Antônio Augusto Cançado Trindade (2010) comenta que: “As duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados (de 1969 e 1986, respectivamente) proibem que uma parte invoque disposições de seu Direito interno para tentar justificar o descumprimento de um tratado (artigo 27). É este um preceito, mais do que do direito dos tratados, do direito da responsabilidade internacional do Estado, firmemente cristalizado na jurisprudência internacional”.

¹⁷ Vale ressaltar os precedentes que André de Carvalho Ramos (2010) oportunamente citou: “Para citar algumas decisões judiciais, vê-se que, no caso do S.S. Wimbledon, decidiu a então existente Corte Permanente de Justiça Internacional que o descumprimento de uma

diferente, pois, se pensarmos num exemplo rotineiro de conflito entre uma lei e a Constituição, veremos que esse embate, assim como o conflito entre Direito Internacional e Direito interno, não quebra a unidade do Direito Estatal (MELLO, 2004, p. 124).

Na Doutrina encontramos várias posições defendendo a superioridade dos tratados internacionais em face do ordenamento jurídico interno: Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros alega que:

(...) se o Estado assumir a obrigação de cumprir um tratado, sem ter observado suas próprias limitações constitucionais, deve ser tido como internacionalmente comprometido pelo tratado e não pode alegar a falta em questão para eximir-se da sua obrigação. (MEDEIROS, 1995, p. 225.)

O Professor Vicente Marotta Rangel expõe que:

(...) a solução ideal e desejada é a da harmonização das ordens jurídicas de cada Estado com a ordem jurídica internacional. A tendência de várias constituições contemporâneas é a de concorrer para essa harmonização. Fortalece essa tendência admitir que os tratados, tão logo sejam regularmente concluídos e produzam efeitos na ordem internacional, passem imediata e automaticamente a produzi-los na ordem interna dos Estados contratantes. (RANGEL, 1967, p. 54-55 apud MENEZES, 2005, p. 65-78.)

O respeitadíssimo jurista brasileiro Celso Duvivier de Albuquerque Mello ressalta que:

(...) os tratados estabelecem uma relação de Estado a Estado e se aplicam salvo em estipulação em contrário a todo o território dos contratantes. Eles acarretam de modo indireto obrigações para os poderes estatais. O Poder Judiciário é obrigado a aplicar o tratado. O Poder Executivo deverá cumpri-lo e o Legislativo, se for o caso, deverá elaborar as leis necessárias para a sua execução. O descumprimento de qualquer uma destas obrigações acarretará a responsabilidade internacional do Estado. (MELLO, 2004, p. 221.)

Na análise do ordenamento jurídico brasileiro podemos destacar o seguinte dispositivo: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a

legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevinha” (BRASIL, 1966). O Código Tributário Nacional por óbvio adotou a primazia do Direito Internacional, dando supralegalidade aos tratados de Direito Tributário (PORTELA, 2010, p. 130). Nos termos do Código Tributário Nacional, os tratados internacionais de Direito Tributário fazem parte da legislação tributária brasileira. Sobre o assunto, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, podemos destacar os julgamentos dos REsp 154.092, REsp 209.526, e do REsp 426.945.¹⁸ Nestes julgados foi defendida veementemente a prevalência dos tratados internacionais. Destaco em um desses julgados a posição tomada pelo Min. Francisco Falcão que, ao analisar violação ao art. 98 do CTN, asseverou que: “os tratados internacionais não devem ser alterados por lei ordinária, em face da segurança jurídica que deve presidir as relações internacionais, sob pena da perda da confiança do Brasil perante a ordem internacional” (BRASIL, 2004).

Há, ainda, diversos posicionamentos jurisprudenciais defendendo a primazia do Direito Internacional em face do ordenamento interno brasileiro. Entre os precedentes da Suprema Corte brasileira, a Professora Flávia Piovesan (2004, p. 85) faz um ótimo apanhado destacando: a Apelação Cível 9.587 de 1951, a Apelação Cível 7.872 de 1943 e o Pedido de Extradução 7 de 1913.¹⁹ Em digníssima passagem o saudoso Min. Antonio Carlos Lafayette de Andrada expõe: “(...) os tratados constituem leis especiais e por isso não ficam sujeitas às leis gerais de cada país, porque, em regra, visam justamente à exclusão dessas mesmas leis”.²⁰ Em todos estes precedentes há um ponto em comum: prevalece a aplicação dos tratados internacionais. Ainda que exista no ordenamento interno lei posterior contrária a eles.

Com relação à primazia dos tratados internacionais por todo o exposto em posicionamentos constitucionais, legais, doutrinários e jurisprudenciais, percebo que, além do respeito ao art.

obrigação internacional gerava a obrigação de efetuar reparação, o que, para a Corte, constituía-se em um princípio de Direito Internacional. A Corte Permanente de Justiça Internacional consagrou esse princípio na análise dos fatos envolvendo a Fábrica de Chorzów, determinando que o Estado deve, na máxima extensão possível, eliminar todas as consequências de um ato ilegal e restabelecer a situação que existiria, com toda probabilidade, caso o citado ato não houvesse sido realizado”.

¹⁸ Cf. REsp 154092/SP, rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 11/12/1997, DJ 02/03/1998, p. 43, REsp 209526/RS, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 18/04/2000, DJ 26/06/2000, p. 145 e REsp 426945/PR, rel. Min. Teori Albino Cavalcanti, rel. p/ acórdão Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 22/06/2004, DJ 25/08/2004, p. 141.

¹⁹ Vale ressaltar que estes posicionamentos são anteriores a 1977, quando o Supremo Tribunal Federal mudou o seu posicionamento com o famoso julgamento do RE 80.004.

²⁰ Cf. ACi 9587, rel.: Min. Lafayette de Andrada, Segunda Turma, julgado em 21/08/1951, DJ 18/10/1951.

27 da Convenção de Viena, a prevalência dos tratados internacionais defende princípios basilares do Direito Internacional: a boa-fé e o *pacta sunt servanda*.

3.c A prevalência da Constituição Federal?

A Teoria Monista com primado no Direito interno ou o constitucionalismo nacionalista defende a soberania estatal absoluta. Para esta teoria, um conflito entre normas é resolvido da seguinte forma: a norma interna prevalece frente à internacional (RIBEIRO, 2001, p. 60; PORTELA, 2010, p. 52).

Na prática irá prevalecer a autoridade da Constituição do Estado, ainda que isso signifique a prática de ato ilícito no plano externo (FERREIRA, 2010). Isso quer dizer que a soberania é o que impera na incorporação de um ato internacional formalmente válido no ordenamento interno de um Estado.²¹ Sobre a soberania estatal absoluta destaque as palavras de José Afonso da Silva que ensina que:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se conformarem com as normas da Constituição Federal. (SILVA, 1999, p. 48 *apud* OLIVEIRA, 2000 grifo nosso).

Estabelecendo uma relação entre a Constituição e o exercício da soberania, o autor pretendeu demonstrar que os tratados, ao ingressarem no ordenamento jurídico interno dos Estados, não poderão estar contrários à Carta Magna desses Estados, sob pena de não serem validados internamente.

Na prática internacional podemos ver que os Estados que possuíam sistemas de governo nazistas e fascistas se aliaram à primazia do Direito interno (RIBEIRO, 2001, p. 65). Essa teoria foi bastante criticada, uma vez que nas palavras de Celso Duvivier de Albuquerque Mello (2004, p. 123): “*ela nega a existência*

do próprio Direito Internacional como um direito autônomo, independente”.

No Brasil, apesar das posições citadas anteriormente (tópico 3.b), ocorrendo conflito entre o ordenamento jurídico nacional e o internacional, prevalecerá a supremacia da Constituição. Há diversas controvérsias interpretativas sobre o art. 102, III, b, da Constituição Federal de 1988.²² Para alguns, ao atribuir a competência ao Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade dos tratados, de uma forma sutil o constituinte situou os tratados internacionais em nível hierárquico inferior ao da Constituição Federal.²³ Sobre o dispositivo em questão, Celso de Mello alerta que:

(...) este dispositivo nos parece perigoso, porque falta atualmente ao STF a menor sensibilidade em relação a problemas de DIP. O dispositivo em si nos parece saudável, mas tememos no tocante a sua aplicação (MELLO, 2004, p. 132).

A jurisprudência brasileira tem acolhido que os tratados internacionais e as leis federais possuem a mesma hierarquia jurídica. Em sede de controle difuso de constitucionalidade o nobre Professor George Rodrigo Bandeira Galindo (2004, p. 213-214) destacou que “*o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a prevalência da Constituição em relação aos tratados*”. Neste sentido, merece ressaltar este trecho do voto do Min. Carlos Madeira: “*Hierarquicamente, tratado e lei situam-se abaixo da Constituição Federal. Consagrar-se que um tratado deve ser respeitado, mesmo que colida com o Texto Constitucional, é imprimir-lhe situação superior à própria Carta Política*” (BRASIL, 1987). Parece que o princípio da supremacia da Constituição foi o norteador desse entendimento adotado pelo STF, a rigidez constitucional que está sendo defendida neste julgado impede que qualquer norma, seja ela internacional ou até mesmo nacional, seja considerada superior à Carta Magna brasileira.

²² “Art. 102. *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: [...] b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal*” (BRASIL, 1988 grifo nosso).

²³ O Professor George Rodrigo Bandeira Galindo se posiciona neste sentido quando alega que: “No Brasil, infere-se que os tratados Internacionais estariam situados em nível hierarquicamente inferior ao da Constituição. O art. 102, III, b, da Constituição dá, implicitamente, azo a esta interpretação, ao referir-se à competência do Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade dos tratados.” (GALINDO, 2002, p. 213).

²¹ A Convenção de Viena sobre direito dos tratados, entre seus artigos 42 e 72, trata da matéria de nulidade, extinção e suspensão da aplicação de tratados (Convenção de Viena, 1969). É importante observar que, para ser válido, um tratado não pode, por exemplo, ter sido concluído com ameaça ou com o emprego da força.

3.d O dualismo na atribuição de responsabilidade internacional do Estado: o caso brasileiro

O dualismo surgiu quando pela primeira vez se estudou a relação entre o Direito Internacional e o Direito interno (GALINDO, 2002, p. 22). O Professor Paulo Henrique Gonçalves Portela (2010, p. 51) destaca que a principal premissa do dualismo:

(...) é a de que o Direito Internacional e o Direito interno são dois ordenamentos jurídicos distintos e totalmente independentes entre si, cujas normas não poderiam entrar em conflito umas com as outras.

Essa teoria foi inicialmente desenvolvida por Heinrich Triepel, e em seguida por Dionisio Anzilotti (MELLO, 2004, p. 121-122). O conceito de dualismo construído por Triepel sofreu algumas modificações quando foi rediscutido por outros autores. A Professora Mariângela F. Ariosi (2004) ressalta que: “a diferença substancial com relação à Triepel é que Anzilotti admite a aplicação imediata do Direito Internacional pelos tribunais internos”. A teoria da incorporação, que já foi mencionada anteriormente (tópico 3.a), fez parte da concepção proposta por Triepel, que sustentava a “independência irrestrita entre os ordenamentos jurídicos”, posicionando-se que uma norma de Direito Internacional necessitará de uma transformação em Direito interno para ter aplicabilidade naquele ordenamento (RIBEIRO, 2001, p. 41). Em geral, para os que defendem o dualismo, não há a primazia entre um ordenamento e outro, ou seja, não há um limite direto entre eles, ainda que as duas ordens jurídicas sejam válidas (RIBEIRO, 2001, p. 44). O mestre Amílcar de Castro aderiu à corrente dualista quando dissertou que:

(...) é aceitável por isso a opinião de Anzilotti no sentido de que as normas internacionais não podem influir sobre o valor obrigatório das normas internas e vice-versa. (...) Tratado não é lei; é ato internacional, que obriga o povo considerado em bloco; que obriga o Governo na ordem externa, e não o povo na ordem interna. (...) O tratado explana relações entre governantes (horizontais, sendo as pessoas coordenadas), enquanto que a lei e o decreto explicam relações do Governo com seus súditos (verticais, entre subordinante e subordinados). (CASTRO, 1956, 126.)

Ressalto que um modelo dualista de Estado pode ser visto com mais facilidade quando mencionamos o exemplo da Inglaterra.²⁴ A Inglaterra, por questões

históricas, adota que todas as normas passem pelo Parlamento para ter vigência no ordenamento jurídico inglês. O Parlamento tem poderes absolutos na Inglaterra; deste modo o parlamento não pode errar (*parliament can do no wrong*). A realeza inglesa fica com a função de fazer a guerra ou a paz, ou em outras palavras, cabe a ela manter as relações internacionais. A reserva da coroa inglesa permite que e os embaixadores de sua majestade possam assinar tratados e acordos internacionais se assim determinar à majestade, entretanto, um tratado assim assinado não possui validade, a não ser que o parlamento baixe uma lei para que ele tenha valor no âmbito doméstico. Se o Parlamento não incorporar o tratado, ele vincula externamente, mas não vincula internamente.

Há diversas críticas ao dualismo no sentido que “o homem é também sujeito internacional, uma vez que têm direitos e deveres outorgados diretamente pela ordem internacional” (MELLO, 2004, p. 122). Os dualistas quando alegam que o Direito Internacional se dirige apenas ao Estado e não ao seu Direito interno, não percebem que é inconcebível separar o Estado do seu ordenamento. O Direito Internacional é fundado nos costumes, em práticas sociais e culturais reiteradas, por este motivo pode ser aplicado pelos tribunais internos sem que ocorra qualquer transformação ou incorporação. A crítica da Teoria Monista ao dualismo é ressaltada quando:

Kelsen observa que coordenar é subordinar a uma terceira ordem; assim sendo, a diferença entre as duas ordens não é de natureza, mas de estrutura, isto é, uma simples diferença de grau (MELLO, 2004, p. 123).

E ainda criticam os dualistas, pois: “os sistemas de normas do Direito internacional e do Direito interno não podem ser diferentes e mutuamente independentes se ambas as normas forem consideradas como válidas em um mesmo tempo e espaço” (GALINDO, 2002, p. 35).

No Brasil, a jurisprudência do STF, após hierarquizar tratado e lei na mesma posição no ordenamento jurídico brasileiro, encaminhou-se para o julgamento do famoso Recurso Extraordinário 80.004 (BRASIL, 1977). Esse julgamento é marcante para a jurisprudência brasileira, pois ficou assentado, por maioria, que, na ocorrência de um conflito entre o tratado e lei posterior, a lei posterior ao tratado deve prevalecer²⁵. O RE 80.004 é assim ementado:

²⁴ Recordo que este exemplo da Inglaterra foi citado em aula pelo ilustre Professor Eugênio José Guilherme de Aragão.

²⁵ O Professor George Rodrigo Bandeira Galindo sintetiza o julgamento da seguinte: “A maioria do tribunal decidiu pela prevalência do Decreto-Lei e a aplicação da *lex posterior derogat priori* em detrimento do tratado. Um dos principais argumentos neste

Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias - aval aposto à nota promissória não registrada no prazo legal - Impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-Lei 427, de 22/01/1969.

Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no Direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e consequente validade do Decreto-Lei 427/1969, que institui o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi aposto. Recurso extraordinário conhecido e provido. (BRASIL, 1977; grifo nosso.)

A justificativa para a prevalência de lei posterior ao tratado é que esta é a última expressão da vontade do legislador republicano (MAZZUOLI, 2001a). O Min. Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto afirmou que devido à Constituição nada ter disposto sobre o tema, não se poderia conceber a prevalência dos tratados.²⁶ O ministro chegou a sustentar também que a constitucionalidade do art. 98 do CTN é duvidosa.

O Min. Celso de Mello fez um estudo aprofundado do RE 80.004 e o critica duramente. Ressalto os principais pontos de sua crítica em suas próprias palavras:

(...) a grande maioria dos votos está fundamentada em autores antigos e dualistas, como é o caso de Tripel (...) sustentar que a nossa Constituição é omissa nesta matéria significa apenas que a jurisprudência passa um papel mais relevante, mas não que a jurisprudência possa ignorar a tendência atual do direito nesta matéria adotando uma concepção de soberania que desapareceu em 1919, pelo menos entre os juristas (...) a decisão é a das mais funestas, vez que o STF não viu a consequência de seu acórdão, que poderá influenciar os juízes nos mais diferentes locais do Brasil. Por outro lado faltou a ele sensibilidade para o momento atual em que o Brasil intensifica as relações internacionais (...) se o STF considera que as convenções do direito uniforme estão ultrapassadas cabe ao executivo denunciá-las, no procedimento fixado por elas mesmas, mas não cabe ao STF. (MELLO, 2004, 131).

sentido foi o de que a Constituição Federal nada dispunha sobre o tema, não sendo possível, portanto, inferir a prevalência do tratado" (GALINDO, 2002, p. 176).

²⁶ Neste sentido, destaco um trecho do voto do Min. Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto que assevera que: "não existe, na Constituição nenhum dispositivo que impeça ao membro do Congresso apresentar projeto que revogue, tácita ou expressamente, uma lei que tenha sua origem em um tratado." (BRASIL, 1977).

O resultado prático desse julgamento do Judiciário brasileiro é que se autoriza que um compromisso internacional perca a vigência em virtude da edição de lei posterior. Recordo que esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal veio modificar o ponto de vista anterior que expressava o primado do Direito Internacional frente ao ordenamento doméstico brasileiro.²⁷

Com o advento da Constituição Federal de 1988, sinto que a jurisprudência mais recente dos tribunais brasileiros continua se distanciando do monismo com primazia ao Direito Internacional. Nesse sentido, merece destaque a ADI 1.480, nesse julgado se reafirma que, para a solução do conflito entre normas internas e internacionais, aplicar-se-á o critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou ainda, quando cabível, o critério da especialidade.²⁸ A aplicação do princípio em que uma lei posterior, revoga lei anterior, força a Suprema Corte a aplicar o princípio da especialidade. George Galindo releva que:

(...) isto permitiu que diversos tratados, especialmente nas áreas de extradição e tributária, prevalecessem mesmo sobre as leis mais recentes, em virtude de constarem como normas especiais (GALINDO, 2002, p. 177-178).

A posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal é a do monismo moderado, pois o Brasil só se compromete com uma norma de Direito Internacional após ser aprovada pelo Congresso Nacional.²⁹ Quando há o conflito entre norma doméstica e norma internacional, a tendência dos nossos tribunais é a prevalência da norma doméstica. A responsabilidade internacional do Estado acaba sendo uma problemática a ser enfrentada pelo Itamaraty. Com esta separação da responsabilidade internacional do Estado da vigência doméstica da norma, promoveu-se um dualismo

²⁷ O posicionamento anterior foi demonstrado no tópico 3.b. do presente trabalho.

²⁸ Este julgado é resumido pelo Min. Joaquim Barbosa da seguinte forma: "Na ADI 1.480 discutiu-se a constitucionalidade do Decreto que incorporou ao Direito brasileiro a Convenção 158 da OIT, que versava sobre o tema da despedida arbitrária. Por ocasião do julgamento da medida cautelar, o Tribunal, por maioria de votos, decidiu atribuir interpretação conforme ao texto da Convenção para entender que suas disposições não gozavam de autoaplicabilidade. Antes, contudo, de ser apreciado o mérito da ação, o Governo Brasileiro procedeu à denúncia da dita Convenção na Organização Internacional do Trabalho, dela dando publicidade por meio do Decreto 2.100/1996" (BRASIL, 2009).

²⁹ Neste sentido se posiciona Mazzuoli (2001a) quando afirma: "trata-se da consagração do monismo moderado, cuja concepção já foi firmada e sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal".

artificial. Há alguns elementos dualistas, por este motivo podemos afirmar que o monismo no Brasil é moderado.

Os que defendem que a Constituição brasileira, “por seu conteúdo jurídico, se enquadra nos moldes da doutrina dualista moderada” (DA ROS, 2005). Sustentam esta posição sob o argumento que o sistema constitucional brasileiro não exige a edição de lei para a incorporação de tratado ao Direito interno; para aplicabilidade interna dos tratados internacionais, deverá se proceder à aprovação do Congresso e à promulgação do Executivo sobre o conteúdo do tratado.

Com relação às divergências doutrinárias sobre a adoção pela ordem jurídica brasileira do monismo ou do dualismo, o Mestre Eugênio José Guilherme de Aragão explicita que:

(...) alguns dizem que o sistema brasileiro é monista no sentido de que, para que uma norma internacional possa ser ratificada, e portanto ter plena validade, ela tem de se tornar norma interna, pois precisa ser aprovada pelo Congresso Nacional. Portanto, pode-se dizer que basta ser aprovada pelo Congresso Nacional e não há nada mais a se fazer, porque o próprio juiz vai aplicar o tratado. Porém, não é bem assim. Ainda num sistema monista como este, há problemas muito curiosos que concernem à instrumentalidade. Basta ver, por exemplo, as Convenções de Genebra. O Brasil já ratificou as quatro Convenções de Genebra – já foram promulgadas –, também os dois protocolos adicionais, e, no entanto, o nosso Sistema Penal brasileiro não as incorporou. (ARAGÃO, 2000).

Uma coisa é certa, o dualismo foi adotado pela Constituição de 1988, ao menos uma vez, em relação aos direitos humanos (MELLO, 2004, p.131).

4 A situação específica dos tratados de direitos humanos na Constituição Federal de 1988

4.a A normativa constitucional a respeito dos tratados de direitos humanos

Internacionalmente a tendência contemporânea é a de se conceder ao ser humano titularidade universal de direitos, independentemente dos limites territoriais do Estado. A especificidade dos tratados de direitos humanos é incontestável. Neste sentido, destaco as preciosas colocações de Antônio Augusto Cançado

Trindade sobre os tratados de proteção internacional dos direitos humanos:

*(...) tais tratados incorporam obrigações de caráter objetivo, que transcendem os meros compromissos recíprocos entre as partes. Voltam-se, em suma, à salvaguarda dos direitos do ser humano e não dos direitos dos Estados, no qual exerce função-chave o elemento do interesse público comum (ou *ordre public*) superior. (TRINDADE, 1997, p. 290).*

Ressalto que os direitos humanos são universais, transnacionais e inerentes a todos os indivíduos (PORTELA, 2010, p. 53). Para demonstrar a transnacionalidade dos direitos humanos, cito o exemplo dos apátridas que também são protegidos, uma vez que é absolutamente desnecessário possuir nacionalidade para ser resguardado pelos direitos humanos.

A Constituição Federal brasileira de 1988 consagrou a abertura política de um Brasil que se libertava de um regime autoritário de governo. Os direitos e garantias fundamentais que foram censurados e reprimidos no passado pelos militares, novamente se erguiam com a nova Constituição (LOUREIRO, 2004). Quando a nova Carta Política permitiu que outros direitos e garantias provenientes de tratados completassem o rol dos direitos e garantias já presentes nela, certamente foi adotado um modelo normativo eminentemente aberto, modelo este que afasta a interpretação taxativa do elenco constitucional dos direitos fundamentais (MAZZUOLI, 2001b). Sendo assim, o Estado brasileiro não pode mais ignorar a força dos tratados sobre direitos humanos. A Professora Flávia Piovesan fez uma análise neste sentido, alegando que:

(...) cabe ao estado brasileiro elaborar todas as disposições de Direito interno que sejam necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades enunciados nos tratados de que o Brasil é parte. A omissão estatal viola obrigação jurídica assumida no âmbito internacional, importando em responsabilização do estado. Viola ainda a própria Constituição, na medida em que estes direitos e liberdades foram incorporadas ao texto constitucional por força do art. 5º, § 2º, devendo ter aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º). (PIOVESAN, 2004, p. 270).

Vale ressaltar que a preciosa colocação de Flávia Piovesan simplifica a lógica do texto da Constituição Federal de 1988, uma vez que o art. 5º, § 2º, menciona expressamente que:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos

tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988).

Nitidamente o interesse da Constituição é dar primazia aos direitos e garantias fundamentais decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. A omissão do Estado na incorporação de um tratado internacional gera mais do que uma responsabilização internacional do Estado; no âmbito do Direito interno brasileiro acarretará uma omissão constitucional. O dispositivo constitucional vigente (art. 5º, § 2º) garante que não haverá exclusão, ou melhor, não haverá a supressão de direitos e garantias fundamentais conquistados pelo Brasil por meio de tratados internacionais. De igual forma, em relação à aplicabilidade imediata, mais uma vez o texto constitucional buscou assegurar que qualquer norma que defina direitos e garantias fundamentais, inclusive os tratados internacionais, terão aplicação imediata ao ordenamento jurídico brasileiro.

Diante de toda esta adoção pela Constituição de 1988 dos tratados internacionais de direitos humanos, em dezembro de 2004, a Emenda Constitucional 45 acrescentou o § 3º ao art. 5º da Carta Magna, preceituando que:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 2004; grifo nosso).

A Professora Sílvia Maria da Silveira Loureiro se adiantou e, anteriormente a entrada em vigor da emenda, já criticava o projeto de Emenda Constitucional 96 de 1992 (projeto que posteriormente resultou na inclusão do § 3º ao art. 5º da Constituição). Vale ressaltar os principais pontos de sua crítica:

(...) é evidente que se trata de um dispositivo inconstitucional, porque, em primeiro lugar, tendo em vista a dificuldade do processo de incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos, os quais passariam por um processo de emenda constitucional para a obtenção do status constitucional, potencializa o risco de não serem incorporados novos direitos e garantias fundamentais eventualmente assegurados nesta espécie de tratados internacionais. (...) promove-se, através da inserção de um dispositivo obscuro, deslocado no interior de uma ampla proposta de reforma do Poder Judiciário, um verdadeiro desmonte do modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais. (LOUREIRO, 2004, p. 218.)

Com grande sensibilidade, Sílvia Maria da Silveira Loureiro percebeu a importância da aprovação desse dispositivo; percebeu ainda a ausência de debates sérios sobre o dispositivo. Nesta esteira, destaco a sua crítica ao Congresso Nacional:

(...) o Congresso Nacional, envolvido no debate da matéria de fundo da PEC 96/1992, perde, mais uma vez, a oportunidade para o aperfeiçoamento da mecânica de integração entre os planos nacional e internacional na questão dos direitos humanos, no sentido, inclusive, de fortalecer a posição do Legislativo no processo de denúncia desta categoria de tratados internacionais. Ao contrário, é mais fácil mudar-se a letra da Constituição, no que tange até mesmo dispositivos pétreos, que mudar-se a mentalidade de seus aplicadores. (LOUREIRO, 2004, p. 221).

De fato, a técnica usada para a redação da emenda é amplamente criticável pela doutrina. O Professor Kiyoshi Harada, em sua crítica ao § 3º do art. 5º da Constituição Federal, ressalta que: “Se a intenção foi boa, o resultado não é dos melhores. Causa dúvidas, confusões e insegurança jurídica pelas diversas interpretações que provoca” (HARADA, 2008).

Reflijo sobre as críticas observando que o verbo *forem*, presente no texto da emenda, encontra-se no tempo verbal futuro do subjuntivo. O tempo verbal revela que somente os tratados com procedimento qualificado que *forem* aprovados após a Emenda 45 de 2004 poderão se equivaler às emendas constitucionais.³⁰ No Brasil, a grande maioria dos tratados sobre direitos humanos já assinados não foram aprovados pelo procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Carta Magna. Sendo assim, todo o *status* de norma constitucional da maioria dos tratados brasileiros sobre direitos humanos fica prejudicado pelo texto da Emenda? Creio que a resposta é afirmativa; fatalmente, a perfeição da norma esculpida no art. 5º, § 2º da Constituição Federal também fica prejudicada pela Emenda. Ninguém se lembrou dos efeitos da responsabilidade internacional do Estado quando inseriu de forma irresponsável este dispositivo no texto constitucional.

Com relação à aplicabilidade imediata do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, parece que este procedimento de incorporação proposto pela nova Emenda não conduz a uma aplicabilidade imediata de

³⁰ Valerio de Oliveira Mazzuoli (2005) lembra que: “antes da entrada em vigor da Emenda 45/2004, os tratados internacionais de direitos humanos, antes de serem ratificados pelo presidente da República, eram exclusivamente aprovados (por meio de Decreto Legislativo) por maioria simples, nos termos do art. 49, inc. I, da Constituição”.

todos os tratados sobre direitos humanos. A Emenda dificulta a incorporação dos tratados ao ordenamento jurídico brasileiro, pois, agora para se incorporar um tratado de direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro será necessário a aprovação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (CALETTI, 2007).

Por uma questão de segurança jurídica e de eficácia social dos direitos humanos, urge a necessidade de que o Congresso Nacional se reúna para cobrir indiscriminadamente todos os tratados sobre direitos humanos na forma determinada pelo constituinte reformador.

Destaco que até o presente momento há somente um registro de tratado de direitos humanos aprovado com o rito prescrito no art. 5º, § 3º, da Constituição. Este registro é o da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que foi assinada em Nova York, em 30 de março de 2007, aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro pelo Decreto Legislativo 186, de 09/07/2008, e foi ratificada e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 6.494, de 25/08/2009 (PORTELA, 2010, p. 746).

4.b A solução dos conflitos aparentes entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados de direitos humanos: a jurisprudência do STF

Os tratados internacionais de direitos humanos sofreram grande impacto com o julgamento do RE 80.004 pelo Supremo Tribunal Federal. O julgamento do HC 72.131-RJ pode ser tido como um reflexo disso. O julgado é assim ementado:³¹

Habeas corpus. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. – Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do art. 5º, LXVII, da Constituição de 1988. – Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do art. 7º da Convenção de San José da Costa Rica. Habeas corpus indeferido, cassada a liminar concedida. (BRASIL, 1995.)

Neste julgamento a votação não foi unânime, ficaram vencidos os Min. Marco Aurélio, Carlos Velloso

e Sepúlveda Pertence. Vale destacar que em seu voto vencido, o Min. Carlos Velloso reconheceu o modelo aberto de direitos e garantias fundamentais adotado pela Constituição Federal de 1988, neste sentido dispôs este trecho de seu voto:

(...) são três as vertentes, na Constituição de 1988, dos direitos e garantias: a) direitos e garantias expressos na Constituição; b) direitos e garantias decorrentes do regime de princípios adotados pela Constituição; c) direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais firmados pelo Brasil. (BRASIL, 1988.)

Apesar das colocações do Min. Carlos Velloso, se logrou como posição vencedora a que defende o caráter meramente legal dos tratados de direitos humanos. A posição vencedora desse julgamento pode ser traduzida pelas palavras do Min. Celso de Mello em seu voto, que assim asseverou:

Os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental (...) é preciso não perder de perspectiva que a vedação da prisão civil por dívida, no sistema jurídico brasileiro, possui extração constitucional (...) a indiscutível supremacia da ordem constitucional brasileira sobre os tratados internacionais, além de traduzir um imperativo que decorre de nossa própria Constituição (art. 102, III, b), reflete o sistema que, com algumas poucas exceções, tem prevalecido no plano do direito comparado (...). (BRASIL, 1995.)

A posição do Min. Celso de Mello, anteriormente citada, foi modificada radicalmente no julgamento do RE 466.343-. Esse julgado é assim ementado:

Prisão Civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubstância da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE 349.703 e dos HCs 87.585 e 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (BRASIL, 2008.)

O novo entendimento do Min. Celso de Mello se consubstancia na existência de um regime jurídico misto, que se fundamenta na distinção entre os tratados tradicionais e os tratados de direitos humanos, conferindo aos últimos hierarquia constitucional. A evolução do entendimento do Min. Celso de Mello

³¹ O julgamento do RE 80.004 pelo STF definiu que, na ocorrência de conflito entre o tratado e lei posterior, a lei posterior ao tratado deve prevalecer. O julgado foi analisado com maior profundidade no tópico 3.d do presente trabalho.

deve-se, em grande parte, ao novo dispositivo do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, que vem reconhecer “de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos” (PIOVESAN, 2010). Destaco os principais pontos do novo entendimento do Ministro:

(...) *impõe que se examine, de um lado, o processo de crescente internacionalização dos direitos humanos e, de outro, que se analisem as relações entre o Direito nacional (Direito positivo interno no Brasil) e o Direito Internacional dos direitos humanos, notadamente em face do preceito inscrito no § 3º do art. 5º da Constituição da República, introduzido pela EC 45/2004 (...). O Supremo Tribunal Federal se defronta com um grande desafio, consistente em extrair, dessas mesmas declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs (...)* não se pode desconhecer, senhora presidente, que se delinea, hoje, uma nova perspectiva no plano de Direito Internacional clássico, os tratados e convenções, presentemente, não mais consideram a pessoa humana como um sujeito estranho ao domínio de atuação dos Estados no plano externo (...) após detida reflexão em torno dos fundamentos e critérios que me orientaram em julgamentos anteriores (RTJ 179/493-496, v.g.) evoluiu, senhora presidente, no sentido de atribuir, aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, superioridade jurídica em face da generalidade das leis internas, reconhecendo, a referidas convenções internacionais, nos termos em que venho de expor, qualificação constitucional. (BRASIL, 1995.)

Percebo, também, que no voto do Min. Celso de Mello há uma tendência de permitir que os tratados de direitos humanos possam ser superiores à própria Constituição, desde que consagrem normas mais benéficas. Nesse sentido, ressalto a colocação do Min. Joaquim Barbosa, no mesmo julgamento (RE 466.343-1):

Para mim, porém, o essencial é que a primazia conferida em nosso sistema constitucional à proteção da dignidade da pessoa humana faz com que, na hipótese de eventual conflito entre regras domésticas e normas emergentes de tratados internacionais, a prevalência, sem sombra de dúvidas, há de ser outorgada à norma mais favorável ao indivíduo. (BRASIL, 2008.)

A prevalência da norma mais favorável ao indivíduo é um preceito igualmente defendido pelo Professor Ingo Wolfgang Sarlet, que assim leciona: “na

dúvida impõe-se a opção pela solução mais afinada com a proteção da dignidade da pessoa humana (in dubio pro dignitate)” (SARLET, 2008, p. 141).

De fato, a posição que prevaleceu no julgamento do RE 466.343 foi representada pelo voto do Min. Gilmar Mendes, que solucionou a questão da seguinte maneira:

(...) *parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade (...) em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipá-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. (BRASIL, 2008.)*

O entendimento majoritário leva em consideração a especificidade dos tratados de direitos humanos, concedendo a estes supralegalidade, ou seja, eles terão um tratamento diverso dos demais tratados, entretanto, ainda estarão submetidos à supremacia constitucional (MAZZUOLI, 2009). Ressalto que a tese defendida pelo Min. Gilmar Mendes não foi uma inovação no âmbito do STF, a mesma tese já havia sido aplicada anteriormente pelo Min. Sepúlveda Pertence no julgamento do RHC 79.785-RJ (BRASIL, 2000).

Outro ponto interessante do julgamento do RE 466.343 reside no entendimento que não se cabe no Brasil nenhuma hipótese de prisão civil do depositário infiel, pois todas as leis ordinárias em sentido contrário ao tratado internacional foram derogadas pelo art. 7º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como o Pacto de São José da Costa Rica (GOMES, 2010). Fica, portanto, abandonada a antiga orientação de que as normas de direitos humanos equivalem à lei ordinária, e acaba não sendo adotado o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais. O Professor Luís Flávio Gomes (2010) comenta que essa nova orientação da Suprema Corte: “possui o significado de uma verdadeira revolução na pirâmide jurídica de Kelsen, que era composta (apenas) pelas leis ordinárias (na base) e a Constituição (no topo)”.

De acordo com a recente jurisprudência do STF, a solução dos conflitos aparentes entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados de direitos humanos pode ser dinamizada da seguinte forma:

Tratados e convenções sobre direitos humanos aprovados com o *quorum* da Emenda Constitucional são formalmente e materialmente constitucionais, portanto, estão presentes no bloco de constitucionalidade;

Tratados e convenções internacionais de direitos humanos não aprovados pelo quorum de Emenda Constitucional, são materialmente constitucionais, portanto, são supralegais, ou seja, valem mais do que a lei e menos que a Constituição (LENZA, 2009, p. 443-445).

Conclusão

Ao longo desse trabalho ficou demonstrado que no Brasil o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de Direito positivo interno é totalmente concebível.

São notórios os avanços da política externa brasileira; atualmente podemos dizer com orgulho que o Brasil é um país respeitado pela comunidade internacional. É indispensável para uma potência emergente como o Brasil estreitar laços e fazer acordos importantes com outros países; nada mais provável que a efetivação destes acordos e a formalização desses laços venham a ser materializadas em um tratado internacional.

Percebo que a Constituição Federal brasileira disciplina apenas a quem compete referendar os tratados internacionais; entretanto, em nenhum momento, o direito doméstico oferece clareza sobre a forma ou o ritual para aprovação desses tratados, acaba que normas regimentais do Congresso Nacional é que determinam a aprovação dos tratados por decreto legislativo. A hierarquia constitucional dos tratados internacionais é um tema bastante controverso, pelo fato de que a interpretação da Constituição nos inclina para a equiparação dos tratados internacionais às leis federais. No entanto, quando a Carta Magna enumera as espécies normativas inseridas no processo legislativo, em nenhum momento menciona os tratados internacionais. Até o momento houve apenas uma pequena tentativa, no art. 4º da Constituição, de integração com o Direito Internacional. Os princípios das relações internacionais presentes no art. 4º, muitas vezes acabam mitigando os efeitos das omissões atinentes ao processo de incorporação dos tratados ao direito doméstico.

A norma esculpida no art. 27 da Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados não

permite que sejam invocadas disposições do Direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado; entretanto, os tribunais brasileiros, por vezes, ignoram este preceito. Se o Estado brasileiro assinou um tratado livremente, respeitando todas as competências constitucionais para sua celebração, por que não cumpri-lo? A responsabilidade internacional do Estado precisa ser encarada com mais maturidade pelos Poderes Legislativo e Judiciário. O princípio da boa-fé é um princípio aceito por todas as nações e não merece ser contrariado pelo Brasil.

O conflito entre tratado e lei no Brasil é resolvido pela aplicação da regra *lex posterior derogat priori*, considerando os tratados em nível paritário ao das leis ordinárias. Esta posição foi assumida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 80.004. A aplicação do princípio em que uma lei posterior revoga lei anterior forçou também a Suprema Corte a aplicar o critério da especialidade, que permite que outros tratados possam prevalecer diante de leis mais recentes, particularmente, nas áreas de extradição e tributária, em virtude de constarem como normas especiais. De fato, os tratados são distintos de leis, e os meios de revogação de um tratado são diversos de uma lei; não é concebível equiparar um tratado internacional a uma lei. Acredito que essa posição da Suprema Corte em nenhum momento se preocupou em observar os princípios das relações internacionais presentes no art. 4º da Constituição Federal. Como já afirmado, na ausência de dispositivo constitucional sobre o assunto, podem estes princípios ser usados para conceder uma estrutura supralegal aos tratados.

No Brasil, o controle de constitucionalidade de um tratado está muito ligado à natureza daquele tratado. Como um elemento do interesse público comum, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos carecem de um tratamento diferenciado na incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro. O tratamento diferenciado foi concedido de forma inédita pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, § 2º; este dispositivo garante que não haverá a supressão de direitos e garantias fundamentais conquistados pelo Brasil por meio de Tratados Internacionais, ou seja, dentre os direitos constitucionalmente protegidos estarão incluídos os direitos enunciados nos tratados internacionais. Estaria então já garantida a hierarquia de norma constitucional a estes tratados, mas esse dispositivo não foi visto de forma tão clara pelos tribunais brasileiros – a jurisprudência analisada neste artigo demonstra isso. O constituinte reformador pretendeu esclarecer esta questão na reforma do Judiciário trazida pela Emenda

Constitucional 45, inseriu no art. 5º da Constituição Federal um § 3º, determinando que: tratados internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados “em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”, equivalerão a Emendas Constitucionais. Desta forma, excluiu-se a maioria dos tratados sobre direitos humanos já assinados pelo Brasil antes da EC 45, apenas os tratados assinados após a entrada em vigor da Emenda é que são, na realidade, acolhidos ao bloco da constitucionalidade.

Há uma tendência recente no Supremo de permitir que os tratados de direitos humanos possam ser superiores à própria Constituição, desde que consagrem normas mais benéficas. Este me parece um bom caminho para solução do conflito; não obstante, seria igualmente possível uma reunião do Congresso Nacional para sujeitar todos os tratados de direitos humanos, anteriores e posteriores à reforma constitucional, ao *quorum* qualificado previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República, para fins de aquisição de hierarquia de Emenda Constitucional.

Na posição de sujeito de Direito público externo, a República Federativa do Brasil não pode celebrar obrigações, nem criar normas jurídicas internacionais que contrariem a Carta Magna, ou seja, para vinculação de obrigações de Direito Internacional é imprescindível que sejam observadas às disposições e os requisitos fundamentais presentes na Constituição Federal. O controle prévio de constitucionalidade do Decreto Legislativo que aprova o tratado é uma ótima saída para impedir a ratificação de um tratado que colida com a Constituição Federal. Este controle prévio pode levar o Poder Executivo a negociar novamente o tratado ou impor reservas para a sua aceitação, evitando assim embaraços internacionais pelo descumprimento do tratado.

As soluções para os conflitos entre tratados internacionais não podem ser vistas pelo ponto de vista rígido ou extremado. A interação e a aproximação do Direito Internacional com o Direito Constitucional pode fornecer melhores ferramentas para a solução de qualquer conflito.

Referências bibliográficas

ALCOFORADO, Luis Alberto. *Direito dos tratados afeta Direito interno*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-27/artigo-promulgacao-direito-tratados-incide-diretamente-direito-interno>>. Acesso em: 28/08/2010.

ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de. *A incorporação ao Direito interno de instrumentos jurídicos de Direito Internacional humanitário e Direito Internacional dos direitos humanos*. Revista CEJ, v. 4, n.11, p.19-30, maio/ago. 2000. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/343/545>>. Acesso em: 21/10/2010.

ARIOSI, Mariângela F. *As relações entre o Direito Internacional e o Direito interno*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 498, 17 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5940/as-relacoes-entre-o-direito-internacional-e-o-direito-interno>>. Acesso em: 16/10/2010.

BRASIL. *Constituição Imperial*. 1824.

BRASIL. *Constituição da República*. 1891.

BRASIL. *Constituição*. 1934.

BRASIL. *Constituição*. 1946.

BRASIL. *Constituição*. 1967.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. 1966.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal. 1988.

BRASIL. *Emenda à Constituição 45*, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília: *Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil*, Poder Executivo.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 426.945/PR*, Voto-vista do Min. Francisco Falcão. Julgado em 22 de junho de 2004. *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Poder Judiciário, 25 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://bit.ly/9jdFlo>>. Acesso em: 1º/10/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. BARBOSA, Joaquim. *Voto-vista na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1625-3*, em 03 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/adi1625JB.pdf>>. Acesso em: 24/07/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 466.343*, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Recorrente: Banco Bradesco S/A Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar

Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: < <http://bit.ly/awtvFC>>. Acesso em: 22/10/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas corpus 79.785*, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Recorrente: Jorgina Maria de Freitas Fernandes Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 29 de março de 2000. Disponível em: < <http://bit.ly/aKPIMR>>. Acesso em: 22/10/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 72.131*, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Paciente: Lairton Almagro Vitoriano da Cunha. Impetrante: Marcello Ferreira de Souza Granado. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Interessado: Sateplan Consórcios Ltda. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 23 de novembro de 1995. Disponível em: < <http://bit.ly/drZCWC> >. Acesso em: 22/10/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Carlos Madeira. *Voto-vista no RE 109.173*. Julgado em 27 de fevereiro de 1987. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=200421>>. Acesso em: 12/10/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário 80.004*, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Recorrente: Belmiro da Silveira Góes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Brasília, 1º de junho de 1977. Disponível em: <<http://bit.ly/aPii7l>>. Acesso em: 22/10/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Apelação Cível. 9.587*, Rel. Min. Lafayette de Andrada, 21/08/1951. 2ª Turma. 1951. Disponível em: <<http://bit.ly/bt14Gu>>. Acesso em: 08/10/2010.

CALETTI, Leandro. *A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no cenário da Emenda à Constituição 45/2004: notas acerca da compulsoriedade do novo regime e da denúncia dos tratados*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1388, 20 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9754>>. Acesso em: 20/10/2010.

CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional privado*. Rio de Janeiro: forense. 1956.

DA ROS, Rafael. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: a posição do STF*. 2005. Trabalho de Conclusão de Curso. (Graduação em Direito) – Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Disponível em: <<http://arquivo.fmu.br/prodisc/direito/rdr.pdf>>. Acesso em: 15/10/2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva. 1991.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Trad. Vítor Marques Coelho. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1999.

FERREIRA, Múrcio Kleber Gomes. *O tratado em conflito*. Disponível em: <<http://bit.ly/dtM4yX>>. Acesso em: 10/10/2010.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey. 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Controle de convencionalidade: STF revolucionou nossa pirâmide jurídica. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12-241>>. Acesso em: 24/10/2010.

HARADA, Kiyoshi. *Tratados que versam sobre direitos humanos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1749, 15/04/2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11161>>. Acesso em: 20/10/2010.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva. 2009.

LIMA, Jean Carlos. *Direito Internacional privado: a situação jurídica do estrangeiro nas leis brasileiras*. São Paulo. LTr, 2009.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *Os Tratados internacionais sobre direitos humanos na constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2107, 08/04/2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12584>>. Acesso em: 23/10/2010.

_____. *O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. Revista de informação legislativa, v. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. de 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/739>>. Acesso em: 20/10/2010.

_____. *A opção do judiciário brasileiro em face dos conflitos entre tratados internacionais e leis internas*. Revista CEJ, Brasília, n. 14, p. 112-220. mai./ago. 2001a. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/415/596>>. Acesso em: 16/10/2010.

_____. *Direitos humanos provenientes de tratados: exegese dos §§ 1º e 2º do art 5º da Constituição de 1988*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001b. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1609>>. Acesso em: 20/10/2010.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1995.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed., v. 1, Rio de Janeiro: Renovar. 2004.

MENEZES, Celso Antonio Martins. *A importância dos tratados e o ordenamento jurídico brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, n. 166, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/450>>. Acesso em: 10/10/2010.

NEVES, Gustavo Bregalda. *Direito Internacional Público e Privado*. São Paulo.: Atlas. 2008.

NICZ, Alvacir Alfredo. *O Direito Constitucional Internacional após a Emenda 45/2004 e os Direitos Fundamentais*. Cordenadores: Eduardo Biacchi Gomes, Tarcisio Hardman Reis. São Paulo: Lex. 2007.

OLIVEIRA, Antônio Flávio de. *A inconstitucionalidade de tratados, acordos e atos internacionais*. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1610>>. Acesso em: 10/10/2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad. 2004.

_____. *Tratados Internacionais de proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF*. Disponível em: <<http://bit.ly/9fnAjs>>. Acesso em 19/10/2010

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado – Incluindo noções de*

Direitos Humanos e Direito Comunitário. 2. ed. Salvador: Juspodivm. 2010.

RANGEL, Vicente Marotta. *Os conflitos entre o Direito interno e os Tratados Internacionais*. in *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Rio de Janeiro, 45 e 46, p. 54-55. 1967.

RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos*. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/663/843>>. Acesso em: 30/09/2010.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva. 2002.

RIBEIRO, Patrícia Henriques. *As relações entre o Direito Internacional e o Direito interno: conflito entre o ordenamento brasileiro e normas do Mercosul*. Belo Horizonte: Del Rey. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Roberto Luiz. *Direito Internacional Público*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Comentários a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU – Comentário ao art. 8º*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/coment/8.htm>>. Acesso em: 25/08/2010.

_____. *Tratado de Direito Internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997. V.1.

VIENA. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. 1969. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>>. Acesso em: 29/01/2010.

Aspectos da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública

Oscar Valente Cardoso*

No dia 23 de junho de 2010 entrou em vigor a Lei 12.153/2009, que instituiu os Juizados Especiais da Fazenda Pública nos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios.

Assim, existem no Brasil quatro leis diferentes sobre o rito processual dos Juizados Especiais: a) a Lei 9.099/1995, na Justiça Estadual; b) a Lei 10.259/2001, na Justiça Federal; c) a recente Lei 12.153/2009, dos Juizados da Fazenda Pública nos Estados, DF, Territórios e Municípios; d) e o Código de Processo Civil, que incide subsidiariamente sobre todas as leis anteriores.

Pretende-se realçar brevemente alguns aspectos da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Enquanto nos Juizados Especiais Estaduais existe limitação a causas de menor complexidade (art. 3º, *caput*, da Lei 9.099/1995) e o autor pode optar pelo seu rito ou pelas vias ordinárias, nos Juizados Especiais Federais Cíveis a competência é absoluta nas causas com valor de até 60 salários-mínimos (art. 3º da Lei 10.259/2001), independentemente de seu objeto ou sua dificuldade. Nesse sentido, prevê a Súmula 25, das Turmas Recursais de São Paulo, que “a competência dos Juizados Especiais Federais é determinada unicamente pelo valor da causa e não pela complexidade da matéria (art. 3º da Lei 10.259/2001)”.

Mesmo diante do previsto no art. 277, § 5º, do CPC, que admite a conversão do procedimento sumário para o ordinário em virtude da necessidade de realização de prova técnica de maior complexidade, os Juizados Especiais Federais mantêm sua competência independentemente da prova a ser produzida. Diversamente da Lei 9.099/1995, na qual o conceito de menor complexidade abrange o valor (40 salários-mínimos) e a matéria (listadas no art. 3º, II a IV, independentemente de seu valor), a Lei 10.259/2001 fixou a competência somente com fundamento no valor da causa.

Igual raciocínio se aplica à Lei 12.153/2009, tendo em vista que seu art. 2º possui redação similar ao art. 3º da Lei 10.259/2001, determinando a competência

absoluta dos Juizados Especiais da Fazenda Pública nas causas com valor de até 60 salários-mínimos, independentemente de seu objeto ou da complexidade da matéria:

É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários-mínimos.

Contudo, essa regra possui exceções, previstas no § 1º do art. 2º. Os Juizados Especiais da Fazenda Pública não possuem competência para processar, conciliar e julgar: (a) mandados de segurança (art. 2º, § 1º, I); (b) ações de desapropriação (ainda o inciso I); (c) ação de divisão e demarcação (inciso I); (d) ação popular (inciso I); (e) ação de improbidade administrativa (inciso I); (f) execuções fiscais (inciso I); (g) demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos (inciso I); (h) causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas (art. 2º, § 1º, II); (i) e ações que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares (art. 2º, § 1º, III).

Entre as diferenças legais, verifica-se que, ao contrário dos JEF Cíveis, os Juizados Especiais da Fazenda Pública são competentes para pedido de anulação ou cancelamento de ato administrativo (matéria vedada pelo art. 3º, § 1º, III, da Lei 10.259/2001).

Destaca-se também que a Lei 12.153/2009 não possui restrição expressa quanto aos direitos ou interesses individuais homogêneos. A redação originária da lei incluía esses direitos na vedação do art. 2º, § 1º, I, porém, foi posteriormente modificada (com a exclusão) na Comissão de Constituição e Justiça na Câmara dos Deputados. Logo, questiona-se: isso possibilita a propositura dessas ações nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, mantendo-se a vedação somente quanto aos direitos coletivos e difusos? Considerando a limitação à capacidade de ser parte, essa exclusão pelo legislador em nada afeta a competência, tendo em vista que só são permitidas ações individuais.

Em síntese, existem cinco requisitos a ser observados nos processos dos Juizados Especiais da

* Juiz Federal Substituto do JEF Cível de Lages/SC (4ª Região). Mestre em Direito e Relações Internacionais pela UFSC. Especialista em Direito Público, em Direito Constitucional, em Direito Processual Civil e em Comércio Internacional.

Fazenda Pública, sendo os três primeiros objetivos (art. 2º) e os dois restantes subjetivos (art. 5º): (a) causas de competência da Justiça Estadual, evidentemente; (b) o valor da causa não deve ultrapassar os 60 salários-mínimos; (c) mesmo que não se ultrapasse o valor de alçada, a matéria não deve estar listada nas exceções do § 1º do art. 2º; (d) somente podem ser autores as pessoas naturais, microempresas e empresas de pequeno porte (art. 5º, I); (e) e no polo passivo são legitimados os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e

empresas públicas a eles vinculadas (art. 5º, II) (salvo exceções de litisconsórcio passivo necessário, como será visto no tópico destinado ao litisconsórcio ativo e passivo)¹.

¹Essa questão, e as demais tratadas neste artigo, são abordadas com profundidade em: CARDOSO, Oscar Valente. *Juizados Especiais da Fazenda Pública* (Comentários à Lei 12.153/2009). São Paulo: Dialética, 2010.

Limites imanentes à substituição processual na fase de cumprimento das ações coletivas

André Dias Fernandes*

Sumário

Introdução; 2. Descrição do caso; 3. Análise do caso; Conclusão.

Introdução

O presente artigo visa a demonstrar que apesar de o STF já haver assentado que os sindicatos podem atuar como substitutos processuais não só na fase de conhecimento como também na etapa de execução/cumprimento do julgado, há limites inerentes a essa substituição processual, decorrentes não apenas da legislação processual (CPC, art. 38), mas da natureza mesma do instituto da substituição processual, bem como da necessidade prática de resguardo dos direitos de crédito dos substituídos.

Os inconvenientes práticos da extrapolação desses limites serão evidenciados a partir da análise de um caso efetivamente ocorrido.

2 Descrição do caso

Uma federação sindical propusera ação coletiva postulando diferenças remuneratórias (anuênios) em favor de seus substituídos processuais (servidores públicos federais). O direito foi reconhecido por decisão transitada em julgado. A federação sindical propôs então execução das verbas vencidas, sem autorização expressa de seus substituídos. Na fase de conhecimento da ação coletiva também não houvera juntada de autorização dos substituídos.

Ocorre que alguns dos substituídos tiveram suas declarações de imposto de renda retidas em malha pela Receita Federal, sob o argumento de haverem recebido precatórios relativos àquela ação coletiva.

Esses substituídos processuais ajuizaram então ação ordinária requerendo: (a) a liberação da restituição de IRPF a que faziam jus, por não terem recebido verba

de precatório algum; (b) a condenação da federação sindical e do escritório de advocacia ao pagamento de danos morais; e (c) a devolução à União dos valores indevidamente recebidos, visto que efetuaram o levantamento dos valores dos precatórios em nome dos substituídos, sem autorização nem ciência destes, e não lhes repassaram os valores levantados, apesar de decorridos dois anos dos saques.

De fato, os valores foram recebidos não pelos substituídos na ação coletiva, mas pelo advogado da ação. O substituído estava, pois, sofrendo duplo prejuízo: além de não receber a verba a que fazia jus, estava sendo compelido pela Receita Federal a pagar imposto de renda sobre ela.

Esses substituídos não forneceram autorização nenhuma à *federação sindical* (nem na fase cognitiva, nem na fase executiva da ação coletiva), mas haviam dado autorização *ao sindicato* da categoria para ajuizar outra ação coletiva, que foi proposta um ano após a ação coletiva ajuizada pela federação sindical, no Estado onde residem (Ceará). Tais substituídos nem sabiam da existência da ação coletiva ajuizada pela federação sindical em Estado diverso do de sua residência (Alagoas).

A questão principal é saber se o reconhecimento de legitimação extraordinária do sindicato inclusive para a execução do julgado, conforme entendimento do STF, abrange ou não a prática de atos de disposição de direito (como levantamento de valores: *receber e dar quitação*), para os quais o art. 38 do CPC exige poderes específicos e especiais.

3 Análise do caso

Inicialmente, releva salientar que os substituídos estavam de boa-fé, pois desconheciam a existência ação coletiva anterior ajuizada pela federação sindical, cuja decisão os alcançava, beneficiando-os. Assim, não lhes fora dado exercer direito de opção por uma das decisões coletivas, conforme aplicação analógica do

* Juiz Federal Substituto em Fortaleza-CE. Mestre em Direito pela UFC. MBA em Poder Judiciário pela FGV-Direito-Rio. Professor da Faculdade 7 de Setembro e de cursos de pós-graduação. Autor do livro: Eficácia das decisões do STF em ADIn e ADC: efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. Salvador: JusPodivm, 2009.

CDC, aceita pela jurisprudência, e agora consagrada no art. 22, § 1º, da Lei 12.016/2009¹:

Art. 22. (...) § 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

Ocorre que a federação sindical e o escritório de advocacia agiram, *no mínimo, com negligência ou imprudência (culpa stricto sensu)* por sacarem valores que lhes não pertenciam (a) *sem o conhecimento* dos substituídos, (b) *sem procuração com poderes específicos e especiais destes nos termos do art. 38 do CPC*, e, (c) mesmo após decorrido longo lapso temporal após o levantamento dos valores, por não diligenciaram em contatar os substituídos e repassar-lhes os valores sacados em nome destes.

Dessarte, por manifesta *negligência e/ou imprudência* daqueles, os substituídos tiveram suas declarações de IRPF retidas na malha fina pela Receita Federal, que bloqueou as restituições de IRPF referentes ao exercício de 2007, em razão de valores que nem sequer foram efetivamente recebidos por eles, visto que se encontravam em poder do escritório de advocacia que patrocinou a ação coletiva movida pela federação sindical. Tal conduta negligente e/ou imprudente colocou os substituídos na incômoda posição de se verem compelidos a propor ação judicial para não serem constritos a pagar imposto de renda sobre valores que não receberam!

Não se nega que o sindicato possa, em regime de substituição processual, propor ação *executiva* em defesa de interesses da categoria, prescindindo de autorização expressa dos substituídos. De fato, o STF decidiu que o sindicato pode executar o crédito dos substituídos, sem necessidade de procuração ou autorização expressa, pois pode agir na qualidade de substituto processual não apenas na fase de cognição, mas *também na fase executiva*². Confira-se:

Processo Civil. Sindicato. Art. 8º, III, da Constituição Federal. Legitimidade. Substituição processual. Defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais. Recurso conhecido e provido.

O art. 8º, III, da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. *Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos.* Recurso conhecido e provido.

(RE 193503, relator p/ acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2006, DJe-87. Public 24/08/2007.)

Ocorre que no regime de substituição processual não estão compreendidos os *poderes especiais* a que alude o art. 38 do CPC³. Assim, o substituto processual não pode praticar *atos de disposição do direito* de crédito sem autorização do substituído: *renunciar ao crédito, desistir dele, transacionar acerca dele, recebê-lo e dar quitação dele em nome do substituído* são atos que só poderão ser praticados pelo substituto processual se o substituído *autorizá-los expressamente*. Dessarte, no regime da substituição processual, o substituto processual pode propor ação *executiva* em nome do substituído e prosseguir nela sem necessidade de autorização expressa do substituído *até a fase de levantamento do crédito*, mas *para levantar o crédito (receber e dar quitação) precisaria de autorização expressa do substituído*.

Observe-se que a outorga de poderes especiais é exigida até mesmo do advogado que foi *pessoalmente constituído* por seu cliente, mediante procuração com os poderes especiais previstos no art. 38 do CPC. Dispensá-la no caso de substituição processual, na qual os advogados do sindicato não têm autorização nenhuma dos substituídos para atuar no processo

representante processual, havendo, portanto, necessidade de expressa autorização de cada um dos associados para que possa executar a sentença exequenda. (...)” (AgRg no REsp 886755/RS, rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19/04/2007, DJ 14/05/2007, p. 394.)

¹ O art. 21 da Lei 12.016/2009 trata de litispendência entre mandado de segurança coletivo e ação individual, mas aplica-se *analogicamente* à situação narrada acima (litispendência entre ações coletivas, ainda que em fase executiva).

² Todavia, em decisão posterior à do STF, o STJ assim entendeu: *“Processual Civil e Administrativo. Recurso Especial. Processo de execução. Sindicato. Representante processual. Necessidade de autorização expressa dos filiados.*

I. O sindicato, ao promover a ação coletiva na qualidade de substituto processual, no processo de execução, atua, obrigatoriamente, como

³ Art. 38. A procuração geral para o foro, conferida por instrumento público, ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, *salvo para receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso*. (Redação dada pela Lei 8.952, de 13/12/1994) Parágrafo único. A procuração pode ser assinada digitalmente com base em certificado emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma da lei específica. (Incluído pela Lei 11.419, de 2006).”

(e sobretudo para praticar tais atos de disposição de direito), seria um manifesto contrassenso, capaz, em tese, de ensejar fraudes e desvios de toda sorte.

Com efeito, se até no regime da *representação processual* é indispensável a outorga de poderes especiais para levantamento de valores em nome do representado, tal como exige o art. 38 do CPC, com *maioria de razão* essa outorga de poderes especiais para atos de disposição de direito (CPC, art. 38) se faz indispensável no regime da *substituição processual*, no qual o substituído *muitas vezes (a)* não sabe sequer da existência da propositura de ação de execução em seu nome, *(b)* não conhece o advogado que a patrocina, *(c)* nem deu autorização nenhuma para o levantamento de valores em seu nome. Aliás, foi exatamente o que sucedeu no vertente caso.

In hoc casu, a exigência do art. 38 do CPC não foi observada: o substituído levantou o dinheiro dos substituídos e deu quitação em nome destes sem autorização expressa deles, e, o que é pior, sem a *ciência* deles, fazendo com que suas declarações de IRPF ficassem retidas e fossem compelidos pela União a pagar IRPF sobre verba que não receberam, verba esta indevidamente recebida por outrem em seu nome.

A necessidade de outorga de poderes especiais para a prática de *atos de disposição* de direito constitui, pois, uma *limitação imanente ao próprio instituto da substituição processual* – seja em ações coletivas, seja em ações individuais –, porque o substituto é *parte* apenas pelo prisma processual, não sendo *parte* pelo prisma material, substantivo. O substituto processual *não pode dispor livremente do direito do substituído, como se fora seu, porque não é titular do direito material, mas apenas da prerrogativa de defendê-lo processualmente*. O substituto processual é parte meramente processual (ou formal), e não parte material (ou substantiva).

A este propósito, confirmam-se os seguintes excertos do voto-vista proferido pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do retromencionado RE 193503:

(...) Esta é, portanto, a primeira delimitação do âmbito de proteção da norma constitucional do art. 8º, inciso III, da Constituição.

O segundo ponto pode ser encontrado nos limites próprios do instituto da substituição processual.

Como bem delimitado por Chiovenda, a substituição processual não é ilimitada; isto é, o fato de o substituto agir como parte da relação processual não lhe permite praticar todas as atividades de parte, como os atos de disposição do direito em questão. Assim afirmava o ilustre processualista:

“De resto, dizer que o substituto processual é parte não implica dizer que ele possa realizar todas as atividades de parte. Pode haver atividades de parte a que a lei somente atribua importância desde que emanem daquele que é titular da relação substancial (juramento, confissão, renúncia aos atos, renúncia à ação, reconhecimento da ação), ou daquele que é representante ou órgão do titular. Semelhantes atividades não as poderia exercer o substituto: a atividade dele é, pois, circunscrita por sua própria condição.” (Chiovenda, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. II, Campinas, Bookseller, 1998, p. 303.)

Adiante, Chiovenda tece considerações adicionais sobre os limites da substituição processual, da seguinte forma:

“A substituição processual não é necessariamente extensiva a todo o processo. Pode dar-se que o sujeito do direito substancial se converta em sujeito da relação processual no curso da lide (...); então a substituição não dura até o fim do processo, mas desaparece durante a ação. E vice-versa, pode-se dar que a substituição processual sobrevenha durante a lide e não no início dela (...).” (Chiovenda, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II, Campinas, Bookseller, 1998, p. 307.)

A substituição processual, portanto, pode desaparecer no momento processual em que seja necessária a prática de atos de disposição do direito material.

Nesse sentido, parece certo que o sindicato, na qualidade de substituto processual, não poderá praticar atos de disposição dos direitos estritamente individuais dos trabalhadores por ele representados.

(...)

Assim, consoante a doutrina processual construída em torno das lições de Chiovenda, a substituição processual é aquela situação em que a legitimação para causa não coincide com a titularidade do direito subjetivo material discutido. Nessa situação, o substituto age em juízo, em nome próprio (por concessão da norma objetiva material), na defesa de direito subjetivo alheio. O substituto é parte na relação de direito processual, mas não na relação de direito material.

Tal situação não se confunde com a representação, na qual o representante defende o direito de outrem, em nome deste. Na representação, o representado é parte tanto na relação jurídica processual quanto na relação jurídica material.

Portanto, distinguindo-se da hipótese prevista pelo art. 5º, inciso XXI – que exige expressa autorização dos associados para que a entidade associativa os represente judicial e extrajudicialmente –, é de substituição processual, independente de autorização, que trata o art. 8º, inciso III, da Constituição. O sindicato age em nome próprio, ou seja, na qualidade de parte na relação processual, como substituto processual dos trabalhadores da categoria por ele representada, estes sim titulares dos direitos e interesses defendidos em juízo.

Destarte, como se vê, a impossibilidade da prática de atos de disposição do direito material pelo substituto *processual deriva dos próprios limites que a legislação processual, designadamente o art. 38 do CPC, impõe ao instituto da substituição processual, pouco importando que se trate de substituição processual em ação coletiva (como sucede in casu) ou de substituição processual em ação individual.*

Nesse sentido:

Processual Civil. Execução de sentença pelo sindicato. Regime de representação processual. Possibilidade.

I. Versando a ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos, nada impede venha o sindicato substituir seus filiados na fase cognitiva da demanda. Para a execução do julgado, porém, os titulares do direito devem ser plenamente identificáveis e certos, e, diferentemente do que acontece na ação de conhecimento, o objeto encontra-se perfeitamente divisível. *Causa uma certa apreensão permitir o pagamento do numerário a quem, em princípio, não detém poderes expressos para receber e dar quitação em nome dos servidores, não prescindindo o caso da juntada de instrumento de mandato outorgado pelos sindicalizados, constando os mencionados poderes especiais.* Assim, o sindicato pode promover a execução de sentença coletiva na condição de representante, mas não na qualidade de substituto processual. (...)

(TRF 4ª Região. Agravo de instrumento 2008.04.00.013812-4/RS. Rel.: Des. Federal Joel Ilan Paciornik. DE 06/08/2008.)

Processual Civil. Direitos individuais homogêneos. Legitimidade do sindicato. Ação de execução. Representação processual. Juntada de fichas financeiras.

I. Ainda que o sindicato detenha legitimidade ativa em ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos, na execução de sentença os titulares do direito devem ser plenamente identificáveis e certos, e, diferentemente do que acontece na ação de conhecimento, o objeto encontra-se perfeitamente divisível. *Cabe somente aos titulares exercer com exclusividade o poder de disposição sobre os eventuais valores que tenham direito, não se prescindindo a juntada de instrumento de mandato outorgado pelos sindicalizados, constando expressamente os poderes especiais para receber e dar quitação (...)*

(TRF 4ª Região, AG 2004.04.01.003888-1, Primeira Turma, rel. p/ acórdão Des. Federal Wellington Mendes de Almeida, DJ 09/02/2005.)

Assim, o levantamento de valores não autorizado pelos substituídos *exorbitou* dos poderes decorrentes da substituição processual, causando dano moral indenizável a estes.

Insta pontuar que a federação tinha *plena ciência* da conduta *negligente e/ou imprudente* do escritório de

advocacia. Mais do que isso: colaborava ativamente com ela.

De feito, no seu *site*, a federação sindical informou aos seus filiados que o escritório de advocacia estava procedendo diretamente ao levantamento (saque) dos valores pertencentes aos servidores federais e solicitou-lhes que informassem seus dados bancários para que fosse feita a transferência dos valores sacados.

Portanto, não houve responsabilização da federação sindical apenas por culpa *in eligendo* e/ou por culpa *in vigilando*, mas por negligência e/ou imprudência própria dela, o que a tornou solidariamente responsável com o escritório de advocacia.

Por essa razão, revelaram-se presentes os requisitos necessários à configuração donexo causal, ensejador da obrigação da federação e do escritório de advocacia à reparação do dano moral postulado.

Na fixação do montante da condenação por danos morais, deve haver proporcionalidade e razoabilidade, a fim de que não haja enriquecimento indevido da parte a quem aproveita, e de que, por outro lado, para além de compensar a vítima pelo constrangimento, sofrimento, ou abalo causado, a condenação seja também capaz de inibir e/ou desestimular condutas idênticas ou análogas de futuro por parte do infrator. De fato, é assente que a condenação por dano moral possui dúplice natureza: indenizatória propriamente dita e pedagógico-punitiva.

A conduta dos réus parece ter sido reiterada e generalizada, pois na mesma seção judiciária houve pelo menos um caso idêntico, julgado em outra vara, o que tornava a conduta negligente e/ou imprudente ainda mais grave e impunha uma maior ênfase no aspecto *pedagógico-punitivo* da condenação por dano moral, em ordem a evitar a reiteração da conduta danosa. Para atender tais pressupostos, entendeu-se razoável e proporcional uma condenação solidária da federação sindical e do escritório de advocacia por danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em favor de cada um dos substituídos.

Além disso, foram condenados a devolver à União Federal os valores indevidamente sacados. Por sua vez, a União foi condenada a homologar a declaração de imposto de renda dos substituídos desconsiderando os valores não recebidos por estes e a proceder às respectivas restituições, salvo se por outro motivo não devesse fazê-lo.

Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que há limites iminentes à substituição processual na fase de cumprimento do julgado, derivantes não apenas da legislação processual (CPC, art. 38), mas da própria natureza do instituto da substituição processual, bem como da necessidade prática de resguardo dos direitos creditórios dos substituídos.

Os inconvenientes da admissão do exercício de direitos de disposição pelo substituto processual na fase

executiva *sem a outorga de poderes especiais* ficaram evidentes no caso sob estudo, visto que até danos de ordem moral foram causados aos substituídos pelo substituto processual e pelo escritório de advocacia que o representava em juízo.

Não se trata de vedar substituição processual e exigir representação processual na fase de cumprimento do julgado na ação coletiva, mas apenas de reconhecer os limites inerentes à própria figura da substituição processual.

Menor sob guarda e direito à pensão previdenciária

Renato Martins Prates*

Introdução

Com a edição da Lei 9.528/1997, fruto da conversão da Medida Provisória 1.523/1996, o menor sob guarda deixou de estar expressamente incluído no rol de dependentes do segurado do Regime Geral da Previdência Social – RGPS, previsto na Lei de Benefícios. Antes, dispunha o texto original da Lei 8.213/1991:

Art. 16 – São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido;

(...)

§ 2º – Equiparam-se o filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor, que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação.

Assim, o menor sob guarda judicial, para efeito de dependência perante o Regime Geral de Previdência Social, era equiparado, nos termos da lei, ao filho. Contudo, como dito, adveio nova redação do dispositivo, passando a constar do art. 16, I, § 2º, os seguintes dizeres:

Art. 16ª

(...)

§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho, mediante declaração do segurado, e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

Discute-se se, ante tal modificação legislativa, estaria o menor sob guarda efetivamente excluído da proteção previdenciária, ou se poderia considerar prevalecente norma em sentido contrário, abrigada no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990:

Art. 33 – A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

(...)

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

Vislumbra-se, pois, a aparente incompatibilidade entre as citadas normas, o que gera situação de antinomia, a ser solucionada com o manejo do instrumental hermenêutico colocado à disposição dos estudiosos e operadores do direito.

No presente estudo, pretendemos abordar a questão, com especial ênfase aos princípios constitucionais que podem, a nosso ver, dirimir a controvérsia, notadamente o princípio da proibição do retrocesso social.

2 Proteção ao menor e previdência social

A proclamação preambular da Constituição da República Federativa do Brasil já destaca a disposição do povo brasileiro em edificar um Estado Social de Direito, em que valores tais como segurança, bem-estar, igualdade e justiça constituam bases para edificação de uma sociedade fraterna e fundada na *harmonia social*. O art. 1º da Carta, em sintonia confere especial primazia à proteção à dignidade da pessoa humana.

A conferir maior concreção a tais princípios, há todo um capítulo dedicado aos direitos sociais, arrolados no art. 6º da Lei Maior. Lado a lado, inseridos na categoria dos direitos sociais, encontram-se o direito à previdência social e a proteção à infância. Não poderia ser diferente, pois, uma sociedade que se quer harmônica, segura e justa, deve criar mecanismos de proteção contra os riscos sociais e proteger aqueles que, como crianças e adolescentes, têm seu desenvolvimento físico e psíquico ainda incompleto e que se encontram em situação de maior vulnerabilidade ante os percalços da vida em sociedade.

Outrossim, a reforçar o disposto no art. 6º, lê-se do art. 227 da Constituição:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada pela Emenda Constitucional 65, de 2010.)

(...)

§ 3º – O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

(...)

* Juiz Federal da 8ª Vara – Seção Judiciária de Minas Gerais. Mestre em Direito Administrativo pela UFMG.

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;
(....)

Nesse contexto e atento aos direitos sociais consagrados na Constituição, editou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990, que previu o instituto da guarda e a dependência do menor “para todos os efeitos de direito, inclusive previdenciários”.

3 A modificação da Lei 8.213/1991 pela Lei 9.528/1997: revogação do direito previdenciário dos menores sob guarda?

Como se viu na introdução deste artigo, a Lei 9.528/1997, ao modificar a redação da Lei 8.213/1991, não inseriu especial proteção ao menor sob guarda, que deixou de figurar como beneficiário do RGPS, na condição de dependente.

Uma interpretação apressada e superficial da lei, desgarrada dos princípios e normas constitucionais, levou, no âmbito dos tribunais, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, à conclusão de que estariam suprimidos os direitos previdenciários do menor sob guarda judicial. Equivocada, porém, a interpretação, baseada nos critérios de que a lei posterior revoga a anterior – *lex posterior derogat priori* e de a lei específica revoga a geral – *lex specialis derogat generalis*.

Ambos os critérios, no caso, mostram-se insuficientes para que se possa afirmar revogado o dispositivo do ECA (art. 33, § 3º). De início, é, no mínimo, duvidoso, asseverar que a lei que trata dos benefícios previdenciários seja mais específica do que aquela outra que dispõe sobre o direito de crianças e adolescentes e que traz norma especial a respeito do direito de pensão.

Mas o que mais se afigura relevante, no caso, é que os critérios de solução de antinomias – da preponderância da lei posterior e da lei especial – não podem ser aplicados quando se trata de hipótese de retrocesso social, de retirada ou tentativa de retirada de direito que signifique concreção de normas programáticas da Constituição, destinadas a elevar a um patamar superior o Estado Social de Direito, garantindo, sob o aspecto previdenciário, a proteção ao menor.

É o que a seguir passaremos a abordar.

4 Normas programáticas e a proibição do retrocesso social

Na moderna hermenêutica constitucional, não se admite a existência de partes da Constituição

desprovidas de eficácia jurídica ou força obrigatória. Normas constitucionais nunca são meras recomendações. Ainda que programáticas, não se tratam apenas de uma proclamação de boas intenções, mas produzem efeitos no sistema jurídico.

Algumas normas relativas a direitos sociais, econômicos ou culturais são autoexecutáveis (*self executing*). Outras, todavia, consagram direitos à prestação que, como se expressou Canotilho¹, dependem da “atividade mediadora dos poderes públicos”.

Essa necessária mediação da atividade legislativa ou administrativa para a consecução dos objetivos delineados na Constituição é o que caracteriza as normas programáticas. Por sua natureza, não geram, de forma imediata, direitos subjetivos aos membros da comunidade que se sujeitam à Carta, mas criam impedimentos ou barreiras para que a ação estatal se desenvolva contrariamente às diretrizes traçadas. Têm, portanto, uma eficácia negativa (ou impeditiva) mais marcante do que positiva, que se pode traduzir como vedação ao retrocesso social, ou seja, atingido determinado grau de realização do programa constitucional, não se pode retornar, por medidas legislativas ou administrativas a um estágio anterior, menos desenvolvido no que toca ao cumprimento das diretrizes traçadas pelo constituinte.

Nesse sentido, bastante elucidativa a lição de Canotilho:

Os direitos derivados a prestações, naquilo em que constituem a densificação de direitos fundamentais, passam a desempenhar uma função de “guarda de flanco” (J.P. Müller) desses direitos garantindo o grau de concretização já obtido. Consequentemente, eles radicam-se subjectivamente não podendo os poderes públicos eliminar, sem compensação ou alternativa, o núcleo essencial já realizado desses direitos. Neste sentido se fala também de cláusulas de proibição de evolução reaccionária ou de retrocesso social (ex: consagradas legalmente as prestações de assistência social, o legislador não pode eliminá-las posteriormente sem alternativas ou compensações, “retornando sobre os seus passos”; reconhecido, através de lei, o subsídio de desemprego como dimensão do direito ao trabalho, não pode o legislador extinguir este direito, violando o núcleo essencial do direito social constitucionalmente protegido).²

¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. Coimbra, Almedina, s/d, p. 478.

² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. cit.*, p. 479.

Assim, face a uma norma constitucional programática, a atuação do Poder Estatal, em qualquer de suas funções, seja executiva, legislativa ou judiciária, deve convergir no sentido de impulsionar a realização concreta dos direitos nela previstos.

A propósito do tema leciona José Afonso da Silva:

(...) todas as normas que reconheçam direitos sociais, ainda quando sejam programáticas, vinculam os órgãos estatais, de tal sorte que “o Poder Legislativo não pode emanar leis contra estes direitos e, por outro lado, está vinculado à adoção das medidas necessárias à sua concretização; ao Poder Judiciário está vedado, seja através de elementos processuais, seja nas próprias decisões judiciais, prejudicar a consistência de tais direitos; ao Poder Executivo impõe-se, tal como ao legislativo, atuar de forma a proteger e impulsionar a realização concreta dos mesmos direitos.”³

Na mais abalizada doutrina do constitucionalismo pátrio, é noção já pacificada essa impossibilidade de se suprimirem direitos sociais, econômicos ou culturais na medida em que se concretizam pela atuação infra-constitucional do Poder Público. Nesse sentido, confirmam-se os ensinamentos de Kildare Gonçalves Carvalho⁴, Luiz Roberto Barroso⁵, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino.⁶

Merece igualmente realce a visão de Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia⁷ que, indo além do princípio da proibição do retrocesso

social, criam a noção do *direito adquirido social*, assim considerado, “a partir da perspectiva da sociedade, como tudo que se incorporou o patrimônio jurídico desta, em vista da luta diária para a aquisição de seus direitos”. E, como categoria de direito adquirido, da mesma forma que o direito adquirido individual, deve ser preservado da alteração pela legislação superveniente.

Pode-se dizer, portanto, que as normas constitucionais programáticas indicam ao legislador, bem assim ao administrador e ao juiz, caminhos sem retorno, em que só é legítimo seguir em frente, no sentido da mais completa realização da diretriz consagrada na Constituição, sempre em direção ao progresso social.

E assim, retornando ao caso em estudo, estabelecidas as diretrizes constitucionais de proteção aos valores da igualdade e da dignidade da pessoa humana e, mais especificamente em relação aos direitos do menor, assegurada sua *proteção especial* por meio, entre outras medidas, das garantias de seus direitos previdenciários, entende-se que norma infraconstitucional alguma possa simplesmente suprimir o direito do menor sob guarda à pensão previdenciária, o que significaria nítido e inconstitucional retrocesso social.

5 O estado da arte da jurisprudência

Analisando julgados das cortes federais e do Superior Tribunal de Justiça, que tratam da matéria ora em exame, percebe-se que os tribunais ainda não chegaram a formar uma tendência clara e sólida a propósito da melhor interpretação da questão. A jurisprudência ainda é vacilante.

Podem-se detectar duas tendências principais: uma, no sentido de ser aplicável o dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente, que protege o direito à pensão do menor sob guarda, prestigiando as diretrizes constitucionais; outra, que não enfoca a questão sob o prisma constitucional e entende que o direito do menor sob guarda à pensão previdenciária deve ser abordada em vista do que dispõe a Lei 9.528/1997 e de conformidade com a norma vigente no momento do falecimento do segurado, segundo a máxima do *tempus regit actum* e em consonância com o que dispõe a Súmula 340 do STJ.

Assim, exemplificativamente, na linha da primeira tendência aludida, citem-se os seguintes julgados:

Previdenciário. Recurso especial. Pensão por morte. Menor sob guarda. Dependente do segurado.

³SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 160.

⁴Kildare Gonçalves Carvalho. (*Direito Constitucional*. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 650-651, aponta a “impossibilidade de se suprimir, em especial através de uma lei superveniente, direitos sociais de caráter positivo que foram outorgados pela norma constitucional.” Entende que “não se pode, portanto, revogar normas legais sem que elas sejam substituídas por outra porque as tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados”.

⁵Segundo Luís Roberto Barroso (*Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3. ed. Revista e atual. São Paulo, Saraiva, 1999, p. 244): “As normas constitucionais programáticas veiculam princípios, desde logo observáveis, ou traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos. Por sua natureza, não geram para os jurisdicionados a possibilidade de exigirem comportamentos comissivos, mas investem-se na faculdade de demandar dos órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes traçadas. Vale dizer: não geram direitos subjetivos na sua versão positiva, mas geram-nos em sua feição negativa”.

⁶PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 67.

⁷CORREIA, Marcus O. Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 86.

Equiparação a filho. Legislação de proteção ao menor e adolescente. Observância.

I. A Lei 9.528/1997, dando nova redação ao art. 16 da Lei de Benefícios da Previdência Social, suprimiu o menor sob guarda do rol de dependentes do segurado.

II. Ocorre que, a questão referente ao menor sob guarda deve ser analisada segundo as regras da legislação de proteção ao menor: a Constituição Federal – dever do poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, e § 3º, inciso II) e o Estatuto da Criança e do Adolescente – é conferido ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 33, § 3º, Lei 8.069/1990).

III. Recurso especial desprovido.

(REsp 869635/RN, STJ, Quinta Turma, rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 04/12/2006, p. 375.)

Processual Civil e Previdenciário. Recurso especial. Decisão monocrática. Negativa de seguimento. Relator. Possibilidade. Art. 557 do CPC. Redação da Lei 9.756/1998. Intuito. Desobstrução de pautas dos tribunais. Menor sob guarda. Parágrafo 2º, art. 16 da Lei 8.231/1991. Equiparação a filho. Fins previdenciários. Lei 9.528/1997. Rol de dependência. Exclusão. Proteção ao menor. Art. 33, § 3º da Lei 8.069/1990. ECA. Guarda e dependência econômica. Comprovação. Benefício. Concessão. Possibilidade. Precedentes do STJ. Agravo interno desprovido.

(...)

III – A redação anterior do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991 equiparava o menor sob guarda judicial ao filho para efeito de dependência perante o Regime Geral de Previdência Social. No entanto, a Lei 9.528/1997 modificou o referido dispositivo legal, excluindo do rol do art. 16 e parágrafos esse tipo de dependente.

IV – Todavia, a questão merece ser analisada à luz da legislação de proteção ao menor.

V – Neste contexto, a Lei 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – prevê, em seu art. 33, § 3º, que: “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário.”

VI – Desta forma, restando comprovada a guarda deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor, como ocorre na hipótese dos autos. Precedentes do STJ.

VII – Agravo interno desprovido.

(AgRg no REsp 727716/CE, STJ, Quinta Turma, rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 16/05/2005, p. 412.)

Constitucional e Previdenciário. Arguição de Inconstitucionalidade do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991, com a redação dada pela Medida Provisória 1.523, de 11/10/1996, reeditada e convertida na Lei 9.528/1997. Supressão do menor sob guarda judicial do rol de beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado. afronta aos arts. 227, § 3º, II e VI, e 5º, caput, da CF/1988. Inconstitucionalidade reconhecida.

I – A redação original do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991 estabelecia que se equiparavam “a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação.”

II – A Medida Provisória 1.523, de 11/10/1996, reeditada e convertida na Lei 9.528/1997, alterou o aludido § 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991, para estabelecer que “o enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento”, suprimindo, portanto, o menor sob guarda judicial do rol de beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado.

III – A Constituição Federal consagra, em relação à criança e ao adolescente, o princípio da proteção integral, cabendo à família, à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar-lhes, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, direitos naturais fundamentais (art. 227, *caput*, da Carta Magna).

IV – O constituinte elenca, ainda, no § 3º do art. 227 da Carta Maior, sete normas indicativas das obrigações que o legislador ordinário não pode deixar de cumprir, entre as quais destacam-se a garantia, ao menor – criança e adolescente –, dos direitos previdenciários e trabalhistas, e o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

V – “Sabemos que a supremacia da ordem constitucional traduz princípio essencial que deriva, em nosso sistema de direito positivo, do caráter eminentemente rígido de que se revestem as normas inscritas no estatuto fundamental. Nesse contexto, em que a autoridade normativa da Constituição assume decisivo poder de ordenação e de conformação da atividade estatal – que nela passa a ter o fundamento de sua própria existência, validade e eficácia –, nenhum ato de Governo (Legislativo, Executivo e Judiciário) poderá contrariar-lhe os princípios ou transgredir-lhe os preceitos, sob pena de o comportamento dos órgãos do Estado incidir em absoluta desvalia jurídica.” (ADI 2.215/PE, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 26/04/2001.)

VI – Desse modo, a norma contida no art. 16, § 2º, da Lei 8.213/1991 – na redação dada pela Medida Provisória 1.523, de 11/10/1996, reeditada e convertida na Lei 9.528/1997 –, na parte em que exclui o menor sob guarda judicial da condição de dependente, colocando-o à margem da proteção previdenciária estatal, é inconstitucional, pois não se harmoniza com as garantias estabelecidas na Lei Maior, entre elas as do art. 227, *caput*, § 3º, II e VI, da Carta.

VII – Ademais, a discriminação trazida pela nova redação do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991 – ao excluir o menor sob guarda judicial da condição

de dependente do segurado –, afronta, também, o princípio constitucional da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, da CF/1988, pois, do ponto de vista essencial - não do *nomen iuris* do instituto jurídico sob cuja tutela vivem –, os menores sujeitos à guarda judicial de outrem necessitam dos mesmos cuidados e da mesma proteção estatal dispensada aos tutelados, diante do infortúnio da morte do guardião ou tutor, conforme o caso.

VIII – Acolhimento da arguição de inconstitucionalidade do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991, com a redação dada pela Medida Provisória 1.523, de 11/10/1996, reeditada e convertida na Lei 9.528/1997, na parte em que excluiu o menor sob guarda judicial do rol dos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado.

(INREO – Arguição de Inconstitucionalidade na Remessa *Ex Officio* – 199837000013110, TRF 1ª Região, Corte Especial, rel. Des. Federal Assusete Magalhães, *DJ* de 21/09/2009, p. 222.)

Em sentido contrário ao entendimento acima, verificam-se os seguintes precedentes:

Processual Civil e Previdenciário. Recurso especial. Decisão monocrática. Negativa de seguimento. Relator. Possibilidade. Art. 557 do CPC. Redação da Lei 9.756/1998. Intuito. Desobstrução de pautas dos tribunais. Menor sob guarda. Parágrafo 2º, art. 16 da Lei 8.231/1991. Equiparação à filho. Fins previdenciários. Lei 9.528/1997. Rol de dependência. Exclusão. Proteção ao menor. Art. 33, § 3º da Lei 8.069/1990. ECA. Guarda e dependência econômica comprovação. Benefício. Concessão. Possibilidade. Precedentes do STJ. Agravo interno desprovido.

(...)

III – A redação anterior do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991 equiparava o menor sob guarda judicial ao filho para efeito de dependência perante o Regime Geral de Previdência Social. No entanto, a Lei 9.528/1997 modificou o referido dispositivo legal, excluindo do rol do art. 16 e parágrafos esse tipo de dependente.

IV – Todavia, a questão merece ser analisada à luz da legislação de proteção ao menor.

V – Neste contexto, a Lei 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente – prevê, em seu art. 33, § 3º, que: “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário.”

VI – Desta forma, restando comprovada a guarda deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor, como ocorre na hipótese dos autos. Precedentes do STJ.

VII – Agravo interno desprovido. (AgRg no REsp 727.716/CE, rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* de 16/05/2005.)

Recurso Especial. Previdenciário. Menor. Guarda judicial. Pensão. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 33, § 3º da Lei 8.069/1990.

O Regime Geral da Previdência Social, no que pertine especialmente ao art. 16, § 2º da Lei

8.213/1991, que trata do menor sob guarda judicial, não alcança situações especiais definidas em lei especial. Recurso desprovido. (REsp 602.483/SC, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* de 1º/02/2006.)

Previdenciário. Recurso Especial. Pensão por morte. Menor sob guarda. Dependente do segurado. Equiparação a filho. Legislação de proteção ao menor e adolescente. Observância.

I. A Lei 9.528/1997, dando nova redação ao art. 16 da Lei de Benefícios da Previdência Social, suprimiu o menor sob guarda do rol de dependentes do segurado.

II. Ocorre que, a questão referente ao menor sob guarda deve ser analisada segundo as regras da legislação de proteção ao menor: a Constituição Federal – dever do poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, e § 3º, inciso II) e o Estatuto da Criança e do Adolescente – é conferido ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 33, § 3º, Lei 8.069/1990).

III. Recurso especial desprovido. (REsp 736.546/SP, de minha relatoria, *DJ* de 06/02/2006.)

Revela-se auspicioso o fato de o eg. Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Seção, ter acolhido questão de ordem suscitada pelo Ministério Público Federal, em preliminar, e, suspendendo o julgamento do REsp 727716/CE, ter afetado à sua Corte Especial a matéria, para que esta se pronuncie quanto à inconstitucionalidade do art. 16, § 2º da Lei 8.213/1991, na redação da Lei 9.528/1997 (REsp 727716/CE, rel. Min. Celso Limongi, *DJe* 14/04/2010). É a oportunidade que se abre para que aquele tribunal superior uniformize sua jurisprudência à luz dos princípios constitucionais referenciados neste trabalho, indicando o caminho a seguir pelos tribunais regionais federais. Dessa forma, estará garantindo a necessária segurança jurídica aos jurisdicionados.

Conclusão

O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990 – destina-se a regulamentar a especial proteção que a Constituição Federal busca assegurar aos menores de idade. A guarda constitui instrumento que tem por finalidade resguardar tal proteção, assegurando ao menor a necessária assistência material, moral, educacional e previdenciária.

Todas as normas constitucionais são dotadas de força obrigatória, não havendo na Constituição, como

asseverava Ruy Barbosa⁸, cláusulas “a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições”.

Assim, qualquer direito social, uma vez assegurado na Constituição, ainda que em norma de caráter programático e na lei regulamentadora, não comporta simples supressão, considerando-se categoria de direito adquirido pela sociedade, sendo vedado o retrocesso social.

Com tais considerações, entendemos aplicável, ainda que sem expressa previsão na Lei 8.213/1991, na sua atual redação, o dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente que assegura ao menor sob guarda a condição de dependente do segurado por ele responsável, pelo que é titular ao direito à pensão.

⁸BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Apud. SILVA, José Afonso, *op. cit.*, p. 75.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. s/d.

CORREIA, Marcus O. Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 12.341, de 1º de dezembro de 2010.

Define prioridades para a destinação de produtos de origem animal e vegetal apreendidos na forma da lei, alterando as Leis 7.889, de 23 de novembro de 1989, e 9.972, de 25 de maio de 2000.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei define prioridades para a destinação de produtos apreendidos na forma da Lei 7.889, de 23 de novembro de 1989, e da Lei 9.972, de 25 de maio de 2000.

Art. 2º O art. 2º da Lei 7.889, de 23 de novembro de 1989, que dispõe sobre inspeção sanitária e industrial dos produtos de origem animal, e dá outras providências, passa a vigorar acrescido do seguinte § 4o:

“Art. 2º

.....

§ 4º Os produtos apreendidos nos termos do inciso III do *caput* deste artigo e perdidos em favor da União, que, apesar das adulterações que resultaram em sua apreensão, apresentarem condições apropriadas ao consumo humano, serão destinados prioritariamente aos programas de segurança alimentar e combate à fome.” (NR)

Art. 3º O § 2º do art. 9º da Lei 9.972, de 25 de maio de 2000, que institui a classificação de produtos vegetais, subprodutos e resíduos de valor econômico, e dá outras providências, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 9º

.....

§ 2º Cabe ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento dispor sobre a destinação de produtos apreendidos ou condenados na forma desta Lei, observada prioridade absoluta aos programas de segurança alimentar e combate à fome, nos casos em que os produtos apreendidos se prestarem ao consumo humano.” (NR)

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 1º de dezembro de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Wagner Gonçalves Rossi
José Gomes Temporão
Márcia Helena Carvalho Lopes

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 12.344, de 9 de dezembro de 2010.

Altera a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O inciso II do *caput* do art. 1.641 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1.641.
.....
II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;
.....” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 9 de dezembro de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

Publicado no *DOU* de 10/12/2010.

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 12.345, de 9 de dezembro de 2010.

Fixa critério para instituição de datas comemorativas.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A instituição de datas comemorativas que vigorem no território nacional obedecerá ao critério da alta significação para os diferentes segmentos profissionais, políticos, religiosos, culturais e étnicos que compõem a sociedade brasileira.

Art. 2º A definição do critério de alta significação será dada, em cada caso, por meio de consultas e audiências públicas realizadas, devidamente documentadas, com organizações e associações legalmente reconhecidas e vinculadas aos segmentos interessados.

Art. 3º A abertura e os resultados das consultas e audiências públicas para a definição do critério de alta significação serão objeto de ampla divulgação pelos meios oficiais, facultando-se a participação dos veículos de comunicação social privados.

Art. 4º A proposição de data comemorativa será objeto de projeto de lei, acompanhado de comprovação da realização de consultas e/ou audiências públicas a amplos setores da população, conforme estabelecido no art. 2º desta Lei.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 9 de dezembro de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

João Luiz Silva Ferreira

Publicado no *DOU* de 10/12/2010.

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 12.347, de 10 de dezembro de 2010.

Revoga o art. 508 da Consolidação das Leis do Trabalho,
aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Fica revogado o art. 508 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 10 de dezembro de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Paulo Roberto dos Santos Pinto

Publicado no *DOU* de 13/12/2010.

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei Complementar 137, de 26 de agosto de 2010.

Autoriza a participação da União em fundo destinado à cobertura suplementar dos riscos do seguro rural; altera dispositivos da Lei 10.823, de 19 de dezembro de 2003, da Lei Complementar 126, de 15 de janeiro de 2007, do Decreto-Lei 73, de 21 de novembro de 1966, do Decreto-Lei 261, de 28 de fevereiro de 1967, e da Lei 4.594, de 29 de dezembro de 1964; revoga dispositivos da Lei 8.171, de 17 de janeiro de 1991, da Lei 10.823, de 19 de dezembro de 2003, e do Decreto-Lei 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei Complementar:

Art. 1º É a União autorizada a participar, na condição de cotista, de fundo que tenha por único objetivo a cobertura suplementar dos riscos do seguro rural nas modalidades agrícola, pecuária, aquícola e florestal, que passa, nesta Lei Complementar, a ser denominado, simplesmente, Fundo.

§ 1º A integralização de cotas pela União será autorizada por decreto e poderá ser realizada a critério do Ministro de Estado da Fazenda:

I – em moeda corrente, até o limite definido na lei orçamentária;

II – em títulos públicos, até o limite de R\$ 4.000.000.000,00 (quatro bilhões de reais), a ser integralizados nas seguintes condições:

a) até R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais) por ocasião da adesão da União ao Fundo; e

b) (VETADO)

§ 2º A representação da União na assembleia de cotistas observará os termos do inciso V do art. 10 do Decreto-Lei 147, de 3 de fevereiro de 1967.

§ 3º O Fundo não contará com garantia ou aval do poder público e responderá por suas obrigações até o limite dos bens e direitos integrantes de seu patrimônio.

§ 4º O disposto no § 3º não obstará a União de adquirir novas cotas do Fundo, seja para recompor patrimônio eventualmente consumido no cumprimento de obrigações próprias do Fundo, seja para atender metas da política de expansão do seguro rural ou outros objetivos à discricção do Poder Executivo.

Art. 2º O Fundo poderá ser instituído, administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente:

I – por pessoa jurídica criada para esse fim específico, da qual podem participar, na condição de cotistas, sociedades seguradoras, sociedades resseguradoras, empresas agroindustriais e cooperativas; ou

II – (VETADO)

§ 1º O Fundo terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas e da instituição administradora.

§ 2º O patrimônio do Fundo será formado:

I – pela integralização de cotas;

II – pelos valores pagos pelas seguradoras e resseguradoras, para aquisição de cobertura suplementar junto ao Fundo;

III – pelo resultado das aplicações financeiras dos seus recursos;

IV – por outras fontes definidas no estatuto do Fundo.

Art. 3º A participação da União no Fundo é condicionada a que seu estatuto obedeça às disposições desta Lei Complementar.

§ 1º O estatuto do Fundo deverá dispor sobre:

I – a composição e as competências do Conselho Diretor do Fundo, assegurando-se a participação de pelo menos 1 (um) representante das sociedades seguradoras, 1 (um) representante das sociedades resseguradoras, 1 (um) representante das cooperativas e 1 (um) representante das empresas agroindustriais cotistas do Fundo, desde que seja atendido o que determina o § 8º deste artigo;

II – as atribuições da assembleia de cotistas;

III – as modalidades de cobertura suplementar operadas pelo Fundo, podendo diferenciá-las segundo o risco das operações ou outros critérios previstos no estatuto;

IV – os limites de cobertura de risco transferíveis ao Fundo pelas sociedades seguradoras ou resseguradoras;

V – a remuneração da instituição administradora.

§ 2º Os votos da União, sociedades seguradoras, sociedades resseguradoras e empresas agroindustriais na assembleia de cotistas serão distribuídos na proporção do número de cotas de cada um.

§ 3º Alterações no estatuto do Fundo serão decididas pela assembleia de cotistas.

§ 4º O Fundo não poderá pagar rendimentos a cotistas.

§ 5º Os cotistas do Fundo poderão, conforme dispuser o estatuto:

I – solicitar o resgate de suas cotas, desde que haja recursos não comprometidos com coberturas contratadas pelo Fundo;

II – transferir a propriedade de suas cotas.

§ 6º A sociedade seguradora ou resseguradora que optar por operar com o Fundo deverá, nos termos e condições previstos no estatuto do Fundo:

I – subscrever cotas do Fundo;

II – contratar cobertura suplementar ofertada pelo Fundo para a totalidade da carteira de risco retido nas modalidades de seguro rural de que trata o art. 1º.

§ 7º Da mesma forma que as sociedades seguradoras e resseguradoras, as empresas agroindustriais e as cooperativas que optarem por participar do Fundo deverão subscrever cotas, nos termos e condições previstos no estatuto do Fundo.

§ 8º O estatuto do Fundo definirá o número mínimo de cotas que devem ser subscritas e integralizadas pelas sociedades seguradoras, sociedades resseguradoras ou empresas agroindustriais e cooperativas para assegurar representação no Conselho Diretor do Fundo.

§ 9º A obrigatoriedade de contratação de cobertura suplementar para a totalidade da carteira de que trata o inciso II do § 6º levará em consideração as operações de todo o grupo econômico a que pertencer a sociedade seguradora ou resseguradora, podendo o estatuto do Fundo definir parâmetros ou exceções para aplicação dessa regra.

Art. 4º O Fundo terá direitos e obrigações próprias, pelas quais responderá exclusivamente com seu patrimônio, eximindo-se a instituição administradora do Fundo, a União e os demais cotistas de obrigações que são próprias do Fundo.

Art. 5º Aplicam-se aos membros do Conselho Diretor do Fundo e aos gestores da instituição administradora do Fundo os deveres e responsabilidades de que tratam os arts. 153 a 159 da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Art. 6º Os rendimentos auferidos pela carteira do Fundo não se sujeitam à incidência de imposto de renda na fonte ou do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF), devendo integrar a base de cálculo dos impostos e contribuições devidos pelo cotista, na forma da legislação vigente, quando houver o resgate de cotas, total ou parcial, ou por ocasião da dissolução do Fundo.

Art. 7º As receitas do Fundo não estarão sujeitas à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e à Contribuição para o PIS/Pasep.

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica às receitas de administração ou gerência auferidas pela instituição de que trata o art. 2º desta Lei Complementar.

§ 2º As receitas de administração ou gerência do Fundo permanecem sujeitas às normas da legislação da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins vigentes anteriormente às Leis 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.823, de 19 de dezembro de 2003, observado o disposto no § 3º.

§ 3º As receitas de administração ou gerência de que trata o § 2º são sujeitas às alíquotas referidas no art. 1º da Medida Provisória 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e no art. 18 da Lei 10.684, de 30 de maio de 2003.

Art. 8º O valor das cotas do Fundo adquiridas por seguradoras, resseguradoras e empresas agroindustriais poderá ser deduzido:

- I – do lucro real, para efeito de imposto de renda; e
- II – da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

Art. 9º A dissolução do Fundo será condicionada à inexistência de riscos por ele cobertos.

Parágrafo único. Dissolvido o Fundo, seu patrimônio será distribuído entre os cotistas, na proporção de suas cotas, com base na situação patrimonial à data da dissolução.

Art. 10. O órgão regulador de seguros poderá dispor sobre:

I – diretrizes para operações de seguro, cosseguro, resseguro e retrocessão amparadas pelo Fundo, podendo estabelecer cláusulas de instrumentos contratuais;

II – os limites de cobertura de risco transferíveis ao Fundo pelas seguradoras e resseguradoras de que trata o inciso IV do § 1º do art. 3º;

III – limites de retenção de risco do Fundo;

IV – operações que impliquem transferência de risco do Fundo, inclusive as de resseguro ou retrocessão.

Art. 11. A instituição administradora do Fundo deverá submeter, para aprovação dos sócios cotistas, o plano de operações e o orçamento anual do Fundo, nos termos e prazos definidos pelo órgão regulador de seguros.

Parágrafo único. O plano de operações e o orçamento anual deverão ser compatíveis com o equilíbrio atuarial de longo prazo do Fundo.

Art. 12. Caberá ao Conselho Monetário Nacional (CMN) definir as diretrizes para aplicação dos recursos do Fundo.

Art. 13. A instituição administradora do Fundo, o Fundo e suas operações estão sujeitos à fiscalização do órgão fiscalizador de seguros, observadas as peculiaridades técnicas, contratuais, operacionais e de risco da atividade e as disposições do órgão regulador de seguros.

§ 1º A instituição administradora do Fundo e o Fundo estão sujeitos às penalidades previstas no Decreto-Lei 73, de 21 de novembro de 1966, aplicadas pelo órgão fiscalizador de seguros, conforme normas do órgão regulador de seguros.

§ 2º O órgão fiscalizador de seguros definirá as informações a serem prestadas pela instituição administradora do Fundo, bem como aquelas que deverão ser fornecidas pelas seguradoras e resseguradoras cotistas do Fundo, em função das coberturas suplementares adquiridas.

Art. 14. (VETADO)

Art. 15. A Lei 10.823, de 2003, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º
.....

§ 4º (VETADO)” (NR)

“Art. 3º
.....

IV – (revogado);
.....

VI – (VETADO)”

Parágrafo único. (Revogado)” (NR)

“Art. 5º
I – (revogado);

II – (revogado);

III – aprovar e divulgar:

a) os percentuais sobre o prêmio do seguro rural e os valores máximos da subvenção econômica, considerando a diferenciação prevista no art. 2º desta Lei;

b) as condições operacionais específicas;

c) as culturas vegetais e espécies animais objeto do benefício previsto nesta Lei;

d) as regiões a serem amparadas pelo benefício previsto nesta Lei;

e) as condições técnicas a serem cumpridas pelos beneficiários; e

f) a proposta de Plano Trienal ou seus ajustes anuais, dispondo sobre as diretrizes e condições para a concessão da subvenção econômica, observadas as disponibilidades orçamentárias e as diretrizes estabelecidas no Plano Plurianual;

IV – implementar e operacionalizar o benefício previsto nesta Lei;

V – incentivar a criação e a implementação de projetos-piloto pelas sociedades seguradoras, contemplando novas culturas vegetais ou espécies animais e tipos de cobertura, com vistas a apoiar o desenvolvimento da agropecuária; e

VI – estabelecer diretrizes e coordenar a elaboração de metodologias e a divulgação de estudos e dados estatísticos, entre outras informações, que auxiliem o desenvolvimento do seguro rural como instrumento de política agrícola.

Parágrafo único. O Comitê Gestor Interministerial do Seguro Rural poderá fixar limites financeiros da subvenção, por beneficiário e unidade de área.” (NR)

Art. 16. Os arts. 4º, 6º, 9º e 25 da Lei Complementar 126, de 15 de janeiro de 2007, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 4º

.....

§ 1º É vedado o cadastro a que se refere o inciso III do *caput* deste artigo de empresas estrangeiras sediadas em paraísos fiscais, assim considerados países ou dependências que não tributam a renda ou que a tributam a alíquota inferior a 20% (vinte por cento) ou, ainda, cuja legislação interna oponha sigilo relativo à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade.

§ 2º Equipara-se ao ressegurador local, para fins de contratação de operações de resseguro e de retrocessão, o fundo que tenha por único objetivo a cobertura suplementar dos riscos do seguro rural nas modalidades agrícola, pecuária, aquícola e florestal, observadas as disposições de lei própria.” (NR)

“Art. 6º

.....

IV – designar procurador, domiciliado no Brasil, com poderes especiais para receber citações, intimações, notificações e outras comunicações; e

.....” (NR)

“Art. 9º

.....

§ 3º É o fundo que tenha por único objetivo a cobertura suplementar dos riscos do seguro rural nas modalidades agrícola, pecuária, aquícola e florestal autorizado a contratar resseguro, retrocessão e outras formas de transferência de risco, inclusive com pessoas não abrangidas pelos incisos I e II do *caput* deste artigo.

§ 4º É o órgão regulador de seguros autorizado a dispor sobre transferências de riscos, em operações de resseguro e de retrocessão, com pessoas não abrangidas pelos incisos I e II do *caput* deste artigo, quando ficar comprovada a insuficiência de oferta de capacidade por resseguradores locais, admitidos e eventuais.” (NR)

“Art. 25.

§ 1º O órgão fiscalizador de seguros, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) manterão permanente intercâmbio de informações acerca dos resultados das inspeções que realizarem, dos inquéritos que instaurarem e das penalidades que aplicarem, sempre que as informações forem necessárias ao desempenho de suas atividades.

§ 2º O órgão fiscalizador de seguros poderá firmar convênios:

I – com o Banco Central do Brasil, a CVM e outros órgãos fiscalizadores, objetivando a realização de fiscalizações conjuntas, observadas as respectivas competências;

II – com outros órgãos supervisores, reguladores, autorreguladores ou entidades fiscalizadoras de outros países, objetivando:

a) a fiscalização de escritórios de representação, filiais e subsidiárias de seguradoras e resseguradores estrangeiros, em funcionamento no Brasil, e de filiais e subsidiárias, no exterior, de seguradoras e resseguradores brasileiros, bem como a fiscalização de remessas ou ingressos de valores do exterior originários de operação de seguro, resseguro e retrocessão;

b) a cooperação mútua e o intercâmbio de informações para a investigação de atividades ou operações que impliquem aplicação, negociação, ocultação ou transferência de ativos financeiros e de valores mobiliários relacionados com a prática de condutas ilícitas ou que, sob qualquer outra forma, tenham relação com possível ilicitude.

§ 3º O intercâmbio de informações entre os órgãos e entidades mencionados nos incisos I e II do § 2º deste artigo não caracteriza violação de sigilo, devendo os referidos órgãos e entidades resguardar a segurança das informações a que vierem a ter acesso.” (NR)

Art. 17. O art. 108 do Decreto-Lei 73, de 1966, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 108. A infração às normas referentes às atividades de seguro, cosseguro, resseguro, retrocessão e capitalização sujeita, na forma definida pelo órgão regulador de seguros, a pessoa natural ou jurídica responsável às seguintes penalidades administrativas, aplicadas pelo órgão fiscalizador de seguros:

.....” (NR)

Art. 18. A partir da vigência do Fundo de que trata o art. 1º desta Lei Complementar, extinguir-se-á, na forma e no prazo definidos em regulamento, o Fundo de Estabilidade do Seguro Rural (FESR), de que tratam os arts. 16 e 17 do Decreto-Lei 73, de 1966.

§ 1º É o IRB-Brasil Re encarregado da gestão do FESR até a completa liquidação de suas obrigações, observadas as regras estabelecidas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP).

§ 2º Findo o processo de liquidação de que trata o § 1º deste artigo, o eventual superavit financeiro será incorporado à conta única do Tesouro Nacional.

Art. 19. Os arts. 32 e 36 do Decreto-Lei 73, de 1966, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 32.

.....

XVII – fixar as condições de constituição e extinção de entidades autorreguladoras do mercado de corretagem, sua forma jurídica, seus órgãos de administração e a forma de preenchimento de cargos administrativos;

XVIII – regular o exercício do poder disciplinar das entidades autorreguladoras do mercado de corretagem sobre seus membros, inclusive do poder de impor penalidades e de excluir membros;

XIX – disciplinar a administração das entidades autorreguladoras do mercado de corretagem e a fixação de emolumentos, comissões e quaisquer outras despesas cobradas por tais entidades, quando for o caso.” (NR)

“Art. 36.

.....

k) fiscalizar as operações das entidades autorreguladoras do mercado de corretagem, inclusive o exato cumprimento deste Decreto-Lei, de outras leis pertinentes, de disposições regulamentares em geral e de resoluções do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), e aplicar as penalidades cabíveis; e

l) celebrar convênios para a execução dos serviços de sua competência em qualquer parte do território nacional, observadas as normas da legislação em vigor.” (NR)

Art. 20. O Decreto-Lei 73, de 1966, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 127-A:

“Art. 127-A. As entidades autorreguladoras do mercado de corretagem terão autonomia administrativa, financeira e patrimonial, operando sob a supervisão da Superintendência de Seguros Privados (Susep), aplicando-se a elas, inclusive, o disposto no art. 108 deste Decreto-Lei.

Parágrafo único. Incumbe às entidades autorreguladoras do mercado de corretagem, na condição de órgãos auxiliares da Susep, fiscalizar os respectivos membros e as operações de corretagem que estes realizarem.”

Art. 21. O art. 3º do Decreto-Lei 261, de 28 de fevereiro de 1967, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 3º

.....

§ 1º Compete privativamente ao Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) fixar as diretrizes e normas da política de capitalização e regulamentar as operações das sociedades do ramo, relativamente às quais exercerá atribuições idênticas às estabelecidas para as sociedades de seguros, nos termos dos incisos I a VI, X a XII e XVII a XIX do art. 32 do Decreto-Lei 73, de 21 de novembro de 1966.

§ 2º A Susep é o órgão executor da política de capitalização traçada pelo CNSP, cabendo-lhe fiscalizar a constituição, organização, funcionamento e operações das sociedades do ramo, relativamente às quais exercerá atribuições idênticas às estabelecidas para as sociedades de seguros, nos termos das alíneas a, b, c, g, h, i, k e l do art. 36 do Decreto-Lei 73, de 1966.” (NR)

Art. 22. Revogam-se:

I – os incisos IV e V do art. 82 da Lei 8.171, de 17 de janeiro de 1991;

II – o inciso IV e o parágrafo único do art. 3º e os incisos I e II do art. 5º da Lei 10.823, de 19 de dezembro de 2003;

III – o art. 19 do Decreto-Lei 73, de 21 de novembro de 1966, a partir de 1º de julho do ano seguinte ao do início de operação do Fundo;

IV – a partir da data da extinção do Fundo de Estabilidade do Seguro Rural, os arts. 16 e 17 do Decreto-Lei 73, de 21 de novembro de 1966;

V – a alínea a do art. 5º da Lei 4.594, de 29 de dezembro de 1964.

Art. 23. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 26 de agosto de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Guido Mantega

Wagner Gonçalves Rossi

Paulo Bernardo Silva

Corte Especial

Numeração única: 0038040-76.2006.4.01.0000

Mandado de Segurança 2006.01.00.038868-4/T0

Relator: Desembargador Federal Carlos Olavo
Impetrante: Afonso José Leal Barbosa
Advogados: Dr. Elton Calixto e outro
Impetrado: Presidente do Tribunal Regional Federal da Primeira Região
Litisconsorte Passiva: União Federal
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Publicação: e-DJF1 de 06/12/2010, p. 2

Ementa

Mandado de segurança. Concurso público. Resolução 5/1999 TRF 1ª Região. Previsão de lotação ideal de varas federais. Inexistência de lei. Impossibilidade de nomeação. Surgimento de vaga após o término do prazo de validade do concurso anterior. Direito à nomeação inexistente.

I. A lotação ideal de seções judiciárias da Primeira Região, prevista na Resolução 5/1999, não reflete o número de cargos existentes em cada categoria funcional, mas, tão somente, o quantitativo que se considera adequado para cada um dos padrões de Seccionais ali estatuídos.

II. A diferença a menor entre o número de cargos previstos e o número de cargos existentes resulta em “claro de lotação” e não em vaga. A diferença a maior em “excedente de lotação”.

III. A Seção Judiciária de Tocantins, durante a vigência do 3º Concurso Público para o provimento de cargos na Primeira Região, dispunha de 7 (sete) cargos de analista judiciário – área judiciária – executante de mandados, todos providos, e um *claro de lotação* da mesma categoria, além de um cargo de analista judiciário – área judiciária (não executante de mandados) excedente.

IV. O Ato/Presi 630-2033, de 20/10/2006, alterou a área de atividade do cargo excedente de analista judiciário – área judiciária (não executante de mandados) para analista judiciário – área judiciária – executante de mandados, ocasião em que surgiu o cargo reclamado pelo impetrante.

V. O fato puro e simples de ter sido aprovado em 9º lugar no certame a que se submeteu não gera para o impetrante direito líquido e certo à nomeação pretendida, ainda que demonstrasse o surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do certame, pois a aprovação somente gera direito subjetivo à nomeação para os candidatos classificados dentro do número de vagas ofertadas no edital.

VI. Pedido improcedente. Segurança denegada.

Acórdão

Decide a Corte Especial, por unanimidade, denegar a segurança.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 30/09/2010.

Desembargador Federal *Carlos Olavo*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Afonso José Leal Barbosa, qualificado às folhas 2, contra ato da Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Desembargadora Federal Assuste Magalhães, visando a obtenção de ordem mandamental que lhe assegure direito à nomeação para o cargo de analista judiciário – área judiciária – executante de mandados, em face de sua aprovação no 3º Concurso Público para o Provimento de Cargos na Justiça Federal de Primeiro e Segundo Graus desta Região.

Relata o impetrante que foi aprovado no concurso público realizado em 2001, para o cargo em questão, sendo classificado em 9º lugar para a localidade de Palmas – TO e que, na data da homologação do certame já existia uma vaga no referido cargo, visto que a Resolução 5/TRF, de 13/04/1999 estabelece que aquela localidade dispõe de oito cargos da categoria (quatro para cada uma das duas varas existentes desde 1996).

Aduz que os candidatos classificados em melhor posição que a sua não mais têm interesse na vaga, razão pela qual considera-se parte legítima para a postulação. Sustenta que

Não poderia o edital do 4º concurso público/2006, para preenchimento de vagas de cargos de provimento efetivo da carreira do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, apresentar uma vaga para o cargo de analista judiciário – área judiciária – execução de mandados, localidade de Palmas, Seção Judiciária de Tocantins, em função de ter sido solicitada a nomeação de candidato aprovado, no concurso de 2002, pelo diretor do foro daquela seccional, no ano de 2003.

Assevera que certidão expedida pelo diretor do foro da Seccional demonstra que foram providos apenas sete cargos da categoria de analista judiciário – área judiciária – executante de mandados dos oito existentes, sendo que seu não preenchimento caracteriza negligência da autoridade tida por coatora, ferindo seu direito líquido e certo à nomeação.

Instruindo a inicial vieram os documentos de folhas 8/68.

A União foi citada (fl. 74) e apresentou contestação às folhas 76/84, onde iniciou por arguir sua ilegitimidade passiva *ad causam*, sustentando, no mérito, a improcedência do pedido formulado pelo impetrante.

Com a resposta da União vieram os documentos de folhas 85/118.

Informações foram prestadas às folhas 119/125, pela então Presidente deste Tribunal, Des. Federal Assusete Dumont Magalhães, que esclareceu os acontecimentos e afirmou que não houve qualquer ofensa a direito do impetrante.

Com as informações vieram os documentos de folhas 126/159.

O Ministério Público Federal opina pela denegação da segurança (fls.163/165 verso).

O pedido de concessão de liminar não foi examinado.

Os autos foram redistribuídos a minha relatoria em 28 de abril de 2009.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — Em caráter *preliminar*, verifico que a União foi indevidamente citada nestes autos, pois não foi requerida a sua inclusão no polo passivo pelo impetrante nem houve determinação do anterior relator para que se procedesse ao ato.

Evidente que não havia necessidade de citação da União para integrar a lide, seja porque o ato questionado insere-se no âmbito da autonomia administrativa deste Tribunal, seja porque, do ponto de vista técnico-processual, a União já figura no polo passivo como parte material, sendo a autoridade impetrada apenas investida de sua representação processual temporária, nos termos e para os fins especialíssimos previstos na Lei 1.533/1951.

Com tais considerações, excluo da lide a União, por ilegitimidade passiva *ad causam* (art. 267, VI, do CPC), como litisconsorte passiva necessária, considerando que já é parte.

Pretende o impetrante, candidato aprovado em 9º lugar no 3º Concurso Público para Provimento de Cargos na Justiça Federal da 1ª Região, para a categoria de Analista Judiciário – Área Judiciária – Executante de Mandados, para a localidade de Palmas – TO, a obtenção de ordem mandamental que determine a anulação do edital 4º Concurso Público para Provimento de Cargos

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais José Amílcar Machado, Daniel Paes Ribeiro, Souza Prudente, Fagundes de Deus, Leomar Amorim, Reynaldo Fonseca, Mário César Ribeiro, Tolentino Amaral, Cândido Ribeiro e Hilton Queiroz.

na Justiça Federal da 1ª Região, para a categoria de analista judiciário – área judiciária – executante de mandados, para a localidade de Palmas – TO e, por conseguinte, sua nomeação para o cargo que se encontrava vago antes do encerramento do prazo de validade do concurso para o qual concorrerá.

O impetrante não tem razão em sua indignação.

As informações prestadas pela autoridade impetrada, com lastro em certidão expedida pela Secretaria de Recursos Humanos deste Tribunal (fl. 126), demonstram que o impetrante ampara sua pretensão em premissa equivocada, de que haveria um cargo vago na Seção Judiciária de Tocantins. O erro do impetrante, ao que se apura pela leitura da certidão de folha 126, na verdade é plenamente escusável, pois a lotação prevista na Resolução 5/1999 deste Tribunal para o cargo de analista judiciário – área judiciária – execução de mandados para a Seção Judiciária de Tocantins é mesmo de oito cargos. Porém, 7 (sete) deles estiveram providos até a data do término do prazo de validade do 3º concurso, ao qual submeteu-se o impetrante. Um dos cargos previstos na resolução nunca foi provido, por tratar-se de *claro de lotação*, nomenclatura adotada pelo Tribunal para denotar que, embora previsto na Resolução, tal cargo não pode ser provido enquanto não houver lei prevendo a sua existência.

Confirmam-se os esclarecimentos prestados pela excelentíssima senhora presidente deste Tribunal:

O anexo I da Resolução 5 informa o número de cargos efetivos que constituirão as varas federais. No caso, a Seção Judiciária do estado do Tocantins ficou organizada no Padrão 1, sendo estabelecido como ideal o número de 4 (quatro) cargos efetivos de analista judiciário, especialidade execução de mandados, por vara federal.

Ressalto que, até o término do prazo de validade do concurso, a Seccional de Tocantins contava com 7 (sete) cargos de analista judiciário, especialidade execução de mandados, estando os 7 (sete) providos, com 1 (um) claro na lotação da mencionada categoria, não havendo, portanto, cargo vago para nomeação de candidatos remanescentes habilitados no certame.

Esclareço que o cargo oferecido no Edital do 4º concurso, ora em andamento, surgiu após o término do prazo de validade do certame anterior (11/06/2006), em face da alteração da área de atividade de um cargo vago na categoria de analista judiciário (área judiciária) para a área de execução de mandados, pelo Ato/Presi 630-2.033, de 20/10/2006, decorrente da exoneração do servidor Carlos Rostão Martins Freitas.

(....)

Cabe lembrar que a Resolução 5 dispõe sobre a criação, organização e estruturação de varas federais para a Justiça Federal de 1º grau do TRF 1ª Região e que a criação de cargo público compete à lei específica.

Portanto, não obstante a Resolução 5/1999 ter criado e regulamentado a instalação de varas federais e ter definido um número de cargos efetivos como necessários para o bom andamento e funcionamento dos serviços prestados por aquelas varas federais, a sua criação depende de lei. (fl.120)

A certidão acostada à folha 126 ratifica tais informações, estando ali expresso que

[...] o cargo vago da categoria mencionada, oferecido no Edital do 4º Concurso, em andamento, surgiu após o término do prazo de validade do último concurso, em decorrência da alteração da área de atividade de 1(um) cargo na categoria de analista judiciário (área judiciária) pelo Ato/Presi 630-2033, de 20/10/2006, oriundo da exoneração do servidor Carlos Rostão Martins Freitas, a partir de 10/01/2006 (Ato/Presi/630-200, de 23/01/2006, publicado no DOU Seção 2, do dia 31 subsequente).

Examinando-se o inteiro teor do Ato/Presi 630-2033, de 20/10/2006, verifica-se que a alteração que ensejou o surgimento de uma vaga do cargo de analista judiciário – área judiciária – execução de mandados, na Seção Judiciária de Tocantins, foi efetivada pela exoneração de um servidor também ocupante do mesmo cargo (Carlos Rostão Martins Freitas-Analista Judiciário), circunstância que denota ter ocorrido simples reestruturação interna para melhor atendimento e prestação dos serviços.

Por outro prisma, cumpre atentar para a circunstância, posta em destaque pela Presidência, de que não tem amparo fático a afirmação do impetrante de que os outros candidatos classificados em posição melhor que a sua não teriam interesse na nomeação. Disso não foi feita qualquer prova pelo impetrante, e, pelo que informa a autoridade impetrada, *“para que o candidato ora impetrante, fizesse jus à nomeação, uma vez que ficou classificado em 9º lugar, seria imprescindível a nomeação de outros 7(sete) candidatos aprovados e classificados à sua frente”*.

Evidente que, pelo fato puro e simples de ter sido aprovado em 9º lugar no certame a que se submeteu, não teria o impetrante direito líquido e certo à nomeação pretendida, salvo se demonstrasse que houve o surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do certame, o que não ocorreu.

Por outro lado, restou elucidado pelas informações prestadas que não houve qualquer violação à ordem de classificação dos aprovados no

concurso anterior, como também não havia cargo vago capaz de propiciar a nomeação do demandante. A Resolução 5 deste Tribunal trata de uma lotação ideal das varas federais da 1ª Região, porém não há como efetivar-se a propositura nela feita sem a edição de lei específica, nos termos do art. 61 da Constituição Federal.

Enfim, como salientou a ilustre representante do Ministério Público Federal com amparo em precedente do Superior Tribunal de Justiça (RMS 10.048/RJ, rel. p/acórdão Min. Paulo Gallotti, *DJ* 01.08.2006), não há que se falar em violação a direito líquido e certo do impetrante se o surgimento da vaga somente ocorreu após a expiração do prazo de validade do concurso anterior.

Outrossim, conforme ampla jurisprudência, somente há direito subjetivo à nomeação quando o candidato é aprovado dentro do número de vagas ofertadas no certame. Ainda que existissem oito cargos da categoria funcional de Analista Judiciário – Área Judiciária – Execução de Mandados na Seccional, a nomeação do 9º colocado se insere no contexto do poder discricionário da administração. Nesse sentido, destaque, *verbis*:

O candidato não classificado dentro do número de vagas previsto no edital não tem direito à nomeação, apenas mera expectativa de direito (RMS 19251/ES; RMS 25501/RS; RMS 17.333/DF; AgRg no RMS 13.175/SP).

(AGA 2009.01.00.059653-0/PI, rel. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Sexta Turma, *e-DJF1*, p.244, de 20/04/2010)

Do mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça “firmou compreensão de que, se aprovado dentro do número de vagas previstas no edital, o candidato deixa de ter mera expectativa de direito para adquirir direito subjetivo à nomeação para o cargo a que concorreu e foi habilitado” (AgRg no RMS 22.568/SP, rel. Min. Paulo Gallotti, Sexta Turma, *DJ* de 27/04/2009).

(AMS 2005.34.00.036485-6/DF, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, *e-DJF1*, p.166, de 31/07/2009)

“Ao candidato aprovado em concurso público é assegurada mera expectativa de direito, ressalvada a hipótese de preterição pela nomeação de outros candidatos posicionados em classificação inferior (Súmula 15 do STF).”

(AC 2003.38.00.040724-0/MG, rel. Des. Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma, *DJ*, p. 73, de 27/07/2007)

Diante do exposto, julgo improcedente o pedido e denego a segurança.

Sem honorários advocatícios, nos termos das Súmulas 512/STF e 105/STJ.

Custas pela impetrante.

É como voto.

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro:
— Trata-se de mandado de segurança impetrado por Afonso José Leal Barbosa contra ato da então presidente deste Tribunal, eminente Des. Federal Assusete Magalhães, objetivando a nomeação do impetrante para exercer o cargo de analista judiciário – área judiciária – executante de mandados, para o qual foi aprovado no 3º Concurso Público promovido para provimento de cargos na Justiça Federal de Primeiro e Segundo Grau da Primeira Região.

O eminente relator, Des. Federal Carlos Olavo, proferiu voto, denegando a segurança, ao entendimento, em síntese, de que não havia cargo vago a ser provido, até o encerramento do prazo de validade do concurso, assim como não ficou provado que os candidatos mais bem classificados “não teriam interesse na nomeação”. Concluiu o ilustre relator, assim, que não houve qualquer violação à ordem de classificação dos aprovados no concurso anterior, não tendo sido violado direito líquido e certo do impetrante.

Pedi vista dos autos, para exame, depois do voto do relator, que foi acompanhado pelo eminente Des. Federal José Amílcar Machado.

A dúvida que me restava dizia respeito à informação de que havia um claro de lotação na Seção Judiciária do Estado do Tocantins, relativamente ao cargo disputado pelo impetrante (executante de mandados), o que sugeria a existência de vaga.

Depois do exame que fiz dos autos, no entanto, convenci-me não apenas da inexistência de vaga a ser provida, como, também, de que, se existisse, ainda assim não caberia ao impetrante, visto que havia candidatos não nomeados, que obtiveram classificação superior à sua.

Com efeito, consta das informações da digna autoridade impetrada que (fl. 120):

(...) até o término do prazo de validade do concurso, a Seccional de Tocantins contava com 7 (sete) cargos de analista judiciário, especialidade execução de mandados, estando os 7 (sete) providos, com 1 (um) claro na lotação da mencionada categoria, não havendo, portanto, cargo vago para nomeação de candidatos remanescentes habilitados no certame.

Esclarece a autoridade impetrada, ainda, que a vaga oferecida no edital do 4º Concurso, então em andamento, surgiu após o prazo de validade do certame anterior.

De fato, verifica-se dos autos que o cargo vago oferecido pelo edital de abertura de inscrições do 4º Concurso decorreu de alteração promovida pelo Ato Presi 630-2.033, de 20 de outubro de 2006 (fls. 157-159), ao passo que o concurso anterior, de que participou o impetrante, teve seu prazo de validade expirado em 11 de junho de 2006.

Cumpra observar, ainda, que o impetrante se classificou no certame na 9ª posição, sendo que vários candidatos mais bem classificados do que ele, não foram nomeados, por falta de vagas (cf. informações – fl. 121).

Ante o exposto, concluo, como o eminente Relator, que não houve preterição ou qualquer violação ao direito do impetrante, razão por que denego a segurança.

É o meu voto.

Primeira Seção

Numeração única: 0010609-33.2007.4.01.0000

Ação Rescisória 2007.01.00.011281-2/MT

Relator: Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado)
 Autores: Ernestina Serafina de Arruda da Silva e outro
 Advogada: Dra. Rosa Luíza de Souza Carvalho
 Ré: União Federal
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
 Publicação: e-DJF1 de 03/12/2010, p. 35

Ementa

Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Ação rescisória. Ex-combatente. Pensão especial. Art. 53, II, do ADCT da CF/1988. Violação a dispositivo de lei. Erro de fato. Ocorrência. Pedido rescisório procedente.

I. Consoante a jurisprudência pacífica desta Corte, deve-se aplicar, para a concessão de benefício de pensão por morte, a legislação vigente na data do óbito do instituidor, no caso 22/02/1989.

II. Autora, na condição de filha de ex-combatente, possui direito à pensão por morte, já que, na forma do disposto no art. 7º, II, da Lei 3.765/1960, vigente à data do óbito do instituidor da pensão, são contemplados com a pensão os filhos de qualquer condição, excluindo apenas os maiores do sexo masculino, que não sejam interditos ou inválidos.

III. Ação rescisória procedente.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, julgar procedente a ação rescisória.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 16/11/2010.

Juiz Federal Renato Martins Prates, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Renato Martins Prates: — Trata-se de ação rescisória proposta por Ernestina Serafina de Arruda da Silva contra a União, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, objetivando

desconstituir sentença proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Federal da Comarca de Cuiabá – MT (fls. 19-22), que, nos autos da Ação Ordinária 2003.36.00.010180-2, julgou improcedente pedido de habilitação da autora como beneficiária da pensão especial instituída por seu

genitor, *Ernestino Santana de Arruda*, ex-combatente da Segunda Guerra Mundial.

Sustenta a autora, em síntese, que a sentença rescindenda violou dispositivo de lei, art. 30 da Lei 4.242/1963, Lei 3.765/1960, assim como o disposto no art. 53, II, do ADCT, eis que esta era a legislação vigente à época do óbito do instituidor da pensão.

Requer, desse modo, a procedência da presente ação, para rescindir a r. sentença, ensejando novo julgamento da causa, a fim de que seja julgado procedente o pedido de reversão, a seu favor, da pensão especial em comento, por ser a única beneficiária, tendo em vista o falecimento de sua mãe, que, até então, era a única detentora do aludido benefício.

Pede, ainda, lhe seja deferido o benefício da gratuidade de justiça.

Citada, a ré apresentou contestação (fls. 75-82), arguindo, preliminarmente, a ausência de documentos essenciais à instrução da presente rescisória. No mérito, aduz, a inexistência de ofensa a literal disposição de lei e de erro de fato. Pugna pela improcedência da rescisória.

Réplica às fls. 87-100.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela procedência da ação rescisória (fls. 134-136).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Renato Martins Prates: — Destaco, inicialmente, que o acórdão rescindendo transitou em julgado em 19/07/2005 (fl. 64), tendo sido a presente ação ajuizada em 28/03/2007 (fl. 2), sendo, portanto, tempestiva, por ter sido proposta dentro do biênio legal.

Não merece prosperar a alegada ausência de documento essencial, tendo em vista que os documentos acostados demonstram claramente o objeto da ação. Aliás, verifica-se que a petição inicial foi devidamente instruída com a cópia do instrumento de mandato, da sentença rescindenda e da certidão de trânsito em julgado da respectiva decisão.

A preliminar de inoccorrência de nenhuma das hipóteses capituladas no art. 485 do CPC confunde-se com o mérito, e com ele será oportunamente apreciada.

Passo à análise do mérito.

A pensão especial para ex-combatente da Segunda Guerra Mundial encontra-se disciplinada pelo art. 53, II, do ADCT, da Constituição Federal, que assim preconiza:

Art. 53. Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei 5.315, de 12 de setembro de 1967, serão assegurados os seguintes direitos:

(...)

II – pensão especial correspondente à deixada por segundo-tenente das Forças Armadas, que poderá ser requerida a qualquer tempo, sendo inacumulável com quaisquer rendimentos recebidos dos cofres públicos, exceto os benefícios previdenciários, ressalvado o direito de opção;

Porém, por força da Lei 4.242/1963 (que restou revogada pela Lei 8.059/1990), aplicava-se aos ex-combatentes as disposições da Lei 3.765/1960, conforme estabelecia seu art. 30, *verbis*:

Art 30. É concedida aos ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial, da FEB, da FAB e da Marinha, que participaram ativamente das operações de guerra e se encontram incapacitados, sem poder prover os próprios meios de subsistência e não percebem qualquer importância dos cofres públicos, bem como a seus herdeiros, pensão igual à estipulada no art. 26 da Lei 3.765, de 4 de maio de 1960.

Por isso, até a entrada em vigor da Lei 8.059/1990, eram pensionistas dos ex-combatentes as pessoas listadas no art. 7º da Lei 3.765/1960, em obediência ao comando do art. 30 da Lei 4.242/1960, *verbis*:

Art 7º A pensão militar defere-se na seguinte ordem:

I – à viúva;

II – aos filhos de qualquer condição, exclusive os maiores do sexo masculino, que não sejam interditos ou inválidos;

III – aos netos, órfãos de pai e mãe, nas condições estipuladas para os filhos;

IV – à mãe viúva, solteira ou desquitada, e ao pai inválido ou interdito;

V – às irmãs germanas e consanguíneas, solteiras, viúvas ou desquitadas, bem como aos irmãos menores mantidos pelo contribuinte, ou maiores interditos ou inválidos;

VI – ao beneficiário instituído, desde que viva na dependência do militar e não seja do sexo masculino e maior de 21 (vinte e um) anos, salvo se for interdito ou inválido permanentemente.

Consoante a jurisprudência pacífica desta Corte, deve-se aplicar, para a concessão de benefício de

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Neuza Alves e Francisco de Assis Betti e o Exmo. Sr. Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado).

pensão por morte, a legislação vigente na data do óbito do instituidor, no caso 22/02/1989.

Considerando que a parte autora é filha de ex-combatente, possui direito à pensão por morte, já que, na forma do disposto no art. 7º, II, da Lei 3.765/1960, vigente à data do óbito do instituidor da pensão, são contemplados com a pensão os filhos de qualquer condição, excluindo apenas os maiores do sexo masculino, que não sejam interditos ou inválidos.

Por outro lado, em que pese a mãe ter sido a única beneficiária da pensão até sua morte, em 02/03/2002, tendo as autoras falado em reversão da pensão, a origem do direito das filhas é a data da morte do instituidor. É irrelevante para o julgamento da lide o fato de a filha não ter requerido a pensão em data anterior pois, ao que tudo indica, os valores foram regularmente recebidos pela mãe, sem oposição da parte autora.

A esse respeito, confira-se o seguinte precedente desta Corte:

Constitucional e Administrativo. Pensão especial. Filha de ex-combatente. Aplicação da lei vigente na data do óbito. Acumulação de pensão especial e de pensão por morte de ex-marido: possibilidade

I. O direito à pensão é regido pelas normas legais em vigor à data do óbito do instituidor, in casu 30/09/1976. Precedentes

II. Até a edição da Lei 8.059/1990, a pensão do ex-combatente era regulada pela Lei 4.242/1963 que, em seu art. 30, estendeu a ele disposições da Lei 3.765/1960 (a Lei de Remuneração dos Militares).

III. Por isso, a filha do ex-combatente falecido na vigência destas leis, ainda que maior de 21 anos,

observadas as demais prescrições regulamentares, faz jus à pensão.

IV. Irrelevante que a mãe tenha sido a única beneficiária da pensão até falecer na vigência da Lei 8.059/1990, pois o direito da filha decorre do falecimento do pai, não havendo sucessão da genitora

V. Sendo a parte autora filha de ex-combatente e também beneficiária de pensão por morte do ex-marido (pelo Regime Geral da Previdência Social ou por qualquer Regime Previdenciário Federal, estadual ou municipal), faz jus à percepção cumulativa da pensão do art. 53 do ADCT com os proventos da aposentadoria, na forma permitida pelo art. 4º da Lei 8.069/1990. Precedentes.

VI. Apelação e remessa oficial improvidas.

(AC 0013715-60.2008.4.01.3300/BA; 1ª Turma, Des. Federal Carlos Olavo; e-DJF1 de 17/03/2010, p. 124.)

Ante o exposto, julgo procedente a rescisória, para rescindir a sentença proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Federal da Comarca de Cuiabá – MT, nos autos da Ação Ordinária 2003.36.00.010180-2, e, proferindo novo julgamento, julgo procedente o pedido, para condenar a União a pagar, em favor das autoras, pensão por morte de seu falecido pai, com prestações atrasadas a partir de março de 2002, acrescida de correção monetária e juros de mora devidos no percentual de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação (Súmula 204/STJ). A partir da publicação da Lei 11.960/2009, em substituição à correção monetária e juros de mora, devem ser aplicados os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Condeneo o réu ao pagamento dos honorários de sucumbência, que fixo no valor de R\$ 500,00

É o voto.

Segunda Seção

Numeração única: 0054997-84.2008.4.01.0000

Ação Rescisória 2008.01.00.054549-9/MT

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto
 Autor: Renato Augusto Cassemiro de Oliveira
 Advogado: Dr. Cícero Martins de Vargas
 Ré: Edna Alves Rodrigues
 Réu: Sérgio Granja de Souza Vieira
 Advogados: Dr. Geraldo Antonio Mendes da Silva e outros
 Réu: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra
 Procurador: Dr. Valdez Adriani Farias
 Publicação: e-DJF1 de 12/11/2010, p. 13

Ementa

Processo Civil. Agravo regimental. Ação rescisória. Suspensão. Ajuizamento de ação declaratória de nulidade de título. Prejudicialidade. Inocorrência. Ajuizamento da rescisória por quem não foi parte da ação cujo acórdão pretende ver rescindido. Ilegitimidade.

I. O ajuizamento de ação declaratória de nulidade de título cumulada com pedido de ressarcimento ao erário não acarreta a suspensão de ação rescisória intentada com o fim de desconstituir acórdão prolatado em ação de desapropriação por interesse social. Prejudicialidade inexistente.

II. Os sujeitos da lide rescisória devem ser os mesmos da ação em que prolatado o ato jurisdicional que se pretende rescindir. Ilegitimidade ativa *ad causam*.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental e julgar extinto o processo, sem exame de mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 03/11/2010.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. Renato Augusto Casemiro de Oliveira, com fundamento no art. 485, V, do CPC, propõe ação rescisória contra Edna Alves Rodrigues, Sérgio Granja de Souza Vieira e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, pretendendo rescindir acórdão da 4ª Turma deste Tribunal Regional Federal – 1ª Região, nos autos da ação de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, que julgou procedente a ação e condenou a autarquia a pagar indenização aos expropriados (Edna Alves Rodrigues e Sérgio Granja de Souza Vieira).

Alega ser terceiro juridicamente interessado, e, portanto, ter legitimidade ativa *ad causam*, na medida em que fora admitido como assistente litisconsorcial passivo no processo expropriatório, postulando indenização por benfeitorias. Aduz que a sentença expropriatória o excluiu do processo, sem julgamento de mérito, sob o argumento de que “a relação jurídica nos feitos desapropriatórios é estabelecida entre o Poder Público e o proprietário do imóvel, qualidade esta não imputável ao assistente litisconsorcial, que deve, portanto, nos termos do art. 6º, § 1º, da Lei Complementar 76/1993, defender seus interesses na instância judiciária apropriada, que não este Juízo Federal. A indenização que vier a ser fixada para as benfeitorias ficará à disposição do juízo até que Renato Augusto Casemiro de Oliveira e os expropriados dirimam os seus conflitos em processo próprio” (fl. 6).

Argumenta que o acórdão rescindendo não conheceu da apelação por ele interposta e negou

provimento à remessa necessária, mantendo, portanto, a decisão terminativa quanto à sua exclusão da lide, o que o mantém na qualidade de terceiro juridicamente interessado na rescindibilidade do mérito do acórdão.

Afirma que o acórdão deve ser rescindido, primeiramente, em face de documentos novos que comprovam a expropriação de terra devoluta da União, bem como a nulidade absoluta do título da Gleba Granja, de propriedade dos expropriados.

Argumenta, ainda, que o acórdão deve ser desconstituído em face da violação à literalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.871/1999, na medida em que o Estado de Mato Grosso não foi citado para integrar a lide em litisconsórcio passivo necessário.

Por fim, alega que os expropriados devem devolver ao erário federal o valor pecuniário correspondente aos 80% do depósito inicial, que levantaram no processo expropriatório (fls. 2-44).

2. O Incra contestou o pedido em fls. 2166-2178, alegando, preliminarmente, a ilegitimidade ativa *ad causam* do requerente.

Afirma a autarquia que o autor não pode ser considerado terceiro juridicamente interessado e, portanto, não possui legitimidade para o ajuizamento da presente ação rescisória, na medida em que a ação de desapropriação travou-se entre o Incra e os proprietários do imóvel, não sendo admitido o ingresso de posseiros nos polos da ação expropriatória.

Aduz que (fls. 2167-2168):

Diante desta situação peculiar, não foi aceita a admissão tentada pelo autor como litisconsorte no processo original de desapropriação. Se o autor

não participou da origem, por óbvio também que não está legitimado a participar da rescisória que a discute, salvo se alegasse vício na decisão judicial transitada em julgado que o excluiu da lide, o que não ocorreu.

Sendo assim, o autor foi excluído do processo original com a indicação expressa de que, *em querendo discutir qualquer pendência com o expropriado ou o domínio do imóvel* interpusse as ações próprias aptas para tanto.

Argumenta que a alegação do autor de que a terra é da União ensejaria, no caso, a intervenção da própria União, como requerente, uma vez que o autor não está legitimado a demandar em nome da União.

No mérito, afirma a inocorrência de violação à literal disposição de lei a ensejar a rescisão do acórdão, bem como a inexistência de documento novo, na medida em que não se pode considerar, como documento novo, auto de processo judicial interposto depois do trânsito em julgado da decisão rescindenda.

No tocante à alegação de violação à literal disposição de lei (art. 3º, § 1º, da Lei 9.871/1999, afirma o Incra (fl. 2173):

Como se observa da redação do artigo, para que houvesse a possibilidade de ter ocorrido alguma violação ao texto legal, seria necessário que o registro do imóvel em nome do particular tivesse ocorrido de forma irregular, o que não ficou demonstrado no caso, razão pela qual não haveria como incidir a norma alegada pelo autor, tendo em vista que a mesma somente é aplicável em caso de destaque inválido.

Requer, ao final, a improcedência da ação rescisória, com a condenação do autor em honorários advocatícios.

3. Os expropriados ofereceram contestação em fls. 2195-2210, alegando, preliminarmente, a ilegitimidade *ad causam* do autor e a falta de interesse processual para propor, em seu nome, o cancelamento de Título de Domínio reconhecido pela Administração Pública. No mérito, afirma ser improcedente a rescisória, com a condenação do autor em honorários advocatícios.

4. Em fls. 2479-2480, o autor requer a suspensão da ação rescisória, sob alegação de prejudicialidade externa (art. 265, IV, *a*, do CPC). Alega que o Ministério Público ajuizou ação declaratória de nulidade de título cumulada com pedido de ressarcimento ao erário, em face dos dois primeiros réus indicados na inicial da ação rescisória; e que a referida ação tem em comum com a ação rescisória “a matéria substancial da nulidade absoluta do título de domínio privado que o Incra expropriou”.

Afirma que o julgamento da ação declaratória ajuizada pelo Ministério Público Federal exerce prejudicialidade lógica sobre o pedido de rescisão do acórdão expropriatório, devendo, portanto, ser suspensa a ação rescisória.

5. O pedido de suspensão da ação rescisória foi indeferido (fl. 2501).

6. O Incra apresentou razões finais em fls. 2514-2543, pugnando pelo acolhimento das preliminares levantadas, ou, caso superadas, pelo não provimento da ação rescisória.

7. Edna Alves Rodrigues e Sérgio Granja de Souza, bem como o autor Renato Augusto Cassemiro de Oliveira, não apresentaram razões finais, apesar de regularmente intimados (fl. 2511).

8. O Ministério Público Federal, em fls. 2546-2549, requereu a reconsideração da decisão que indeferiu o pedido de suspensão da ação rescisória, ou, caso contrário, que a petição seja recebida como agravo regimental e apreciada pela e. seção julgadora.

9. Abri vista ao Ministério Público Federal, para parecer, e consignei que o agravo regimental seria julgado com a própria ação, uma vez que as razões finais já foram apresentadas (fl. 2552).

10. O Ministério Público Federal apresentou, em fls. 2555-2559, outro pedido de reconsideração e agravo, requerendo, desta feita, o julgamento do primeiro agravo interposto.

11. É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. Análise, inicialmente, o agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal, de decisão monocrática do então relator, Juiz Cândido Ribeiro, que indeferiu o pedido de suspensão da presente ação rescisória, com o seguinte fundamento (fl. 2501):

Indefiro o pedido de fls. 2.477-2.478, eis que o fundamento da presente rescisória, que consiste na desconstituição do acórdão de fls. 448-764 e no rejuízo da lide expropriatória (na AC 2001.01.00.036779-9/MT), no sentido de declará-la improcedente, não se confunde com o objeto de nulidade da ação ajuizada pelo Ministério Público Federal à fl. 2.494.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Assuete Magalhães, Mário César Ribeiro, Hilton Queiroz e os Exmos. Srs. Juizes Federais Guilherme Mendonça Doehler e Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocados).

Digam as partes se ainda têm provas a produzir, no prazo de 5 (cinco) dias, sucessivamente.

Inexistindo provas outras, apresentem suas razões finais.

Em seguida, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal para que officie como *custus legis*.

Publique-se.

Intimem-se.

2. Sustenta o agravante (fl. 2547):

Como se vê do pedido de fls. 2.477-2.478, o fundamento da suspensão do processo de ação rescisória reside em que uma outra ação proposta pelo Ministério Público Federal tem em comum com a rescisória a matéria da nulidade absoluta do título de domínio privado relativamente ao bem que o Incra expropriou.

Afirma que seriam comuns as causas de pedir; ou então o julgamento da ação intentada pelo Ministério Público exerceria prejudicialidade sobre o pedido de rescisão do acórdão expropriatório, o que justificaria o pedido de suspensão.

3. Presentes os requisitos do art. 293 do Regimento Interno deste TRF 1ª Região, conheço do agravo regimental.

Entendo correta, contudo, a decisão do então relator, Juiz Cândido Ribeiro.

Com efeito, o que pretende o autor da ação rescisória é a desconstituição de acórdão prolatado em ação de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária da qual ele foi excluído por não ter interesse processual, visto não ser o proprietário do imóvel em questão.

A ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal objetiva ver declarada a nulidade da transcrição do registro imobiliário e a devolução, por parte dos réus na ação expropriatória, dos valores por eles levantados.

Não há prejudicialidade a impedir o julgamento da ação rescisória, que se encontra, inclusive, com as razões finais já juntadas.

Ante o exposto, com fulcro no art. 294 do Regimento Interno deste TRF 1ª Região, mantenho a

decisão de fl. 2501, e nego provimento ao presente agravo regimental.

4. Passo ao julgamento da ação rescisória.

Renato Augusto Cassemiro de Oliveira ingressou nos autos da ação de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária 2001.01.00.036779-9/MT, ajuizada pelo Incra contra Edna Alves Rodrigues e Sérgio Granja de Souza Vieira, na qualidade de terceiro interessado, porém, quando da sentença, foi excluído por entender o magistrado que a ação expropriatória desenvolve-se entre o órgão expropriante e os titulares do domínio do imóvel objeto do decreto presidencial, sendo o ora autor parte ilegítima para figurar na lide.

A apelação então interposta pelo ora autor não foi conhecida, por intempestiva, subindo a desapropriação ao TRF 1ª Região por força de reexame necessário. O acórdão manteve a sentença de primeiro grau e transitou em julgado.

Diante de todo o exposto, entendo que a preliminar de ilegitimidade ativa levantada pelos réus merece ser acolhida, na medida em que o autor não foi parte na ação expropriatória, carecendo de interesse e legitimidade para ajuizar ação rescisória visando a desconstituição do acórdão relativo àquela ação.

Os sujeitos da lide rescisória devem ser os mesmos da ação em que prolatado o ato jurisdicional que se pretende rescindir, e, no presente caso, o autor objetiva a rescisão de acórdão prolatado em ação de desapropriação de imóvel do qual ele não era proprietário, sendo, pois, inequivocamente, parte ilegítima para figurar em qualquer das duas lides.

5. Ante o exposto, acolho a preliminar de ilegitimidade ativa e julgo extinto o processo, sem resolução de mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC. Condeno o autor ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa. Suspendo, no entanto, tal condenação, pelo prazo de cinco anos, nos termos dos arts. 11, § 2º e 12, da Lei 1.060/1950. O autor fica isento da multa no percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, prevista no art. 488, II, do CPC, e também do pagamento das custas, por ser beneficiário da justiça gratuita.

6. É o voto.

Terceira Seção

Numeração única: 0049597-55.2009.4.01.0000

Ação Rescisória 2009.01.00.053301-8/BA

Relator: Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo (convocado)
 Autor: Celso Ferreira dos Santos
 Advogado: Dr. Jairo Andrade de Miranda
 Ré: Caixa Econômica Federal – CEF
 Advogados: Dra. Irene Amorim Knupp Miranda e outros
 Publicação: e-DJF1 de 29/11/2010, p. 14-15

Ementa

Ação rescisória. FGTS. Execução. Condenação em honorários advocatícios. Cabimento. Inconstitucionalidade da Medida Provisória 2164-41/2001. STF. ADI 2736/DF.

I. Inépcia da inicial que se confunde com o mérito da causa.

II. Carência de ação afastada, pois, conforme enunciado da Súmula 514/STF, “admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotados todos os recursos”.

III. Considerou-se na sentença rescindenda que “o atual entendimento deste julgador segue a jurisprudência firmada pelo STJ, que defende a exclusão da verba honorária nos processos que versam sobre FGTS, desde que iniciados em data posterior a 27/07/2001, sendo este o caso da execução sob exame”.

IV. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, “a parte relativa aos ônus sucumbenciais integra a sentença de mérito, de modo que é viável a utilização da ação rescisória, mesmo que a pretensão de desconstituir refira-se apenas a essa parte da sentença” (REsp 894750/PR, rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 1º/10/2008).

V. Decidiu o Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária de 08/09/2010, na ADI 2736, cuja relatoria incumbiu ao Min. Cezar Peluso, pela inconstitucionalidade do art. 9º da Medida Provisória 2.164-41/2001, que acrescentou o art. 29-C à Lei 8.036/1990, conforme se extrai do Informativo 599.

VI. Declarada a inconstitucionalidade, pelo STF, do preceito legal no qual se louvara o julgado rescindendo, é “cabível a desconstituição, pela via rescisória, de decisão que deixa de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional ou a aplica por tê-la de acordo com a Carta Magna” (STJ, AR 976, rel. Min. José Arnaldo, 3ª Seção, DJU 15/05/2000).

VII. Procedência do pedido rescisório para, rescindindo no ponto a sentença proferida na execução, condenar a executada ao pagamento da verba honorária, fixada em R\$ 1.000,00 (mil reais). Condenação da ré, na rescisória, ao pagamento de honorários advocatícios de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Acórdão

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

3ª Seção do TRF 1ª Região – 23/11/2010.

Juiz Federal *David Wilson de Abreu Pardo*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo: — Trata-se de ação rescisória aforada por Celso Ferreira dos Santos objetivando seja a CEF condenada ao pagamento de honorários advocatícios na ação de execução de sentença relativa à recomposição do FGTS, “nos moldes previstos no § 1º, do art. 11, da Lei 1.060, de 5.2.50 ou do § 3º, do art. 20, do CPC”.

Considerou-se na sentença rescindenda que “o atual entendimento deste julgador segue a jurisprudência firmada pelo STJ, que defende a exclusão da verba honorária nos processos que versam sobre FGTS, desde que iniciados em data posterior a 27/07/2001, sendo este o caso da execução sob exame” (fl. 115).

Alega o autor: a) “o entendimento do Egrégio TRF da 1ª Região e do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado nos arestos inclusos, bem como do STF (ADMIC – 1753/DF e ADIn – 1910-1) é o de que além de as Medidas Provisórias não serem meios normativos para a disciplina de normas relativas a direito processual, invocando as disposições contidas nos arts. 22, I, e 48, *caput*, art. 5º, LIV, 60, § 4º, e 68, § 1º, II, da CF, o art. 29-C da Lei 8.036/1990 introduzido pela MP 2.164/2001, disciplina as obrigações originadas nas relações entre empregador e empregado no âmbito da Justiça trabalhista e por isto inaplicável neste foro, já que a previsão legal se encontra no art. 20, do CPC e pela hierarquia das leis a medida provisória não tem o condão de revogar norma submetida ao devido processo legal”; b) “a medida provisória que buscar isentar a embargada dos emolumentos judiciais e verba honorária é flagrantemente inconstitucional, porque violaria, de logo, o disposto no art. 5º, da CF, o já aludido art. 59, e porque não se submeteu ao processo legislativo nem à apreciação do Congresso Nacional – caso lhe fosse permitido editá-la – e tampouco pode revogar o disposto no art. 20, do estatuto adjetivo civil, não gerando nenhum direito e por isto deve tal parcela ser incluída na condenação”.

Em resposta, alega a ré: a) inépcia da inicial, pois “no pleito rescisório, fundado na inconstitucionalidade formal da Medida Provisória 2.164-41 e 2.180-35, ambas de 24.08.01, (...) posto que não se submeteu ao processo legislativo nem à apreciação do Congresso Nacional, fazia-se necessário que os autores trouxessem com a inicial, uma fundamentação lógica e pertinente, até mesmo por imposição dos arts. 282 e 488 do CPC”; b) “carece o autor de causa de pedir para o ajuizamento de ação rescisória, pois o comando contido na sentença foi confirmado pelos tribunais, tendo o

autor permanecido inerte, deixando que o mesmo transitasse em julgado”; c) “não trouxe a parte autora aos autos, nenhum argumento de relevo, no sentido de demonstrar ser relevante repercussão constitucional, não tendo sido apresentados argumentos alguns, que ao menos tendessem a esposar entendimento diverso do contido destes autos, que deu suporte à sentença primeva”.

Apresentou razões finais tão somente o autor.

O Ministério Público Federal opinou pela “improcedência dos pedidos”, por entender que “o art. 29-C, da Lei 8.036/1990, incluído pela MP 2.164/2001, expressamente afastou a possibilidade de condenação em honorários advocatícios nas ações que versem sobre FGTS”.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo: — Alegação de inépcia da inicial que se confunde com o mérito da causa.

Não há se falar em carência de ação, pois, conforme enunciado da Súmula 514/STF, “admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotados todos os recursos”.

Ressalte-se, ainda, que, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, “a parte relativa aos ônus sucumbenciais integra a sentença de mérito, de modo que é viável a utilização da ação rescisória, mesmo que a pretensão de desconstituir refira-se apenas a essa parte da sentença” (REsp 894750/PR, rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 01/10/2008).

Assim, passo ao exame do pedido rescisório.

Alega o autor que “a medida provisória que busca isentar a embargada dos emolumentos judiciais e verba honorária e flagrantemente inconstitucional... e tampouco pode revogar o disposto no art. 20, do estatuto adjetivo civil”.

Decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, em Sessão Plenária de 08/09/2010, na ADI 2.736, de relatoria do Min. Cezar Peluso, pela inconstitucionalidade do art. 9º da Medida Provisória 2.164-41/2001, que acrescentou o art. 29-C à Lei 8.036/1990, conforme se extrai do Informativo 599:

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Aram Meguerian, Carlos Moreira Alves, Daniel Paes Ribeiro e Selene Almeida.

O Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para declarar, com efeito *ex tunc*, a inconstitucionalidade do art. 9º da Medida Provisória 2.164-41/2001, que acrescentou o art. 29-C à Lei 8.036/1990, o qual suprime a condenação em honorários advocatícios nas ações entre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS e os titulares de contas vinculadas, bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais ("Art. 9º A Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações: ... Art. 29-C. Nas ações entre o FGTS e os titulares de contas vinculadas, bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais, não haverá condenação em honorários advocatícios."). Preliminarmente, rejeitou-se a alegação de inépcia da petição inicial suscitada pela Advocacia-Geral da União – AGU. Ressaltou-se que, embora sintética, a peça permitiria que a mencionada instituição, em suas extensas informações, rechaçasse os argumentos do requerente. Ademais, consignou-se que o preceito adversado possuiria autonomia, a dispensar a impugnação do total do diploma normativo.

No mérito, enfatizou-se orientação da Corte segundo a qual os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias — relevância e urgência — podem ser apreciados, em caráter excepcional, pelo Poder Judiciário. Aduziu-se, ademais, que o tema referente à condenação em honorários advocatícios de sucumbência seria tipicamente processual. Asseverou-se a incompatibilidade da utilização de medida provisória em matéria relativa a direito processual, haja vista a definitividade dos atos praticados no processo, destacando-se que esse entendimento

fora positivado pela EC 32/2001 (CF, art. 62, § 1º, I, b). Por fim, registrou-se que, não obstante o disposto no art. 2º da aludida emenda ("As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional."), não se poderia ter um dispositivo de medida provisória em situação de incompatibilidade com a norma constitucional. Precedente citado: ADI 1.910 MC/DF (DJU de 27/02/2004).

Observo que ata de julgamento da referida ação direta de inconstitucionalidade (Ata 26, de 08/09/2010) foi publicada no DJE 173, divulgado em 16/09/2010.

Declarada a inconstitucionalidade, pelo STF, do preceito legal no qual se louvara o julgado rescindendo, é "cabível a desconstituição, pela via rescisória, de decisão que deixa de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional ou a aplica por tê-la de acordo com a Carta Magna" (STJ, AR 976, rel. Min. José Arnaldo, 3ª Seção, DJU 15/05/2000).

Em face da decisão proferida pela mais alta Corte de Justiça, julgo procedente o pedido rescisório para, rescindindo no ponto a sentença proferida na execução (fls. 63 e 115), condenar a executada ao pagamento da verba honorária, a qual fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais). Por fim, condeno a ré, na rescisória, ao pagamento de honorários advocatícios de R\$ 1.000,00 (mil reais).

É como voto.

Quarta Seção

Numeração única: 0059176-27.2009.4.01.0000

Ação Rescisória 2009.01.00.061874-4/AM

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral
 Autor: Jackson José de Jesus Ferreira
 Advogada: Dra. Louise Martins Ferreira
 Réu: Conselho Regional de Economia da 13ª Região – AM/RR
 Publicação: e-DJF1 de 06/12/2010, p. 15

Ementa

Tributário. Processual Civil. Ação rescisória. Conselho de fiscalização do exercício profissional (Economia). Anuidades: devidas até o pedido de cancelamento. Lei 1.411/1951 (art. 14 e art. 17). Pedido improcedente.

I. A CF/1988 dispõe que (art. 150, I, c/c art. 97, III) somente a lei pode instituir tributos e atribuir-lhe o perfil econômico, nele incluindo-se o conceito do fato gerador.

II. A Lei 1.411, de 13 ago. 1951, que regula a “a profissão de economista”, estipula que (art. 14) só poderão exercer a atividade “os profissionais devidamente registrados” no conselho profissional, contexto jurídico que os sujeita (art. 17) “ao pagamento de uma anuidade”.

III. O CTN define fato gerador como sendo (art. 114) “a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”, afirmando-a havida (art. 116, I e II) quando, “tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias” e, “tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável”.

IV. No caso da contribuição social profissional do economista, a hipótese de incidência das anuidades exige caracterização de situação apenas “jurídico-formal” (art. 116, II, do CTN), consistente na inscrição/registro de bacharel ou habilitado (art. 14 e art. 17 da Lei 1.411/1951), contexto que somente cessa com o cancelamento, suspensão ou, excepcionalmente, isenção tributária (ou, quiçá, incompatibilidade absoluta legal): só evocar-se “ausência de atividade profissional” não é justa causa legal para eximir-se das anuidades, cujo fato gerador é situação “jurídica”, não “fática/material” (como o alegado não exercício da atividade).

V. Ausente qualquer manifestação do réu (regulamente citado e intimado) no curso da ação rescisória, a final improcedência do pedido não enseja assunção de verba honorária pelo autor, dada a evidente ausência de justa causa (caracterizada pela eventual necessidade e correspondente custo da defesa, imputável – se e quando - ao causador da atividade processual).

VI. Precedentes: STJ (AR 3.601/MS, S3) e TRF1, T7/T8 (AC 0005027-56.2006.4.01.3502/GO, AC 0009235-55.2007.4.01.3500/GO e AC 2001.39.00.006044-7/PA).

VII. Pedido rescisório improcedente.

VIII. Peças liberadas pelo relator, em 24/11/2010, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a Seção *julgar improcedente* o pedido rescisório por unanimidade.

4ª Seção do TRF – 1ª Região, 24/11/2010.

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — Por inicial ajuizada em 6 out. 2009, o autor, alegando “*violação a literal disposição de lei*” (art. 485, V, do CPC), pede a rescisão da sentença datada de 28 abr. 2008 (fl. 20), *transitada em julgado em 31 jul. 2009*, do MM. Juiz Federal Márcio Luiz Coelho de Freitas, da 3ª Vara/AM, que, nos autos da AO 2007.32.00.006570-6 que ajuizou contra o réu em 14 set. 2007, objetivando eximir-se das anuidades de 1999 a 2007 (repetindo as já recolhidas), julgou procedente, em parte, o pedido somente quanto às vencidas de mar. 2004 em diante (data do pedido de cancelamento da inscrição).

O autor alega ausentes os fatos geradores porque desde mar. 1996, quando empossado como auditor-fiscal de tributos do Município de Manaus/AM, não mais exerceu a atividade de economista; reputa violados o art. 150, I, da CF/1988 e o art. 97, III, do CTN (legalidade tributária); e os arts. 14 e 17 da Lei 1.411/1951, pois entende fato gerador das anuidades a

efetiva atividade profissional, não a só condição formal de inscrito no Corecon.

VC=R\$1.851,85. Custas pagas. Depósito prévio recolhido.

Sem contestação (certidão de fl. 43). As partes não produziram outras provas; com razões finais apenas do autor, sem fatos novos.

A PRR não quis opinar (fl. 87).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — Dado que a CF/1988 dispõe que (art. 150, I, c/c art. 97, III) somente a lei pode instituir tributos e atribuir-lhe o

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria do Carmo Cardoso e Reynaldo Fonseca e os Exmos. Srs. Juizes Federais Antônio Claudio Macedo da Silva e Cleberson José Rocha (convocados).

perfil econômico, nele incluindo-se o conceito do fato gerador, evoque-se a legislação específica de regência das anuidades (Lei 1.411, de 13 ago. 1951, que “Dispõe sobre a profissão de Economista”):

Art. 1º A designação profissional de economista, a que se refere o quadro das profissões liberais, anexo ao Decreto-Lei 5.452/1943, é privativa:

a) dos bacharéis em Ciências Econômicas (...);

b) dos (Vetado) que, embora não diplomados, forem habilitados (Vetado).

(...)

Art 14. Só poderão exercer a profissão de economista os profissionais devidamente registrados nos C.R.E.P. pelos quais será expedida a carteira profissional.

(...)

Art 17. Os profissionais, referidos nesta Lei, são sujeitos ao pagamento de uma anuidade de (...).

Parágrafo único. A anuidade será paga até 31 de março de cada ano, salvo a primeira que se fará no ato da inscrição ou registro.

(...)

O autor alega, em síntese, que (fls. 06): “o fato gerador da contribuição (...) devida pelos economistas é o exercício da profissão (...), não a simples inscrição no Conselho Regional. Logo, o pedido ou não de cancelamento de inscrição (...) é irrelevante para determinar a tributação”.

Lendo-se os arts. 14 e art. 17 da Lei 1.411/1951, vê-se só ser possível o exercício da atividade profissional de economista aos *bacharéis* (ou *habilitados*) registrados/inscritos no Conselho Regional de Economia respectivo; quanto à anuidade, o preceito apenas afirma que “os profissionais (...) são sujeitos ao pagamento de uma anuidade”, o que, para alguns, significa que a hipótese de incidência seria “*economista inscrito/registrado*” e, para outros (caso do autor), “*economista inscrito/registrado e em atividade*”.

Ao definir o conceito de fato gerador, o CTN afirma:

Capítulo II – Fato gerador

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

(...)

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I – tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias

materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II – tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

No caso da contribuição social profissional do economista, a hipótese de incidência das anuidades exige caracterização de situação apenas *jurídica* (art. 116, II, do CTN), consistente na inscrição/registo de bacharel ou habilitado (art. 14 e art. 17 da Lei 1.411/1951), contexto que somente cessa com o cancelamento, suspensão ou, excepcionalmente, isenção tributária (ou, quiçá, incompatibilidade absoluta legal): só evocar-se *ausência de atividade profissional* não é justa causa legal para eximir-se das anuidades, cujo fato gerador é situação *jurídica*, não *fática/material* (como o alegado não exercício da atividade).

Se a leitura dos preceitos de lei reputados violados já não favorece o autor, tanto mais porque matéria tributária exige interpretação restrita (art. 111 e art. 108 do CTN), tal menos se sustenta em sede de ação rescisória fncada em suposta violação, que exige – se e quando – decisão judicial frontalmente ostensiva ao artigo de lei paradigma, o que não é o caso, dado que a sentença interpretou a matéria da forma mais corriqueira.

É ler-se (STJ, AR 3.601/MS, S3):

Ação rescisória. (...)

I – “Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC, prospere, é necessário que a interpretação dada pelo *decisum* rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se ‘recurso’ ordinário com prazo de interposição de dois anos” (AR 464/RJ, 2ª Seção (...))

O TRF1 (T7/T8), por derradeiro, não abona a pretensão:

(...) *Cancelamento de inscrição junto ao conselho regional de (...) Cobrança de anuidades. Requerimento formal do interessado. Inexistência. Créditos devidos. (...).*

I. Afigura-se indispensável a comprovação formal de que a apelante tenha peticionado junto a Autarquia, conforme dispõe o art. 34, § 1º, da Resolução Cofen 99/1988, em vigor à época da aposentadoria da autora, requerendo o seu desligamento, para que, cessada a exigência legal de pagar as anuidades, possa se desincumbir do ônus que está sendo imputado (...)

(...)

(TRF1, AC 0005027-56.2006.4.01.3502/GO, Des. Federal Souza Prudente, 8ª Turma, DJ-e 12/11/2010.)

(...) *Embargos à execução fiscal. Anuidade devida a conselho de classe (...). Recenseamento (...). Formulário não preenchido pelo embargante. Cancelamento (...). Responsabilidade tributária não afastada (...).*

I. Se a Resolução 868/2004 do Conselho Federal de Corretores de Imóveis – Cofeci estabeleceu o cancelamento da inscrição daqueles que não participassem do recenseamento a partir de 1º/01/2005, não poderia o profissional presumir que sua inscrição estaria cancelada, automaticamente, naquela data, mormente quando se nota que o ato realizar-se-ia, administrativamente, o que pressupõe a formação de processo administrativo, cujo resultado final somente seria conhecido em momento posterior àquela data.

II. “Não comprovado o cancelamento de sua inscrição, as anuidades em tela são devidas, porquanto à época dos respectivos fatos geradores a embargante encontrava-se devidamente inscrita no conselho apelado.” (AC 2001.03.99.023771-2/SP – (...) TRF 3ª Região – T6 (...))

III. Não tendo mais interesse em manter sua inscrição no conselho de classe, caberia ao apelante requerer, expressamente, seu cancelamento porque, enquanto vigente a inscrição, é obrigatório o pagamento da anuidade.

(...)

(TRF1, AC 0009235-55.2007.4.01.3500/GO, Des. Fed. Catão Alves, 7ª Turma, DJ 20/08/2010.)

(...) *Embargos à execução fiscal movida por conselho profissional (Creci). Anuidades vencidas após o fim da licença por prazo determinado: exigibilidade (...).*

II. Vencida a licença por prazo determinado sem que requerida sua renovação ou, se o caso, o cancelamento da inscrição, as anuidades doravante vencidas são exigíveis.

III. Ineficiência administrativa, desfazimento de expectativas ou descontentamento com o órgão

de classe, alegações de quilate subjetivo, não têm impacto sobre a exigibilidade das anuidades.

IV. Desinfluente a Resolução Cofeci 675/2000, que isentou os corretores maiores de 70 anos do pagamento das anuidades, pois ela entrou em vigor em 1º jan. 2001, sem menção de retroatividade, não importando, assim, dispensa das contribuições pretéritas do associado com inscrição ativa (não suspensa ou cancelada) a sua ulterior condição de septuagenário.

(...)

(TRF1, AC 2001.39.00.006044-7/PA, Des. Federal Tolentino Amaral, 7ª Turma, DJ 1º/04/2005.)

Quanto aos honorários advocatícios, é ler-se *mutatis mutandis* (STJ, AgRg-EDcl-AR 3.984/SC, rel. Min. Hamilton Carvalhido, S1, DJ 14/10/2009):

(...) *Ação rescisória. Extinção (...). Condenação do autor nas despesas processuais e na verba honorária. Cabimento. Princípio da causalidade.*

I. São devidos os honorários advocatícios mesmo quando extinto o processo sem julgamento do mérito, devendo as custas (...) ser suportadas pela parte que deu causa à instauração do processo, *consoante o princípio da causalidade.*

II. Extinto o processo, sem resolução de mérito, *após contestação*, e por inidôneo o meio processual eleito, devidas são as despesas processuais e a *verba honorária.*

Pelo exposto, *julgo improcedente* o pedido rescisório.

Custas pelo autor. Sem verba honorária à míngua de justa causa pela ausência de qualquer manifestação do réu nos autos.

Converta-se o depósito prévio em renda do réu após o trânsito em julgado.

É como voto.

Primeira Turma

Numeração única: 0013909-32.2009.4.01.0000

Apelação Cível 2009.01.00.014218-9/MT

Relator: Juiz Federal Charles Renaud Frazão de Moraes (convocado)
 Apelantes: Antônio Jorge de Souza e outros
 Advogados: Dr. Roberto Dias de Campos e outros
 Apelado: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra
 Procurador: Dr. Valdez Adriani Farias
 Publicação: e-DJF1 de 07/12/2010, p. 1108

Ementa

Processo Civil. Execução por título judicial. Prescrição. Termo a quo. Trânsito em julgado do título exequendo.

I. Em regra, o termo *a quo* do prazo prescricional para a execução por título judicial é a data em que se deu o trânsito em julgado do referido título, que no caso em apreço, está consolidado na sentença proferida no processo de conhecimento, que reconheceu o direito dos autores ao reajuste de 28,86% e condenou o Incra ao pagamento das diferenças salariais resultantes.

II. O simples ajuizamento de ação rescisória, por expressa disposição legal (art. 489 do CPC) não tem o condão de suspender a execução da sentença.

III. Correta a sentença que decretou a prescrição da execução do julgado.

IV. Apelação dos exequentes não provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação dos exequentes.

1ª Turma do TRF da 1ª Região – 17/11/2010.

Juiz Federal *Charles Renaud Frazão de Moraes*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Charles Renaud Frazão de Moraes: — Trata-se de apelação interposta por Antônio Jorge de Souza e outros contra sentença que, em sede de execução por título judicial, decretou a prescrição.

Inconformados, apelam os exequentes, alegando que o que está sendo executado nos presentes autos é o julgado proferido na ação rescisória em 20/09/2005, que rescindiu a sentença para garantir ao Incra a compensação dos reposicionamentos deferidos pela Lei 8.627/1993.

Indagam se seria razoável a execução da sentença antes de decidida a ação rescisória, que os obrigaria à devolução de parte dos valores recebidos.

Requerem, por fim, seja afastada a prescrição decretada na sentença que considerou, como termo *a quo* da contagem do prazo prescricional, o trânsito

em julgado da sentença proferida no processo de conhecimento.

Contrarrazões do Incra às fls. 201-213.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Charles Renaud Frazão de Moraes: — Os autores ajuizaram ação ordinária a fim de obterem o reconhecimento do direito ao reajuste de 28,86%, a partir de janeiro de 1993 e a devolução das diferenças devidamente corrigidas.

O pedido foi acolhido (fl. 40) e a sentença transitada em julgado em 15/10/1996 (fl. 40-v).

*Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado).

Em 02/1998 (conforme andamento processual), o Incra ajuizou ação rescisória, julgada parcialmente procedente “para garantir a compensação dos reposicionamentos deferidos pela Lei 8.627/1993, na forma da Súmula 672 do STF” (fl. 79).

A referida decisão, que rescindiu em parte a sentença, transitou em julgado em 31/01/2006 (fl. 93).

A discussão posta nos autos cinge-se ao termo inicial do prazo para a execução do julgado.

Dispõe o art. 1º do Decreto 20.910/1932, *verbis*:

Art. 1º – As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originaram.

De acordo com a Súmula 150 do STF, “prescreve a execução no mesmo prazo da prescrição da ação”.

Assim, resta verificar a partir de que momento inicia-se a contagem do prazo prescricional quinquenal para a execução do julgado.

Em regra, o termo *a quo* do prazo prescricional para a execução por título judicial é a data em que se deu o trânsito em julgado do referido título.

Nesse sentido:

Processual Civil e Tributário. Embargos infringentes. Embargos à execução de título judicial. Empréstimo compulsório para aquisição de veículos. Súmula 150/STF. Arts. 617 e 219 do CPC. Não observação dos prazos. Prescrição da pretensão executiva. Súmula 106 do STJ. Inaplicabilidade.

(...)

IV. O termo inicial de prescrição para a execução de sentença, em regra, segue o trânsito em julgado (...)
Grifo nosso.

(...)

XIII. Embargos infringentes providos.

(EIAC 0006521-28.2003.4.01.3803/MG, rel. Juiz Federal Cleberon José Rocha (convocado), Quarta Seção, e-DJF1, p. 7, de 31/05/2010.)

Processual Civil. Embargos à execução. Posse em cargo público. Remessa oficial. Incabível. Carência de ação afastada. Prescrição da ação executiva afastada. Causa extintiva. Pagamento. Ausência de demonstração. Coisa julgada. Rediscussão. Impossibilidade. Honorários.

(...)

IV. A contagem do prazo para a ação executiva inicia-se com o trânsito em julgado do título judicial executivo. A prescrição da ação executiva não se confunde com a prescrição do processo de conhecimento. Grifo nosso.

V. A Súmula 150 do Supremo Tribunal Federal prevê a prescrição da ação executiva no mesmo prazo de prescrição da ação. Assim, se o trânsito em julgado do título executivo ocorreu em 17/11/2000 e a petição da ação executiva foi protocolada em 15/03/2001, não há falar em prescrição da ação executiva.

(...)

IX. Apelação desprovida. Remessa oficial não conhecida.

(AC 0013001-29.2001.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal Carlos Olavo, Primeira Turma, e-DJF1, p. 83, de 25/05/2010.)

No caso em apreço, o título exequendo está consolidado na sentença proferida no processo de conhecimento, que reconheceu o direito dos autores ao reajuste de 28,86% e condenou o Incra ao pagamento das diferenças salariais resultantes, corrigidas monetariamente.

Dessa forma, considerando que o trânsito em julgado daquela sentença se deu em 15/10/1996, correto o juízo *a quo* ao decretar a prescrição da execução do julgado, pleiteada pelos autores em 17/07/2007.

Por fim, cumpre ressaltar, que o simples ajuizamento de ação rescisória, por expressa disposição legal (art. 489 do CPC) não tem o condão de suspender a execução da sentença.

Neste sentido já decidiu esta Corte:

Processo Civil. Embargos à execução por título judicial. Impugnação parcial. Suspensão da execução até decisão final dos embargos. Agravo de instrumento. Prosseguimento da execução. Parte incontroversa. Possibilidade. Código de Processo Civil, arts. 489 e 739, § 2º. Agravo provido. Agravo regimental denegado. Aplicação do art. 462 do Código de Processo Civil. Fato novo superveniente. Parcial provimento à ação rescisória proposta para desfazer, parcialmente, título executivo. Irrelevância. Argumentos já examinados insuficientes para a reconsideração pretendida. Multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa aplicada à agravante por ser o agravo regimental manifestamente infundado e inadmissível.

(...)

II. “A ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda” e “quando os embargos forem parciais, a execução prosseguirá quanto à parte não embargada.” (Código de Processo Civil, arts. 489 e 739, § 2º, vigentes quando proferida a decisão.)

(...)

VI. Agravo regimental manifestamente infundado e inadmissível.

VII. Multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa aplicada à agravante. (Código de Processo Civil, art. 557, § 2º.)

(AGA 0036320-45.2004.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Catão Alves, Sétima Turma, e-DJF1, p. 419, de 07/05/2010.)

Em face do exposto, nego provimento ao recurso de apelação.

É como voto.

Segunda Turma

Numeração única: 0032679-78.2006.4.01.0000

Agravo de Instrumento 2006.01.00.030622-0/RO

Relator: Desembargador Federal Francisco de Assis Betti
 Agravante: Sindicato dos Servidores Públicos Federais no Estado de Rondônia – Sindsef/RO
 Advogados: Dr. Olympio Moraes Junior e outros
 Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Publicação: e-DJF1 de 02/12/2010, p. 60

Ementa

Processual Civil. Agravo de instrumento. Sindicato. Retenção de honorários advocatícios. Ausência de vínculo contratual entre os servidores substituídos e o patrono da causa. Agravo improvido.

I. Muito embora a decisão atacada tenha se valido de fundamentos diversos, no caso dos autos, por uma questão primeva, não se faz possível a autorização do destaque pretendido, eis que o agravante não apresentou no instrumento os documentos que o autorizam. A procuração acostada à fl. 82 comprova o vínculo contratual entre o sindicato e os causídicos, bem como os contratos de prestação de serviços (fls. 14-27), e não com os credores substituídos.

II. O destaque dos honorários advocatícios de sucumbência é direito do advogado, que possui a faculdade de executar separadamente essa parte da condenação. No entanto, não existindo vínculo contratual entre os servidores substituídos e o advogado, bem como anuência expressa dos credores quanto aos honorários advocatícios, não é possível a retenção dos valores pactuados entre o sindicato autor e o advogado patrocinador da causa.

III. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 08/11/2010.

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*, relator.

Relatório

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

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Sindicato dos Servidores Públicos Federais no Estado de Rondônia – Sindsef/RO contra decisão proferida pela MM. Juíza Federal Substituta da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de Rondônia, nos seguintes termos, objeto deste recurso:

(...)

1) Revogo, em parte, os despachos de fls. 649 e 674, em relação aos pedidos e critérios utilizados pelo exequente (fls. 561-562 e 654-655) relativo ao percentual ali referido de 13,75% a título de honorários contratados (11%), pois a modalidade de retenção do imposto de renda atual é feita individualmente, nos termos das normas insertas nos despachos retro mencionados, Indefiro, ainda, o pedido de fl. 655, no que diz respeito à requerida divisão dos honorários entre os advogados Sandra

Pedreti Brandão e Olympio Moraes, por constatar que nos autos também atuaram outros advogados.

2) É certo que a Lei 8.906/1994 concede aos advogados o direito de peticionar em nome próprio honorários que lhe são devidos, contudo, neste processo, não se afigura razoável requisitar a verba honorária em nome apenas dos signatários da peça de fls. 653-655, tendo em vista que outros advogados também atuaram no feito, conforme o trabalho que lhe prestou cada um dos causídicos, nos termos legais e contratuais eventualmente assumidos, tratando-se, pois, de uma questão privada entre o sindicato autor e seus advogados.

(...)

2. Sustenta que contratou o advogado Olympio Moraes Júnior, cabendo a este colocar os profissionais necessários para o bom desempenho do seu mister, não foi contratado advogado por advogado, os advogados que oficiaram nos autos além da Dra. Sandra Pedreti Brandão, que é sócia do escritório, sempre foram conjunturais, regidos por contrato existente entre os advogados. Afirma, ainda, que juntou contrato de honorários firmado e que, portanto, os honorários devem ser pagos em obediência ao disposto no art. 22, § 4º, da Lei 8.906/1994. Por fim, insurge-se em face da interferência da magistrada *a quo* ao que ficou acertado contratualmente entre *sindicato* e *escritório de advocacia*, asseverando que “os honorários seriam de 10% (dez por cento) sobre os ganhos obtidos, e sobre estes ganhos o sindicato por seus associados beneficiários pagariam os tributos, qual seja 2,75% (dois vírgula setenta e cinco por cento)”. E continua, “este segundo percentual é acessório ao primeiro que está bem aquém do mercado, na negociação do contrato quiseram um percentual menor, e em troca ficou acertado que pagariam, nossos tributos”.

3. Deferido, em parte, o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo, apenas para que a verba referente aos honorários reclamados seja reservada até que seja comprovado, por meio de declaração expedida pelo sindicato, qual ou quais advogados deve(m) percebê-la (fls. 88-89).

4. O INSS não apresentou resposta (fl. 98).

É o relatório.

Voto*

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

— 1. Trata-se, como visto, de agravo de instrumento

interposto pelo Sindicato dos Servidores Públicos Federais no Estado de Rondônia – Sindsef/RO contra decisão que indeferiu o destaque de honorários contratuais, sob o fundamento de que outros advogados, além daquele(s) que figura(m) no contrato de prestação de serviços celebrado, também atuaram no feito, reconhecendo-se que se trata de questão privada entre o sindicato autor e seus advogados.

2. De início, vale registrar que os documentos colacionados aos autos são suficientes para a compreensão da demanda posta no presente recurso.

3. De início, observo que a MM. Juíza de primeira instância havia, primeiramente, deferido pedido para que *fosse destacada dos créditos dos exequentes a parcela correspondente aos honorários profissionais*, conforme contrato de prestação de serviços (fl. 28). Em seguida, após formulação de pedido pelo agravante, ratificou a determinação de cumprimento do despacho anterior, observando-se as novas determinações contidas na Portaria Crej/Presi/ 237/2006, do TRF 1ª Região.

4. O feito foi chamado à ordem e proferida a decisão objeto do presente recurso.

5. Muito embora tenha se valido de fundamentos diversos, no caso dos autos, por uma questão primeva, não se faz possível a autorização do destaque pretendido, eis que o agravante não apresentou no instrumento os documentos que o autorizam. A procuração acostada à fl. 82 comprova o vínculo contratual entre o sindicato e os causídicos, bem como os contratos de prestação de serviços (fls. 14-27), e não com os credores substituídos.

6. Assim, verifica-se que a decisão de primeiro grau não merece reparos, uma vez que os julgados desta Corte têm sido no sentido de que não é possível a retenção dos valores pactuados entre o sindicato autor e o advogado patrocinador da causa, uma vez que inexistente vínculo contratual entre os servidores substituídos (credores) e o advogado, bem como inexistente anuência expressa dos credores quanto aos honorários advocatícios, senão, vejamos:

Constitucional. Agravo regimental. Honorários Contratuais. Destaque.

I. É faculdade do advogado a juntada do contrato de honorários, que se o fizer e atendidos os requisitos previstos em lei tem direito à retenção dos valores respectivos.

II. No caso concreto não é possível a retenção dos valores pactuados entre o sindicato autor e o advogado patrocinador da causa, uma vez que inexistente vínculo contratual entre os servidores

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado).

substituídos (credores) e o advogado, bem como inexistente anuência expressa dos credores quanto aos honorários advocatícios. Logo, não há como garantir ao patrono da causa a retenção dos valores destinados ao pagamento da verba honorária. Negativa de seguimento ao agravo.

III. Precedentes do STJ e desta Corte.

IV. Agravo a que se nega provimento.

(AGA 200901000686840, Des. Federal José Amilcar Machado, TRF1 – Primeira Turma, 28/04/2010.)

(....)

Processual Civil. Agravo de instrumento. Sindicato. Retenção de honorários advocatícios. Ausência de vínculo contratual entre os servidores substituídos e o patrono da causa. Agravo provido. Prejudicado pedido de reconsideração.

I. O destaque dos honorários advocatícios de sucumbência é direito do advogado, que possui a faculdade de executar separadamente essa parte da condenação. No entanto, não existindo vínculo contratual entre os servidores substituídos e o advogado, bem como anuência expressa dos credores quanto aos honorários advocatícios, não é possível a retenção dos valores pactuados entre o sindicato autor e o advogado patrocinador da causa.

II. Agravo de instrumento a que se nega provimento. Prejudicado o pedido de reconsideração.

(200901000218350, Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada), TRF1. Segunda Turma, 24/09/2009.)

(....)

Processual Civil. Agravo de instrumento. Sindicato. Retenção de honorários advocatícios. Ausência de vínculo contratual entre os servidores substituídos e o patrono da causa.

I. O destaque dos honorários advocatícios de sucumbência é direito do advogado, que possui a faculdade de executar separadamente essa parte da condenação.

II. Não existindo vínculo contratual entre os servidores substituídos e o advogado, bem como anuência expressa dos credores quanto aos honorários advocatícios, não é possível a retenção dos valores pactuados entre o sindicato autor e o advogado patrocinador da causa.

III. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(200801000432342, Des. Federal Francisco de Assis Betti, TRF1. Segunda Turma, 16/07/2009.)

7. Torna-se, portanto, evidenciado o acerto da decisão agravada, embora por fundamentos diversos. O cliente do advogado, no caso, é o sindicato, e não o substituído, devendo o causídico receber os honorários sucumbenciais que incidirem sobre os valores devidos aos substituídos que efetivamente represente na execução do julgado.

8. Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É o voto.

Terceira Turma

Numeração única: 0009976-98.2003.4.01.3803

Apelação Cível 2003.38.03.010390-1/MG

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto
 Apelante: Ministério Público Federal
 Procurador: Dr. Cléber Eustáquio Neves
 Apelante: Luís Caetano de Salles
 Advogado: Dr. Carlos Mário da Silva Velloso Filho
 Apelados: Os mesmos
 Publicação: e-DJF1 de 29/11/2010, p. 28-29

Ementa

Processual Civil. Administrativo. Apelação. Ação civil por ato de improbidade administrativa. Professor. Universidade Federal de Uberlândia. Regime de dedicação exclusiva. Sanções. Princípio da proporcionalidade.

I. O professor universitário em regime de dedicação exclusiva está impedido de exercer outra atividade remunerada, pública ou privada (Lei 7.596/1987 e Decreto 94.664/1987, art. 14, II).

II. Hipótese dos autos em que restou incontroverso que o requerido exerceu a atividade privada em outra instituição, além das atribuições de professor universitário da Universidade Federal de Uberlândia, não obstante a exigência de dedicação exclusiva, subsumindo-se a hipótese na prática de ato de improbidade, que atenta contra os princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei 8.429/1992).

III. A sanção aplicada pela condenação de quem incidiu na prática de ato ímprobo deve guardar a devida proporcionalidade com o fato praticado.

IV. Apelações não providas.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação do réu e, por maioria, negar provimento à apelação do Ministério Público Federal.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 09/11/2010.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal e por Luiz Caetano Salles contra sentença proferida pelo Juiz Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia, Gustavo Soratto Uliano, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação de improbidade administrativa, condenando o segundo apelante à aplicação de multa civil em favor da UFU, no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), e perda, em definitivo, da gratificação por exercício da dedicação exclusiva, pela prática de ato de improbidade administrativa, previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992.

2. De acordo com a petição inicial, Luiz Caetano Salles praticou ato de improbidade administrativa, uma vez que, como funcionário público federal, foi submetido a cumprimento de contrato, firmado com a Universidade Federal de Uberlândia, em regime de dedicação exclusiva, recebendo para tanto gratificação extraordinária, no importe de 50% (cinquenta por cento) do salário básico, correspondente à jornada de 40 horas semanais, mas, entretanto, manteve escritório profissional de advocacia no mesmo período em que foi submetido a regime de cumprimento de contrato com a UFU (fls. 2-12):

Infere-se, também, que, como advogado inscrito na OAB/MG sob o n. 61.906, mantém escritório profissional nesta cidade, onde exerce livremente a atividade de advocacia, de maneira lucrativa, possuindo ações ajuizadas nesta Subseção Judiciária, desde o ano de 1992.

Ocorre que, por força do art. 14 do Decreto 94.664, de 23 de julho de 1987, editado em regulamentação à Lei 7.596/1987, o servidor público contratado em regime de dedicação exclusiva fica impedido de exercer qualquer outra atividade

remunerada, para poder dedicar-se integralmente ao exercício da função pública (...)

(...)

Não obstante o requerido, alheio à imposição legal, mantém atividade em escritório profissional, onde contrata a prestação de serviços advocatícios, mediante remuneração, ao mesmo tempo em que exerce a função de professor de instituição federal de ensino, em regime de dedicação exclusiva.

Com isso, recebe indevidamente a gratificação específica destinada aos servidores, uma vez que não exerce a atividade pública da forma como contratado, sendo certo que não se dedica integralmente às atividades acadêmicas.

Por certo, a manutenção de escritório profissional não lhe permite exercer adequadamente a função pública, afigurando-se-lhe humanamente impossível cumprir a jornada de 40 horas na universidade e, ao mesmo tempo, atender aos clientes e movimentar as ações judiciais, inclusive participando de audiências, etc.

Ao mesmo tempo, observa-se que o título de “professor da UFU” traz prestígio ao requerido, além de divulgar seu nome no meio social, destacando-o como profissional e garantindo-lhe clientela certa e constante, o que faz com que dedique especial atenção aos negócios privados, provavelmente, com rendimentos superiores aos proventos recebidos como professor.

3. Na sentença, o MM. juiz acolheu parcialmente o pedido formulado pelo Ministério Público Federal, por entender que o impedimento do exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada, em razão do magistério em regime de dedicação exclusiva, não afronta o princípio da livre iniciativa, tendo em vista que no Decreto 94.664/1987 existe a previsão do magistério superior em regime de cumprimento parcial, sem que ao funcionário sejam impostas as mesmas restrições da dedicação exclusiva. Ficou

caracterizado o exercício de atividades remuneradas concomitantemente com a atividade de professor da Universidade, demonstrando, com isso, o desrespeito às regras previstas para o exercício da atividade pública em regime de dedicação exclusiva a que era sujeito.

Por fim, reconheceu a prática de ato de improbidade administrativa, uma vez que ficou demonstrado o não cumprimento do regime de dedicação exclusiva, atentando contra os princípios da Administração Pública, principalmente o princípio da moralidade (fls. 425-432).

4. O Ministério Público Federal alega, em razões de apelação, que “a sentença não foi proporcional quando aplicou, apenas e tão somente, a pena de multa civil”. Diz, ainda, que, para reprimir ato de improbidade administrativa, as penas não devem ser aplicadas isoladamente, mas, sim, cumulativamente. Requer seja aplicada a multa civil no importe do valor do dano sofrido pela UFU, uma vez que essa penalidade visa promover a reparação dos danos morais causados pela prática dos atos ímprobos contra a Administração Pública. Salienta que a multa civil não tem cunho indenizatório e na sentença não foi imposta nenhuma sanção para ressarcir os danos sofridos pela UFU.

Diz que houve erro na sentença, na medida em que o juiz afirmou que o Ministério Público requereu a condenação do apelado nos termos do art. 12, II e III da Lei 8.429/1992, quando, na verdade, o pedido do *parquet* foi no tocante às penas estabelecidas nos incisos I e II da referida lei.

Aduz que o juiz não determinou a devolução das quantias recebidas a título de gratificação por exercício da dedicação exclusiva porque houve leniência da UFU em impedir a prática dos atos de improbidade administrativa. Diz, ainda, que o apelado também deve ser punido com a perda da função pública, proibição de contratar com o Poder Público, já que descumpriu com as obrigações mínimas que se espera de um professor em regime de dedicação exclusiva (fls. 437-443).

5. Luiz Caetano de Salles, em razões de apelação, alega, preliminarmente: a) a inconstitucionalidade da última parte do disposto no art. 14, inciso I, do Decreto 94.664/1987; b) o Decreto 94.664/1984 foi derogado pelo Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994). No mérito, aduz, que: a) não houve prova de dano para a Administração Pública; b) que a Administração não o notificou da impropriedade de cumulação de cargo em função, de acordo com o art. 133 da Lei 8.112/1990 (fls. 462-783).

6. Contrarrazões do Ministério Público Federal às fls. 487-490.

7. Contrarrazões de Luiz Caetano de Salles às fls. 492-507.

6. O Ministério Público Federal, pelo Procurador Regional da República Paulo Gustavo Gonet Branco, opina pelo não provimento do recurso do MPF e pelo parcial provimento do apelo do réu (fls. 513-520).

12. É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. Como relatado, cuida-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Federal e por Luiz Caetano de Salles contra sentença proferida pelo Juiz Federal da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG, Gustavo Soratto Uliano, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial da presente ação de improbidade administrativa para condenar o réu no pagamento de multa civil, no valor de 3.000,00 (três mil reais) em favor da Universidade Federal de Uberlândia – UFU, pela prática de ato de improbidade, que atentou contra os princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei 8.429/1992).

2. O réu é professor da Universidade Federal de Uberlândia e exercia, à época dos fatos, suas atividades em regime de dedicação *exclusiva*. Logo, estaria impedido, como decidiu o eminente magistrado *a quo*, de exercer outra atividade remunerada, pública ou privada, nos termos da legislação que rege a matéria.

Com efeito, o art. 14, I, do anexo ao Decreto 94.664, de 23 de julho de 1987, Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos, de que trata a Lei 7.596, de 10 de abril de 1987, assim prescreve:

O professor da carreira do magistério superior será submetido a um dos seguintes regimes de trabalho:

I – dedicação exclusiva, com obrigação de prestar quarenta horas semanais de trabalho em dois turnos diários completos e impedimento do exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada;

3. Das preliminares.

3.1. Da inconstitucionalidade do Decreto 94.664/1987.

Não há que se falar em inconstitucionalidade do Decreto 94.664/1987. Á uma, porque o citado decreto, não obstante imponha a dedicação exclusiva aquele

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Guilherme Mendonça Doehler e César Cintra Jatahy Fonseca (convocados).

que exerce cargo de Professor da Carreira de Magistério Superior favorece aquele que a ela se submete, uma vez que lhe é oferecida, em contrapartida, gratificação especial, num importe de 50% (cinquenta por cento) sobre o seu salário. À duas, porque, embora o docente submetido a esta lei fique obrigado a obedecer aos requisitos por ela exigidos, não lhe é tolhido o direito de escolha de outro exercício, sem a escolha da dedicação exclusiva. É, na verdade, facultado ao professor a livre escolha, podendo ele optar por exercer a carga horária normal, sem dedicação exclusiva e sem acréscimo salarial de 50%.

3.2. Da derrogação do disposto no Decreto 94.664/1987 pelo Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994).

O réu alega que houve derrogação do mencionado decreto pelo Estatuto da OAB e que, por este motivo, é possível que o advogado possa lecionar.

No que diz respeito a esta preliminar, faço uso, por concordar com eles, dos bem lançados argumentos utilizados pelo Ministério Público Federal, em parecer, *verbis* (fl. 518):

(...) os dispositivos mencionados pelo réu para justificar o exercício da advocacia, referem-se a regras sobre cumulação de cargos e funções públicas. Na espécie, contudo, o problema tem a ver com o exercício de atividade econômica, não com a cumulação de cargos públicos. Ademais, a possibilidade constitucional da cumulação de cargos por professores não impede que, na organização da carreira do magistério, sejam contemplados regimes de prestação de serviço incompatíveis com o duplo trabalho. A possibilidade de o professor advogar, prevista no estatuto da OAB, não é tampouco conciliável com o estabelecimento de regime diferenciado na carreira do magistério, em que as vantagens oferecidas aos docentes excluem o patrocínio particular de causas em juízo.

Preliminares rejeitadas.

4. Do mérito.

4.1. Da apelação do Ministério Público Federal.

Na hipótese dos autos, restou incontroverso (contestação de fls. 31-54) que Luiz Caetano de Salles exerceu a advocacia, além das atribuições de professor universitário da Universidade Federal de Uberlândia, não obstante a exigência de dedicação exclusiva, subsumindo-se a hipótese na prática de ato de improbidade, que atenta contra os princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei 8.429/1992).

O Ministério Público Federal alega, sinteticamente, que o juiz sentenciante limitou-se a condenar o apelado à multa civil de R\$ 3.000,00 (três

mil reais), mas não o condenou ao ressarcimento do dano sofrido pela Universidade quando do descumprimento do contrato de professor em regime de dedicação exclusiva.

Luiz Caetano Salles também recorreu da sentença, alegando, em síntese, que a pena é excessiva e que o Decreto de 1987 é inconstitucional.

Ressalto, inicialmente, que a Lei 8.429/1992 prevê que as sanções, em ações de improbidade administrativa, podem ser aplicadas conjuntamente ou não, dependendo do caso. São elas: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; ressarcimento integral do dano, quando houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente.

Por óbvio, o parágrafo único do art. 12 da Lei 8.429 diz que o juiz deverá levar em conta a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente. Em outras palavras, a condenação deverá ser proporcional ao dano, seja em relação ao ressarcimento seja quanto ao pagamento da multa civil. E não poderia ser diferente, já que a proporcionalidade é um dos princípios norteadores de todos os ramos do Direito.

Ora, não há, no caso dos autos, que se falar em ressarcimento dos valores recebidos a título de gratificação por dedicação exclusiva. Isso porque o réu prestou serviços à Universidade de Uberlândia, lecionando, e, por isso, deve ser remunerado, ainda que não tenha atendido a cláusula de dedicação exclusiva. Trata-se de contraprestação do serviço prestado. Não há que devolver o valor relativo à gratificação, tendo em vista que o outro serviço era realizado em curto período e sacrificando os momentos que tinha para com sua família, não havendo prejuízo para a Universidade Federal de Uberlândia.

Marino Pazzaglino Filho, em sua obra *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*, 3. ed., 3. reimpr. SP: Atlas, 2007, fls. 155-156, explica :

(...) os princípios constitucionais interligados da razoabilidade e proporcionalidade, de natureza implícita, que esclarecem e instruem o princípio constitucional maior e primário da legalidade, são de observância obrigatória na aplicação das medidas punitivas em geral.

Na lição de Lucia Valle Figueiredo, o princípio da razoabilidade “traduz a relação de congruência lógica entre o fato (motivo) e atuação concreta da Administração”.

Enquanto o princípio constitucional da proporcionalidade, segundo o ensinamento de Celso Antonio Bandeira Mello, estabelece:

“As competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, por quanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderia.”

Deduz-se desses princípios que a *imposição das sanções* elencadas para os atos de improbidade administrativa *deve ser razoável*, isto é, adequada, sensata, coerente em relação ao ato ímprobo cometido pelo agente público e suas circunstâncias, e *proporcionalmente*, ou seja, compatível, apropriada, pertinente com a gravidade e a extensão do dano causado por ele.

(...)

Portanto, a aplicação cumulativa, parcial ou isolada das sanções arroladas no art. 12 da LIA subordina-se aos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade. Assim sendo, exigem que o magistrado, no momento da aplicação das sanções previstas na LIA, à luz do caso concreto, limite-se àquelas estritamente necessárias (razoáveis e proporcionais) para alcançar, com justiça, os fins almejados pela LIA, sendo defeso a ele, pois, a mera aplicação objetiva e automática de sanções em bloco.

Assim, entendo suficiente a imediata interrupção do recebimento da gratificação por exercício de dedicação exclusiva, bem como a aplicação da multa civil em favor da Universidade Federal de Uberlândia, já fixada na sentença em R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Quanto à alegação no tocante à aplicação da sanção, tenho que a decisão também não merece reforma, pois se encontra dentro dos ditames legais e a sanção nela aplicada mostra-se proporcional ao dano efetivamente demonstrado nos autos. Como visto, a sentença delineou de maneira clara a prática de ato de improbidade administrativa, tendo o juiz sentenciante, aplicado justamente a multa civil, no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), bem como a imediata interrupção da gratificação por exercício de dedicação exclusiva.

4.2. Da apelação de Luiz Caetano Salles.

Incabível a alegação de que não houve dano à Administração Pública. Isso, porque um dos princípios basilares da probidade administrativa é o da moralidade administrativa, que impõe a todo aquele que ocupar

uma função pública, venha exercer suas atividades com honestidade e retidão.

O réu, ao aceitar as condições de trabalho em regime de dedicação exclusiva, como professor da carreira de magistério superior da Universidade Federal de Uberlândia, assumiu o compromisso com a Administração Pública, sujeitando, desta forma, às regras por elas exigidas.

Nesse sentido, argumentou com acerto o Ministério Público Federal, em parecer (fl. 519):

O dano causado pela conduta do réu foi considerado como causado ao princípio da moralidade, cabendo ser compreendido que houve, em alguma medida, percepção de vantagem em desacordo com os requisitos para tanto. De toda sorte, como somente foi caracterizado o patrocínio impróprio pelo réu em oito causas, cuja complexidade não chegou a ser averiguada, impressiona o argumento do apelo no ponto em que enfatiza a natureza esporádica da atividade. Diz o apelante que, considerando seus 16 anos de carreira docente, isso corresponderia a uma média de meia ação por ano. A própria sentença reconheceu, ademais ter sido “mínima a atuação do requerido como advogado”, em contraste com a “significativa atuação do requerido junto à UFU” (fl. 431). Nesse quadro, não parece que deva prosperar a apelação do *Parquet*, justamente requerendo agravar a sanção aplicada. Mais ainda, a pena de perda definitiva da gratificação por dedicação exclusiva se apresenta desfocada das características da espécie. A lei não contempla essa espécie de pena para a improbidade. Além disso, se não se viu – e corretamente – justificada a aplicação da pena de perda da função pública, não é cabível, tampouco, impor como punição a perda de parte da retribuição do cargo público. Se o problema do exercício concomitante da advocacia particular com o magistério cessou, não há por que infligir tal pena ao réu.

Também não seria necessária a notificação por parte da Universidade em questão, alertando-o sobre a impossibilidade de cumulação de cargo em função de magistério. Sendo o professor submetido a regime de dedicação exclusiva, recebendo para tanto gratificação, é óbvio que tinha ciência de que lhe era vedado o exercício de outro ofício ou profissão.

Quanto à aplicação da sanção, tenho que a decisão também está correta e bem retrata a solução punitiva reclamada nos autos. Disse o ilustre magistrado Gustavo Soratto Uliano (fls. 431-432):

Considerando a mínima atuação do requerido como advogado, concomitantemente com o cargo de magistério, a significativa atuação do requerido junto à UFU e o dano causado à Universidade Federal

de Uberlândia, entendendo suficiente a aplicação das seguintes penas: a) *perda, em definitivo, da gratificação por exercício da dedicação exclusiva*; b) *multa civil* no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), a qual deverá ser corrigida monetariamente desde a presente data até seu efetivo pagamento, pelos índices adotados pela Justiça Federal.

Deixo de determinar a perda da função pública e a devolução dos valores recebidos a título de gratificação por dedicação exclusiva em razão da inércia da Universidade Federal de Uberlândia em fiscalizar e coibir os atos de improbidade apurados no presente feito.

3. Desse modo, nego provimento às apelações.
4. É o voto.

Voto vogal vencido em parte

O Exmo. Sr. Juiz Federal Guilherme Doehler: — Senhor presidente, vou divergir parcialmente de Vossa Excelência e dar parcial provimento ao recurso do Ministério Público Federal, porque entendo que a

pessoa que se dispõe a exercer atividade proibida por lei, quando *flagrada* nessa situação, como ocorrido na hipótese, o mínimo que se pode determinar, no meu entendimento, é o ressarcimento do dano caracterizado aí pelo recebimento indevido dessa gratificação de dedicação exclusiva. Não houve a dedicação exclusiva. O salário ele vai perceber normalmente, mas a gratificação que percebia pela atuação exclusiva em favor da instituição, ele percebeu indevidamente. Acho que aí há um dano a ser ressarcido para a universidade por parte do recorrido. Dou parcial provimento ao recurso no tocante a esse ponto, porque considero que, neste particular, a decisão do juiz não guardou efetivamente proporcionalidade com o prejuízo sofrido pela Administração Pública, que pagou um *plus*, sem que houvesse a contraprestação devida pelo recorrido. Dirijo parcialmente de Vossa Excelência apenas para dar parcial provimento ao recurso do Ministério Público Federal, a fim de que seja o réu condenado a efetuar o ressarcimento dos valores indevidamente recebidos a título da gratificação de dedicação exclusiva, observada a prescrição eventualmente ocorrida no período anterior ao ajuizamento da demanda.

Quarta Turma

Habeas Corpus 0063392-94.2010.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz
Impetrantes: Dr. João Pereira Neto
Dra. Agnete Campos Pereira
Impetrado: Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Governador Valadares – MG
Paciente: Carlos Roberto de Oliveira (réu preso)
Publicação: e-DJF1 de 06/12/2010, p. 89

Ementa

Penal. Processual Penal. Habeas corpus. CP, arts. 180, §§ 1º e 6º, e 297. Prisão em flagrante. Pedido de liberdade provisória. Indeferimento. Decisão fundamentada. Prova da materialidade. Índícios de autoria. Reiteração delitiva. Paciente primário e com residência fixa. Alegação de ocupação laboral lícita. Garantia da ordem pública. CPP, art. 312. CF, art. 5º, inciso LXVI. Não violação. Alegação de atipicidade de condutas. Ampla dilação probatória: impossibilidade. Assistência judiciária gratuita. Não cabimento. Custas. Ausência de previsão. Ordem denegada.

I. A decisão que indeferiu o pleito de liberdade provisória em favor do paciente encontra-se devidamente fundamentada, não havendo qualquer pecha de irregularidade capaz de alcançá-la.

II. Os requisitos de primariedade, bons antecedentes, possuir trabalho e residência fixa não são, por si sós, impeditivos da manutenção da custódia cautelar, se presentes as condições e requisitos para tanto necessários, na forma do estabelecido no art. 312 do Código de Processo Penal.

III. Não há, no presente caso, violação do inciso LXVI da Constituição (“ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”). Ao paciente, preso em flagrante delito,

foram imputados os delitos previstos nos arts. 180, §§ 1º e 6º, e 297, ambos do Código Penal, considerados, no Direito Penal pátrio, crimes dolosos, punidos com reclusão (CPP, art. 313, I).

IV. É vedada a análise de argumentos que demandam ampla dilação probatória na estreita via do *habeas corpus*.

V. Pleito de assistência judiciária gratuita que se indefere. Em *habeas corpus*, não há previsão de custas.

VI. Constrangimento ilegal inócua. Ordem denegada.

Acórdão

Decide a Turma denegar a ordem, à unanimidade.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 23/11/2010.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pelos advogados João Pereira Neto e Agnete Campos Pereira, em favor de Carlos Roberto de Oliveira, contra ato do Juiz Federal Substituto da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Governador Valadares/MG.

Narra, para tanto, que o paciente encontra-se preso em flagrante desde o dia 20/09/2010, quando agentes federais arrecadaram em seu poder duas páginas de passaporte e duas folhas com dados pessoais de terceiros, e, após, deslocaram-se até a residência do paciente, onde também arrecadaram outros documentos (fl. 3).

Alega, em síntese, que:

- não foi constatado qualquer tipo de adulteração nos documentos apreendidos, inexistindo qualquer vestígio de ilegalidade nos mesmos, não havendo que se falar em suspeita de prática ilícita de adulteração de passaportes e recepção de documentos (fl. 3);

- a declaração de Kamilla Gomes de Oliveira, pessoa idônea, é prova suficiente de que o paciente exerce ocupação laboral lícita, haja vista ser o paciente autônomo (fls. 3/4);

- a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória não traz elementos que justifiquem a manutenção do paciente na prisão, pois não resta demonstrado que, esperando o julgamento em liberdade, voltará a praticar qualquer outro delito, trará prejuízo à paz social e à ordem pública e econômica, além de não estar evidenciada a possibilidade de o paciente atrapalhar a instrução processual ou frustrar possível cumprimento de execução penal (fl. 4);

- resta configurada a falta de justa causa para a continuidade da segregação e a violação da garantia constitucional do direito à liberdade,

configurando constrangimento ilegal em desfavor do paciente (fls. 4 e 8);

- o magistrado não pode basear-se apenas em analogias com fatos semelhantes, mas deve demonstrar a necessidade de se manter o cárcere sobre a realidade de cada caso (fl. 5);

- a gravidade do crime em si não é circunstância autorizadora da custódia preventiva - art. 312 do CPP (fl. 7);

- a Lei 11.464/2007 faculta o deferimento de liberdade provisória até mesmo nos crimes hediondos ou equiparados, e o paciente preenche os pressupostos jurídicos que autorizam a concessão do pedido ora formulado, pois, apesar de possuir anotações, é primário, possui residência fixa e ocupação laboral lícita (fl. 8).

Ao final, requer a concessão da ordem, expedindo-se a seu favor alvará de soltura, a fim de que solto possa se ver processar. Requer, ainda, o pálio da justiça gratuita (Lei 1.060/1950, fl. 9).

Negada a liminar, à fl. 18v, prestadas foram as informações (fls. 74/75), opinando a PRR 1ª Região pela denegação da ordem (fls. 71/73).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Das informações prestadas pela autoridade impetrada, destaco:

Senhor relator,

Em atendimento à ordem inserta no despacho proferido nos autos do habeas corpus em epígrafe, apresso-me em prestar as seguintes informações:

* Participaram do julgamento o Exmos. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Angelo de Alvarenga Lopes (convocado).

Trata-se de liberdade provisória pleiteada pelo paciente, que foi preso em flagrante em 20/09/2010 pela suposta prática dos delitos previstos no art. 180, §§ 1º e 6º, e art. 297 do CP.

Não tendo sido devidamente instruído o pedido, determinou-se, por despacho proferido aos 22/09/2010, a juntada das certidões de antecedentes criminais (CAC) e folha de antecedentes criminais (FAC), ambas no âmbito federal, bem como a folha de antecedentes criminais (FAC), no âmbito estadual.

Juntados os documentos, este juízo proferiu decisão de indeferimento do pedido de liberdade provisória, a fim de garantir a ordem pública e por conveniência da instrução criminal, tendo em vista que os registros criminais constantes nas folhas de antecedentes apontam que em face do ora paciente há vários inquéritos instaurados ou em tramitação, pela suposta prática do mesmo delito ora objeto de apuração, qual seja, 297 do CP.

Outrossim, denota-se que foram apreendidos vários apetrechos comumente utilizados para a falsificação de passaportes na residência do paciente, reforçando a necessidade de manter-se custodiado para garantia da ordem pública.

Embora tenha juntado documento de que exerce a profissão de pintor, a fim de comprovar ocupação lícita, o fez exclusivamente baseado apenas na declaração de uma pessoa, o que, a princípio, não serve para comprovação inequívoca.

São essas as informações que tinha a prestar.

Coloco-me ao dispor de Vossa Excelência para outros esclarecimentos que se fizerem necessários. (fls. 74-75).

Já a decisão que indeferiu o pleito de liberdade provisória em favor do paciente foi exarada nesses termos:

Trata-se de pedido de liberdade provisória manejado por Carlos Roberto de Oliveira (...)

Aduziu, em síntese, que preenche os requisitos que autorizam a concessão da liberdade provisória, tendo em vista que possui residência fixa, ocupação laboral lícita, bem como, quanto aos antecedentes criminais, possui “anotações de conotações leves”. Sustentou, ainda, que, solto, não prejudicará o normal andamento da instrução processual e não frustrará possível execução da pena.

Instado a manifestar-se, o Ministério Público Federal opinou pelo indeferimento do pedido, alegando que: a) o requerente possui uma extensa ficha de antecedentes criminais, já tendo sido instaurados mais de seis procedimentos para apurar a prática do delito tipificado no art. 297 do Código Penal, além de responder a dois processos criminais pela prática do mesmo delito na Seção Judiciária de Minas Gerais; b) o requerente não trouxe provas cabais de que possui ocupação lícita, o que, por si só, já inviabiliza a concessão da liberdade provisória; c) foram encontrados na residência do acusado

vários instrumentos voltados à falsificação, o que demonstra que o mesmo faz do crime o seu meio de sustento, e, uma vez posto em liberdade, voltará a delinquir para manter o seu padrão de vida.

É o breve relato.

Decido.

Nos termos do art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, a concessão do benefício da liberdade provisória está adstrita à ausência dos requisitos ensejadores da prisão preventiva, elencados no art. 312 do mesmo Codex, quais sejam: sua necessidade para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Feitas tais considerações, entendo que razão assiste ao *parquet* Federal.

Extrai-se da folha de antecedentes criminais (fls. 30-33) que o acusado vem fazendo da prática do delito ora investigado o seu meio de vida. Com efeito, analisando-se a FAC do requerente, contata-se que já teve instaurado contra si diversos inquéritos policiais, nas cidades de Governador Valadares, Belo Horizonte e Rio de Janeiro, além de possuir processos em tramitação na Seção Judiciária de Minas Gerais, pela prática do mesmo delito ora objeto de apuração.

Além disso, conforme consta do auto de apreensão de fls. 13-17 do feito 9238-36.2010.4.01.3813 (Auto de Prisão em Flagrante), foram apreendidos em residência do requerente vários papéis e apetrechos, comumente utilizados para a falsificação de passaportes, dentre os quais: carimbos, passaportes em nome de terceiros, bilhetes de passagens aéreas, cartão de permanência nos Estados Unidos da América e vistos de países estrangeiros.

Lado outro, não há prova de ocupação lícita pelo requerente. A declaração feita à fl. 10 por Kamilla Gomes de Oliveira não se presta a tal desiderato, não constituindo prova de que o peticionário exerce profissão de pintor, pois que desacompanhada de qualquer elemento comprobatório da alegada ocupação.

Tenho, pois, que a manutenção da segregação cautelar do peticionário é imperativa à manutenção da ordem pública, havendo fundado indício de que, posto em liberdade, voltará a delinquir, além do que também se mostra conveniente à instrução criminal a manutenção do cárcere, facilitando, assim, o aprofundamento das investigações.

Posto isso, acolhendo o parecer do Ministério Público Federal, *indefiro o pedido de liberdade provisória.*

Cientifique-se a autoridade policial e o MPF.

Intime-se. (fls. 62-64).

Isso estabelecido, passo à análise do presente *writ*.

In casu, entendo que a ordem não deve ser concedida. Senão vejamos:

A manutenção da prisão em flagrante, espécie de prisão provisória, de natureza puramente processual, imposta com a finalidade cautelar, só se justifica, nos termos do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, se presentes os chamados pressupostos da prisão preventiva, quais sejam, o *fumus commissi delicti*, consistente na prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria (art. 312/CPP, *in fine*), e o *periculum in libertatis*, que tem por base a garantia da ordem pública ou da ordem econômica, ou a necessidade de assegurar a instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal (art. 312/CPP, primeira parte).

No presente caso, a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória do paciente encontra-se devidamente fundamentada, não merecendo reparos, já que aponta os motivos que dão supedâneo para a manutenção da segregação cautelar do paciente.

Alerto, ainda, para o fato de que a circunstância de ser o ora paciente primário, bem como ter residência fixa não afasta a possibilidade da manutenção da custódia cautelar em seu desfavor, se presentes as condições e requisitos para tanto necessários, na forma do estabelecido no art. 312 do Código de Processo Penal. Mister ressaltar que não foram juntados aos autos documentos hábeis a comprovar a alegação de que o paciente tem profissão definida. Nessa esteira, destaco o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

Direito Processual Penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Decisão fundamentada. Garantia da ordem pública. Denegação da ordem.

I. Possível constrangimento ilegal sofrido pelo paciente devido à ausência dos requisitos autorizadores para a decretação de sua prisão preventiva.

II. Diante do conjunto probatório dos autos da ação penal, a manutenção da custódia cautelar se justifica para a garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

III. Como já decidi esta Corte, “a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos” (HC 84.658/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 03/06/2005), além de se caracterizar “pelo perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação” (HC 90.398/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 18/05/2007). Outrossim, “a garantia da ordem pública é representada pelo imperativo de se impedir a reiteração das práticas criminosas, como se verifica no caso sob julgamento. A garantia da ordem pública se revela, ainda, na necessidade de se assegurar a credibilidade das instituições públicas quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal” (HC 98.143, de minha relatoria, DJ 27/06/2008).

IV. A circunstância de o paciente ser primário, ter bons antecedentes, trabalho e residência fixa, à evidência, não se mostra obstáculo ao decreto de prisão preventiva, desde que presentes os pressupostos e condições previstas no art. 312 do CPP (HC 83.148/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ 02/09/2005).

V. *Habeas corpus* denegado.

(STF, HC 96579, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe-113, 19/06/2009.)

Tampouco há que se falar em violação ao inciso LXVI da Constituição (“ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”). Ao paciente, preso em flagrante delito (fls. 38-42), foram imputados os delitos previstos nos arts. 180, §§ 1º e 6º, e 297, ambos do Código Penal. Os mencionados delitos ainda são considerados, no direito penal pátrio, crimes dolosos, punidos com reclusão, aplicando-se, no caso em tela, o previsto no art. 313, I, do CPP.

Noutro giro, os demais argumentos trazidos pelos impetrantes, quanto à materialidade dos delitos em comento (fl. 3), não são cabíveis na via escolhida, pois demandam ampla dilação probatória.

Quanto ao pleito de assistência judiciária gratuita, indefiro-o, uma vez que, em *habeas corpus*, não há previsão de custas.

À vista do exposto, denego a ordem, tendo por não configurado o dito constrangimento ilegal.

É o voto.

Quinta Turma

Numeração única: 0000723-81.2005.40.1.3200

Apelação/Reexame Necessário 2005.32.00.000725-1/AM

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida
Apelante: Fundação Universidade do Amazonas – FUA
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Apelado: James César de Alencar
Defensora: Defensoria Pública da União
Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara – AM
Publicação: e-DJF1 de 22/11/2010, p. 242

Ementa

Responsabilidade civil. Dano moral. Participação no Enade. Aluno não inscrito. Colação de grau. Possibilidade. Conduta do formando. Dano moral afastado.

I. O descumprimento da participação no Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes – Enade não pode ensejar óbice à conclusão de curso, posto que totalmente desproporcional ao dever inadimplido e sem qualquer previsão legal específica. Precedentes desta Corte.

II. Não resta configurado o dano moral alegado, uma vez que os percalços acadêmicos sofridos pelo autor também decorreram de sua própria conduta de postergar uma ação efetiva para reverter a situação da ausência de participação no Enade, seja na esfera administrativa ou judicial.

III. A obrigatoriedade da Universidade em proceder à inscrição dos finalistas no Enade não isenta o aluno da obrigação de acompanhar o processo, de realizar a prova ou mesmo solicitar as retificações necessárias, principalmente pelo fato da divulgação das listas ocorrer muito antes da data de realização do exame.

IV. Apelação da FUA provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 08/11/2010.

Desembargadora Federal *Selene Almeida*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — Trata-se de apelação interposta pela Fundação Universidade do Amazonas – FUA em face de sentença que, proferida nos autos de ação ordinária ajuizada por James César Alencar Auzier, confirmou a liminar deferida para determinar a colação de grau no curso de Educação Física e julgou procedente o pedido de indenização por danos morais decorrentes da não inclusão de seu nome na relação de alunos aptos à realização do Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes – Enade, condenando-a ao pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Sustenta que o alegado prejuízo acadêmico porventura ocorrido não foi causado por omissão da administração, mas sim, por omissão do próprio apelado que assumiu conduta de total descaso em todas as etapas do exame amplamente divulgado, culminando na sua exclusão.

Afirma que a obrigatoriedade da universidade em proceder à inscrição dos finalistas no Enade não isenta o aluno da obrigação de acompanhar o processo, de realizar a prova ou mesmo solicitar as retificações necessárias, principalmente pelo fato da divulgação das listas ocorrer muito antes da data de realização do exame.

Alega que a conduta omissiva da apelante, causadora de danos ao apelado pelo desgaste psicológico, aflição e incerteza do futuro, não restou comprovada nos autos, até porque, logo após o ocorrido, o mesmo obteve junto ao MEC a dispensa do exame em questão.

Requer a reforma da sentença para julgar improcedente o pedido.

Contrarrazões do autor às fls. 150-155.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — O autor ajuizou a presente ação objetivando o direito à colação de grau no curso de Educação Física e a condenação em danos morais em vista da inércia da instituição de ensino que não o inscreveu junto ao Inep para a realização do Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes – Enade.

A sentença recorrida restou assim fundamentada:

(....)

In casu, ausente o interesse de agir, tendo em vista que a pretensão consubstanciada na colação de grau no curso de Educação Física foi satisfeita, não se fazendo útil ao processo provimento judicial nesse sentido, razão pela qual, nesse ponto, julgo extinto o processo sem a análise do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

No que se refere aos danos morais advindos da alegada omissão por parte da Administração, assiste razão ao autor.

(....) da análise dos documentos acostados aos autos resta suficientemente demonstrado o nexo de causalidade entre a omissão da Instituição de Ensino Superior em inscrever o autor junto ao Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – Inep e o não recebimento do certificado de conclusão pela impossibilidade de colação de grau, que consubstancia o prejuízo resultante do fato lesivo a ensinar a reparação pelo dano moral.

Estreme de dúvidas que o fato lesivo originou-se da ação de agente público, uma vez que o autor James César de Alencar Auzier encontrava-se apto a submeter-se ao Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes – Enade/2004, conforme a documentação trazida aos autos e das alegações formuladas pela ré, que a ele atribuiu culpa pela não efetivação da inscrição.

Ora, consoante destacado na decisão que deferiu o pedido de tutela antecipada (fls. 84-86), a responsabilidade pela inscrição junto ao Inep dos estudantes habilitados a participarem do Enade é da instituição de educação superior, conforme as disposições do art. 5º, § 6º da Lei 10.861/2004 e art. 27 da Portaria 2.051/2004, não tendo a FUA comprovado que efetivou a inscrição do autor, tampouco apresentado elementos concretos que impusessem tal responsabilidade ao aluno, a ponto de transferir a responsabilidade do ato para o acadêmico.

O dano suportado pela omissão da Administração é evidente, porquanto o autor ficou privado do exercício de sua profissão desde a colação de grau, realizada no dia 22 de fevereiro de 2005 (fl. 30), até, pelo menos, 1º de junho de 2005, data da edição da Portaria 1.862 do Ministro de Estado da Educação (fls. 91-93), que o dispensou do Enade/2004.

Dessa forma, impõe-se a responsabilização da ré pelos prejuízos de ordem moral impingidos ao autor em razão da omissão de seus agentes em inscrevê-lo para a realização do exame, o que retardou o recebimento de seu diploma e, por conseguinte, sua entrada no mercado de trabalho para a consecução das atividades para as quais empreendeu estudos.

Acerca da responsabilização do Estado por danos morais advindos da ação ou omissão de seus agentes, permita-se trazer à colação os seguintes julgados:

Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Dano moral provocado por funcionário público. Responsabilidade objetiva.

I. A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por danos provocados por seus prepostos a terceiros é objetiva, cabendo-lhe indenizar se for verificado o nexo causal entre o evento danoso e o ato do agente (art. 37, § 6º, CF).

II. Recurso especial não conhecido.

(REsp 798801/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 21/02/2006, DJ 22/03/2006, p. 163)

Processual Civil. Ação de indenização. Dano moral. Fixação do valor. Princípio da razoabilidade.

I. Os conceitos tradicionais de dano moral foram revistos e devem ser interpretados pela ótica da Constituição de 1988. Assim, o Homem encontra-se no vértice do ordenamento jurídico da Nação, que fez dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos.

II. A Constituição Federal, no inciso III, do seu artigo primeiro consagrou a dignidade humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito.

III. Como estamos diante de um sistema, a fixação do dano moral, também não deve se afastar

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus e o Exmo. Sr. Juiz Federal David de Wilson Abreu Pardo (convocado).

dos princípios constitucionais que a norteiam. E, no caso concreto, deve-se levar em conta o princípio da razoabilidade que significa a vedação de imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior ou desmesurada.

IV. Em casos similares ao dos autos, de inscrição indevida do nome do pretense devedor em cadastro de inadimplentes, na hipótese sub judice, pela devolução de cheque, por motivo de conta encerrada, emitido pelo apelado, no valor de R\$ 45,00, a Terceira e a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça têm fixado a indenização por danos morais em valor equivalente a cinquenta salários-mínimos. REsp 687035/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 16/05/2005, p. 364; REsp 595170/SC, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 14/03/2005, p. 352; REsp 295130/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 04/04/2005, p. 298; AgRg no Ag 562568/RS, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 07/06/2004, p. 224.

V. Apelo da CEF provido.

(AC 1999.38.00.018364-6/MG, rel. Juiz Federal Ávio Mozar José Ferraz de Novaes (convocado), Quinta Turma, DJ, p.142, de 06/03/2006.)

Como bem professou o eminente civilista Caio Mário da Silva Pereira, quando se cuida de dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: 'caráter punitivo', para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o 'caráter compensatório' para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.

A respeito, merece transcrição a excelente colocação do Dr. Euclides Alcides Rocha, *verbis*:

"A fixação do prejuízo moral para efeito de composição do dano é tarefa de extrema complexidade. No entanto, deve ser levado em conta o nível das pessoas envolvidas, suas possibilidades econômicas, a gravidade da ofensa e a própria valoração individual e íntima que cada um atribui aos predicados de sua personalidade. Desta maneira, o magistrado ao sentenciar deve se arrogar o poder de arbitrar o *pretium doloris*" (o dano moral e a justiça do trabalho, publicado pela Revista IOB, 1ª quinzena de julho/1996, p. 228.)

De igual modo, abordando situações semelhantes ao caso destes autos, é de se observar as seguintes decisões:

"A reparação do dano moral deve adotar a técnica do quantum fixo. Apelo provido" (TJRJ 1ª C – AP. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito – J. 19/11/1991 – RDP 185/198).

"Assim tal paga em dinheiro deve representar para a vítima uma satisfação igualmente moral ou, que seja, psicológica, capaz de neutralizar ou anestesiar em alguma parte o sofrimento impingido... A eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão, para proporcionar a tal satisfação em justa medida, de modo que tampouco signifique

um enriquecimento sem causa da vítima, mas está também em produzir no causador do mal, impacto bastante para dissuadi-lo de igual e novo atentado. Trata-se, então, de uma estimação prudência". (Apelação 113.190-1, rel. Des. Walter Moraes).

Posto isso, observa-se que se deve dar ao requerente uma compensação, uma satisfação pelo sofrimento que experimentou com a ação indevida da ré. Tal nada mais é do que uma contrapartida do mal sofrido, com caráter satisfativo, para o lesado e punitivo para a requerida, causadora do dano, para que se abstenha de realizar essa conduta lesiva.

Demais a mais, observa-se que a quantificação do dano moral deve atender a critérios como a extensão do dano, a condição do causador do dano e a da vítima, bem como atentar para o aspecto pedagógico da indenização, isto é, deve ser tal que sirva de advertência para que o causador do dano e seus congêneres se abstenham de praticar tais atos.

Assim, na fixação da indenização a esse título, *recomendável que o arbitramento seja feito com moderação*, proporcionalmente ao nível sócio-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.

Nesse sentido, colha-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Processual Civil. Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Danos morais. Prisão ilegal. Cabimento. Quantum indenizatório. Valor excessivo. Redução da condenação.

I. A indenização a título de danos morais deve ser estabelecida em termos razoáveis.

II. A indenização não pode ser instrumento de enriquecimento indevido. Contudo, deve ser suficiente para desestimular aquele que causou o dano, no sentido de que não venha a provocá-lo novamente.

III. Recurso especial provido.

(REsp 334781/PR, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 03/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 225.)

Diante disso, afasta-se da razoabilidade a pretensão de condenação da ré à quantia de 10 (dez) salários-mínimos mensais, contados do momento da omissão, uma vez que desprovida de qualquer fundamento concreto, razão pela qual entendo compensatório e apto à satisfação do prejuízo o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Por todas as razões expendidas e, considerando, ainda, a sedimentada jurisprudência dos Tribunais Superiores a respeito do tema, *julgo procedente o pedido e defiro* a indenização relativa aos danos morais, a qual fixo em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com a incidência de juros de mora no importe de 1% am (um por cento ao mês), e correção monetária nos índices constantes do Manual de

Orientação de Procedimentos para os cálculos da Justiça Federal, contados da data do efetivo prejuízo, ou seja, a partir do momento em que o autor deixou de colar grau.

O Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes – Enade objetiva avaliar a qualidade da educação superior do País, por meio da verificação dos conhecimentos gerais transmitidos pela Instituição de Ensino Superior – IES.

O dispositivo legal que determina a inclusão do Enade como componente curricular obrigatório dos cursos de graduação deve ser interpretado de forma finalística, considerando o objetivo maior da avaliação.

A necessidade de inscrição no histórico escolar da situação do estudante, mediante certificação de efetiva participação no exame ou de dispensa oficial pelo Ministério da Educação (§ 5º do art. 5º da Lei 10.861/2004), visa apenas compelir aquele que fora convocado a colaborar com o Poder Público no procedimento de avaliação do ensino nacional. Todavia, o descumprimento de tal obrigação não pode ensejar óbice à conclusão de curso, posto que totalmente desproporcional ao dever inadimplido e sem qualquer previsão legal específica.

Nesse sentido, confira-se:

Administrativo. Mandado de segurança. Ensino superior. Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes – Lei 10.861/2004. Expedição de diploma.

I. Embora a participação no Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes (Enade), instituído pela Lei 10.861/2004, seja componente curricular obrigatório dos cursos de graduação (art. 5º, § 5º), a referida lei, ao contrário do que ocorria com o exame previsto no revogado art. 3º da Lei 9.131/1995 (Exame Nacional de Cursos), não estabelece seja ela condição prévia para a obtenção do diploma.

II. Hipótese, ademais, em que o impetrante concluiu todos os créditos necessários ao término do curso, e a sua não participação no exame deve-se ao fato de a instituição de ensino superior não ter feito a sua inscrição no Inep.

III. Apelação e remessa oficial às quais se nega provimento.

(AMS 2009.35.00.008181-0/GO, rel. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Sexta Turma, e-DJF1, p.174, de 1º/02/2010.)

Ensino superior. Não participação do Enade – Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes. Impetrante enferma na data da realização da prova. Circunstâncias alheias à vontade da impetrante. Colação de grau. Possibilidade.

I. “A não participação do estudante no Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes, em face de circunstâncias alheias à sua vontade, não impede

a colação de grau nem a expedição do diploma”. Precedentes do STJ. (AMS 2005.32.00.005548-9/AM, rel. Juiz Federal Marcelo Albernaz (conv), Quinta Turma, DJ de 04/05/2006, p. 41.)

II. Afigura-se ilegal impedir a colação de grau da impetrante, bem como negar-lhe a expedição do respectivo diploma, ao argumento de não participação no Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes – Enade, uma vez que consta dos autos que a mesma concluiu regularmente o curso de Licenciatura em História (fl. 37), encontrando-se enferma na data da realização da prova, o que a impediu de participar do exame em referência.

III. Remessa oficial improvida.

(REOMS 2009.33.00.000723-4/BA, rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, e-DJF1, p.186, de 17/07/2009.)

No entanto, ao compulsar os autos, observa-se que o autor somente não obteve a liminar pretendida a tempo de colar grau juntamente com a turma que pretendia, haja vista, ter ajuizado a presente ação na mesma data do evento, precisamente às 9:23 horas, verificando-se, por conseguinte, a ausência dos requisitos autorizadores para a concessão do pleito. Nesse sentido, a decisão de fls. 30-31, proferida pelo Juízo *a quo*, em 22 de fevereiro de 2005:

Cumpra observar haver sido ajuizada esta ação na data de hoje, às 9:23 horas, com informação de que a colação de grau dar-se-á nesta mesma data (fl. 30).

Desta feita, dentro do juízo preambular possível de ser efetuado neste curtíssimo espaço de tempo, verifico a ausência dos requisitos autorizadores para a concessão do pleito liminar pretendido pelo autor.

Em que pese o cumprimento completo da carga horária e créditos do curso de Educação Física, resta, em exame preliminar, evidenciado que o autor encontra-se impossibilitado de colar grau, em razão de não ter realizado o Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes (fl.19).

Em que pese sua alegação de responsabilidade precípua da Universidade Federal do Amazonas em inscrevê-lo no aludido teste, não se pode olvidar também a inafastável responsabilidade e interesse do próprio autor. Impende observar que a realização do Enade, segundo consta na inicial, teve lugar em 7 de novembro de 2004, sendo lógico supor que se não pôde participar naquela data da prova, poderia ver comprometida sua colação. Em razão disso, cabia-lhe instar sua instituição de ensino superior e, inclusive, o poder Judiciário, sobre, no mínimo, a efetivação ou não de sua inscrição a tempo e as razões de não ter sido inscrito.

Observo, ainda, não restar evidenciado, de plano o receio de dano irreparável, nos termos

do art. 273, I, CPC. O autor não deixou evidente a existência de prejuízo decorrente de data fatal para apresentação do diploma, de modo que se faça necessária a realização incontinenti da colação de grau. Nesta oportunidade, saliento a possibilidade de colação especial, ou seja, poderá o autor, preenchidas as condições necessárias, receber o grau de licenciado em Educação Física a qualquer tempo.

E foi o que ocorreu. Pela decisão de fls. 84-86, proferida em 23 de junho de 2005, após a análise da contestação apresentada pela Universidade, foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela para determinar à Universidade o reconhecimento o direito do autor de colar grau independentemente da participação no próximo Enade, ou seja, apenas 4 (quatro) meses depois, prazo relativamente curto se considerarmos o tempo em que o autor permaneceu na IES, que foi de 12 (doze) anos.

Dessa forma, não resta configurado o dano moral alegado, uma vez que os percalços acadêmicos

sofridos pelo autor também decorreram de sua própria conduta de postergar uma ação efetiva para reverter a situação da ausência de participação no Enade, seja na esfera administrativa ou judicial. Como afirmou a recorrente, a obrigatoriedade da Universidade em proceder à inscrição dos finalistas no Enade não isenta o aluno da obrigação de acompanhar o processo, de realizar a prova ou mesmo solicitar as retificações necessárias, principalmente pelo fato da divulgação das listas ocorrer muito antes da data de realização do exame.

Pelo exposto, dou provimento à apelação para afastar a condenação por danos morais imposta na sentença de primeiro grau, julgando improcedente o pedido.

É como voto.

Sexta Turma

Numeração única: 0000083-94.2005.4.01.4100

Apelação Cível 2005.41.00.000102-3/RO

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Apelante: Cimal Comércio e Indústria de Madeiras Ltda.
Advogados: Dr. José Assis dos Santos e outros
Apelado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Publicação: e-DJF1 de 06/12/2010, p. 191

Ementa

Administrativo. Ambiental. Auto de infração. Falta de especificação, na Autorização para Transporte de Produtos Florestais (ATPF), do número da nota fiscal e da data do carregamento. Ilegalidade. Precedente do Tribunal. Lei 9.605/1998, art. 46. Tipificação de crime ambiental. Possibilidade de aplicação de penalidade pela Administração, consoante entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça.

I. A falta de preenchimento do número da nota fiscal na ATPF referente à carga de madeira transportada constitui vício insanável, ante a possibilidade de ocorrência de fraude, especialmente no caso, em que a autora não apresentou a correspondente nota fiscal em nenhum momento. Precedente do Tribunal.

II. A mais recente orientação do Superior Tribunal de Justiça superou o entendimento de que o art. 46 da Lei 9.605/1998, por tipificar crime cometido contra o meio ambiente, somente poderia ser aplicado por juiz criminal, após regular processo penal.

III. Segundo esse entendimento, o mencionado art. 46, mesmo que se refira a um tipo penal, combinado com o art. 70 da Lei 9.605/1998, confere toda a sustentação legal necessária à imposição da pena administrativa, não se podendo falar em violação do princípio da legalidade estrita.

IV. Sentença mantida.

V. Apelação desprovida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 19/11/2010.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro:
— Trata-se de ação sob o procedimento ordinário proposta por Cimal Comércio e Indústria de Madeiras Ltda. contra o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), objetivando a declaração de nulidade de auto de infração.

Expõe, quanto aos fatos, que transportava carga de madeira em tora composta por 6 m³ de roxinho, “faveiro ferro – 7 m³, tauari – 8 m³, tamarindo – 9 m³, cumaru ferro – 4m³” (fl. 4), razão pela qual foi lavrado o impugnado auto de infração sob o entendimento de falta de licença válida, uma vez que os campos 17 e 19 da Autorização para Transporte de Produtos Florestais (ATPF) 6417841 não haviam sido preenchidos.

Aduz que o auto de infração é inverídico, visto que possuía licença válida para o transporte de madeira, não podendo ser tomada como causa de invalidade da referida ATPF, a falta de preenchimento dos campos 17 (número da nota fiscal do produtor) e 19 (data do carregamento) que, segundo entende, não dá ensejo a nenhum dano ao meio ambiente, constituindo erro de tipificação a subsunção do fato ao disposto no art. 46 da Lei 9.605/1998.

A sentença (fls. 55-59), da lavra do ilustre Juiz Federal Substituto Karley Correa da Silva, da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Rondônia, julgou improcedente o pedido, à consideração, em síntese, de que a falta dos dados não preenchidos, ao contrário do que pretende fazer crer a requerente, “não constitui somente mero erro de preenchimento do documento, mas torna inválida a referida licença, por serem os referidos dados essenciais para o controle dos produtos florestais” (fl. 57).

Apela a autora (fls. 64-74), buscando a reforma total da sentença, ao fundamento, em síntese, de que, na conformidade do art. 3º, § 3º, da Portaria 44-N/1993, o campo 17 somente será preenchido nos casos de obrigatoriedade de emissão de documento fiscal, determinado pelo órgão estadual competente, não havendo necessidade de preenchimento do campo 19, em razão do vínculo existente entre ambos.

Assegura, com fundamento em diversos precedentes jurisprudenciais, que a falta de

preenchimento dos referidos campos constitui apenas irregularidade e não a invalidade da ATPF.

Afirma que a aplicação do art. 46, parágrafo único, da Lei 9.605/1998, somente pode ser feita pelo Poder Judiciário por se referir a conduta definida como crime e não a infração administrativa.

O apelado ofereceu contrarrazões (fls. 81-83).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — A ora apelante foi autuada pela fiscalização do Ibama por transportar toras de madeira descritas no Auto de Infração 199284 (fl. 18) sem o correto preenchimento da Autorização de Transporte de Produtos Florestais (ATPF).

Ao julgar improcedente o pedido, o julgador *a quo* expendeu os seguintes fundamentos (fls. 56-59):

No caso, não assiste razão ao autor em suas alegações.

Com efeito, o auto de infração questionado reveste-se de presunção de legitimidade, que somente pode ser elidida mediante prova robusta a ser produzida por quem alega nulidade, o que não ocorreu nos autos, eis que a sociedade empresarial autora não trouxe nenhum elemento capaz de afastar tal presunção.

A afirmação da requerente de inexistir previsão legal para autuação, no caso em concreto, não merece prosperar, porquanto o preceito que deu origem à autuação encontra-se descrito no art. 46, parágrafo único, da Lei 9.605/1998, *verbis*:

“Art. 46. Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento:

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian e o Exmo. Sr. Juiz Federal César Jatahy Fonseca (convocado).

Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, tem em depósito, transporta ou guarda madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, *sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente.*” (Destaquei)

Ora, conforme se verifica do documento de fl. 18, a autora foi autuada por *“transportar madeira em tora (Roxinho = 6m³, Faveira Ferro = 7 m³, Tavari = 8 m³, Tamarindo = 9 m³, Caramuru-Ferro = 4 m³) sem licença válida, campos 17 e 19 em branco (ATPF 6417841).”*

De fato, a ATPF, constante à fl. 40, demonstra que os campos de fls. 17 e 19, que tratam, respectivamente do “número do documento fiscal” e da “data de emissão da autorização (data do carregamento)”, não se encontram preenchidos. Ao contrário do que pretende fazer crer a requerente, tal fato não constitui somente mero erro de preenchimento do documento, mas torna inválida a referida licença, por serem os referidos dados essenciais para o controle dos produtos florestais.

Não é por outra razão que a Portaria 44-N, de 06/04/1993, que dispõe sobre a autorização para transporte de produto florestal – ATPF, estabelece:

“Art. 1º A ATPF, conforme modelo apresentado no anexo I da presente Portaria, representa a licença indispensável para o transporte de produto florestal de origem nativa, inclusive o carvão vegetal nativo.

(...)

Art. 3º . A ATPF será devidamente preenchida, conforme instrução contida no verso das vias e com os dados constantes do documento fiscal de origem (de produtor, avulsa ou de entrada, quando for o caso), e com as respectivas características do produto transportado. (Destaquei)

Por outro lado, a alegação da requerente no sentido de que as disposições do art. 46 da Lei 9.605/1998 descrevem condutas definidas como crimes, cuja aplicação somente pode ser realizada pelo Poder Judiciário, não procede, uma vez que tal dispositivo legal antes de descrever um ilícito penal configura também infração administrativa.

Isto é assim porque a autuação resulta da mera prática de infração ambiental não importando se penal ou administrativa, conforme estabelece o art. 25 da Lei 9.605/1998:

Art. 25 – Verificada a infração, serão apreendidos seus produtos e instrumentos, lavrando-se os respectivos autos.

Ademais, consoante o art. 70, *caput* da Lei 9.605/1998:

Art. 70 – *Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.*

De forma que, em havendo infração, o § 1º do art. 70 da mencionada lei preceitua que são autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – Sisnama, designados para as atividades de fiscalização.

Note-se que, havendo infração administrativa, a referida Lei não apenas autoriza a autuação promovida pelo Ibama como, dentre outras sanções administrativas, a imposição de multa, conforme estabelece o seu art. 72, a seguir transcrito:

Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:

I – advertência;

II – multa simples;

III - multa diária;

IV – apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;

(...)

Por sua vez, o Decreto 3.179/1999, que regulamenta a Lei Ambiental, assim estabelece:

Art. 32. Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento:

Multa simples de R\$ 100,00 (cem reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais), por unidade, estéreo, quilo, mdc ou metro cúbico.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas multas, quem vende, expõe à venda, tem em depósito, transporta ou guarda madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente.

Assim, permanece a integral validade da autuação praticada pela Administração, razão pela qual não procedem os argumentos apresentados pela autora.

A sentença recorrida encontra ressonância no entendimento jurisprudencial dominante neste Tribunal, como se colhe do aresto a seguir transcrito:

Administrativo. Ambiental. Auto de infração. Ausência de especificação, na ATPF, do número da nota fiscal. Ilegalidade.

I. A simples ausência de preenchimento do campo destinado a indicação da unidade de federação, na Autorização para Transporte de Produto Florestal – ATPF, constitui mera irregularidade, uma vez que o campo destinado ao Município foi devidamente preenchido.

II. O mesmo não ocorre com relação à omissão na indicação do número da nota fiscal, relativo à madeira que se está acobertando, que se mostra imprescindível, uma vez que possibilitaria a ocorrência de fraude. Com efeito, caso não houvesse, durante a trajetória do produto até o seu destino final, qualquer ação fiscalizatória por parte do Ibama, a autorização poderia ser utilizada novamente, com base no mesmo ou em outro documento fiscal.

III. “A ausência de especificação do número da nota fiscal relativa ao produto transportado na Autorização para Transporte de Produto Florestal – ATPF –, além de implicar severas dificuldades à atividade fiscalizatória, faculta a ocorrência de fraudes e, em consequência, a degradação do meio ambiente” (STJ, REsp 985174/MT, rel. Min. Denise Arruda, DJe de 12/03/2009).

IV. Apelação e remessa oficial providas para denegar a segurança.

(AC 2004.36.00.004673-8/MT. Rel. Des. Federal Fagundes de Deus – e-DJF1, de 21/05/2010, p. 78.)

Merece ser destacado que, no caso, a autora não se preocupou em apresentar a nota fiscal referente à madeira transportada e que deveria acompanhar a ATPF. Veja-se que no momento oportuno, quando o magistrado *a quo* fixou prazo para especificação de provas (fl. 49), a demandante limitou-se a informar que não possuía “outras provas, além das constantes nos autos” (fl. 51).

Ademais, está superado o ponto de vista, segundo o qual, o art. 46 da Lei 9.605/1998, por tipificar crime cometido contra o meio ambiente, somente poderia ser aplicado por juiz criminal, após regular processo penal.

A mais recente orientação do Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria é no sentido de que, mesmo que se refira a um tipo penal, o art. 46 da Lei 9.605/1998, combinado com o disposto no art. 70 da mesma Lei, confere toda a sustentação legal necessária

à imposição da pena administrativa, não se podendo falar em violação do princípio da legalidade estrita.

É o que se vê no julgado que a seguir transcrevo:

Administrativo. Auto de infração. Depósito de grande quantidade de madeira sem a correspondente Autorização de Transporte de Produto Florestal – ATPF. Ilegalidade.

I. Viola o princípio da legalidade a aplicação de penalidade fundamentada em portaria expedida pela autoridade administrativa uma vez que somente a lei pode descrever infrações e cominar penas. (REO 2000.01.00.065938-0/MG, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1, p. 462, de 29/10/2009.)

II. O Superior Tribunal de Justiça decidiu (REsp 985.174/MT, DJe de 12/03/2009) que o parágrafo único do art. 46 da Lei 9.605/1998 classifica como crime ambiental a venda, a exposição a venda, o depósito, o transporte ou a guarda de madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente. Entretanto, ainda que se refira a um tipo penal, a norma em comento, combinada com o disposto no art. 70 da Lei 9.605/1998, confere toda a sustentação legal necessária à imposição da pena administrativa, não se podendo falar em violação do princípio da legalidade estrita.

III. O parágrafo único do art. 32 do Decreto 3.179/1999, combinado com os arts. 70 e 72 da Lei 9.605/1998 respaldam as multas impostas à apelante, por armazenar madeira sem a cobertura de ATPF, porquanto, o decreto em questão rege a punição já estabelecida em lei.

IV. Apelação da autora improvida.

(AC 0000148-30.2002.4.01.3701/MA. Rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida. e-DJF1, de 30/07/2010, p. 113)

De todo o exposto, entendo que a sentença não está a merecer reparo, razão pela qual nego provimento à apelação, para manter o *decisum*, nos termos em que proferido.

É o meu voto.

Sétima Turma

Numeração única: 0005452-30.2008.4.01.3400

Apelação Cível 2008.34.00.005492-0/DF

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca
Apelante: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
Apelado: Frutty Refrigerantes Ltda.
Advogados: Dr. Jarles de Souza Costa e outros
Publicação: e-DJF1 de 19/11/2010, p. 638

Ementa

Processual Civil e Constitucional. Habeas data. Quebra de sigilo bancário. Não comprovação de recusa a acesso a registros públicos. Falta de interesse de agir. Extinção sem julgamento do mérito.

I. A questão a ser considerada diz respeito ao direito do impetrante, supostamente assegurado por *habeas data*, em tomar conhecimento de toda sua situação perante a Receita Federal, inclusive no tocante a possíveis créditos tributários, com a finalidade de pleitear a repetição de indébito.

II. O objeto da pretensão do impetrante discrepa inteiramente do fim a que se presta o *habeas data*, ou seja, não se enquadra nas hipóteses do art. 5º, LXXII, *a* e *b*, da CF/1988, a qual assegura, por meio de *habeas data*, a retificação de dados relativos ao impetrante, constantes de registros públicos ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público.

III. Sob esta perspectiva, pode-se dizer que, no caso em comento, o *habeas data* não é a via adequada à pretensão do impetrante, de modo que merece reforma a sentença que concedeu o *habeas data*, para determinar à autoridade coatora que forneça ao impetrante as informações referentes aos tributos e contribuições federais por ela recolhidos, no período de janeiro de 1991 a dezembro de 2001.

IV. Nesse diapasão,

– *A Administração Pública, em geral, e a Fazenda Nacional, em particular, não estão obrigadas a produzir e a expor dados técnicos-contábeis que já estão, ou deveriam estar, na esfera de cognição do autor, sendo irrelevante que se refiram ao Sincorp/Contacorpj, uma vez que esses sistemas são alimentados por dados que servem ao desempenho institucional daquele Órgão de Governo.*

– *Pretendendo a contribuinte o fornecimento de informações sobre todos os pagamentos de tributos e contribuições federais, incluídos os que teriam sido pagos a maior ou indevidamente, registrados na Receita Federal, dados que não podem ser transmitidos a terceiros e são de uso privativo do órgão no exercício das suas atribuições institucionais, mesmo porque, devem constar, obrigatoriamente, dos seus livros fiscais (Código Tributário Ação” (AHD 200438010004030. Rel. Des. Federal Catão Alves, e-DJF1 de: 07/11/2008, p. 432).*

V. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, providas. Segurança denegada.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 09/11/2010.

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — Cuida-se de apelação interposta pela Fazenda Nacional em face de sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal da 16ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que concedeu o *habeas data*, para determinar à autoridade coatora que forneça à impetrante as informações referentes aos tributos e contribuições federais por ela recolhidos, no período de janeiro de 1991 a dezembro de 2001 (fls. 47-53).

Em suas razões, alega que o *habeas data* é remédio constitucional que garante ao impetrante o direito às informações de caráter pessoal, “relativas à intimidade, à vida privada, a honra e à imagem da pessoa, direitos individuais específicos da personalidade” (fls. 63).

Acrescenta que “o que a impetrante pretende fazer é, ao arrepio da lei, criar uma inaceitável inovação nos procedimentos de ressarcimento/compensação de tributos, pois, segundo o art. 74 da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a redação dada pelo art. 49 da Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002, cabe ao próprio contribuinte apurar os créditos a serem restituídos e utilizados na compensação de tributos administrados pela RFB” (fls. 66). (fls. 60-70).

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — Pretende o impetrante “o deferimento, liminarmente, de ordem para que a autoridade coatora preste, por escrito, as informações requeridas na petição protocolada administrativamente, quais sejam, as anotações constantes em conta-corrente da impetrante, referentes aos pagamentos de tributos e contribuições federais do período de janeiro de 1991 até dezembro de 2001, constantes no Sincor (conta-corrente) com exata e precisa indicação de créditos não alocados (disponíveis), claro se existentes” (fls. 07-08).

Como se vê, a questão a ser considerada diz respeito ao direito da impetrante, supostamente assegurada por *habeas data*, em tomar conhecimento de toda sua situação perante a Receita Federal, especialmente no tocante a possíveis créditos tributários, com a finalidade de pleitear a repetição de indébito.

O pedido invoca os arts. 5º, XXXIII e LXXII, da Constituição Federal, e 7º, I, da Lei 9.507/1997.

Os arts. 7º e 8º da Lei 9507/1997 estabelecem:

Art. 7º Conceder-se-á *habeas data*:

I - para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

Art. 8º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil, será apresentada em duas vias, e os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda.

Parágrafo único. A petição inicial deverá ser instruída com prova:

I - da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão;

Já o art. 5º, inciso LXXII, da Constituição de 1988, assim dispõe:

LXXII - conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se preferir fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

Note-se que o objeto da pretensão da impetrante discrepa inteiramente do fim a que se presta o *habeas data*, ou seja, não se enquadra nas hipóteses do art. 5º, LXXII, *a* e *b*, da CF/1988, a qual assegura por meio de *habeas data* a retificação de dados relativos ao impetrante, constantes de registros públicos ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público.

Sob esta perspectiva, pode-se dizer que, no caso em comento, o *habeas data* não é a via adequada à pretensão da impetrante, de modo que merece reforma a sentença que concedeu o *habeas data*, para determinar à autoridade coatora que forneça à impetrante as informações referentes aos tributos e contribuições federais por ela recolhidos, no período de janeiro de 1991 a dezembro de 2001.

Nessa linha de raciocínio já se pronunciou esta eg. Corte, conforme ementa a seguir transcrita:

Tributário e Constitucional. Habeas data. Acesso a informações detidas pela secretaria da Receita Federal. Sistema de conta-corrente de pessoa jurídica-Sincor (ou Contacorpj). Descabimento da via processual utilizada. Hipótese em que não se configura “registro” ou “banco de dados” de informações de natureza pública para eventual

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves e Tolentino Amaral.

utilização de habeas data. Informações destinadas, instrumentalmente, ao uso interno do órgão fazendário no exercício da sua função institucional. Procedimento contábil-fiscal já inserido na esfera de conhecimento e atribuição da pessoa jurídica autora. Falta de interesse de agir. Carência da ação reconhecida. a) Recurso - Apelação em *Habeas Data*. b) Decisão de origem - Improcedência do pedido.

I. Por expressa opção legislativa, o conceito e a caracterização de “registro” ou de “banco de dados” de informações de natureza pública para eventual utilização de *Habeas Data* não se configura de forma ampla e difusa, mas, diversamente, encontra precisa delimitação nas hipóteses formalmente estabelecidas (Lei 9.507/1997, art. 1º, parágrafo único): a) que sejam ou possam ser transmitidas a terceiros; b) que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.

II. A Administração Pública, em geral, e a Fazenda Nacional, em particular, não estão obrigadas a produzir e a expor dados técnicos-contábeis que já estão, ou deveriam estar, na esfera de cognição do autor, sendo irrelevante que se refiram ao Sincorp/Contacorpj, uma vez que esses sistemas são alimentados por dados que servem ao desempenho institucional daquele órgão de Governo.

III. Pretendendo a contribuinte o fornecimento de informações sobre todos os pagamentos de tributos e contribuições federais, incluídos os que teriam sido pagos a maior ou indevidamente, registrados na Receita Federal, dados que não podem ser transmitidos a terceiros e são de uso

privativo do órgão no exercício das suas atribuições institucionais, mesmo porque, devem constar, obrigatoriamente, dos seus livros fiscais (Código Tributário Nacional, art. 113, § 2º), falta-lhe interesse de agir, pormenor que a torna *carecedora da ação*.

IV. Apelação denegada.

V. Sentença confirmada. Data da decisão (AHD 200438010004030. Rel. Des. Federal Catão Alves. e-DJF1 de 07/11/2008 p. 432).

Processual Civil. Habeas data. Informações tributárias de conta corrente do Sincor e Contacorpj. Inadmissibilidade do habeas data. Apelação não provida.

I. O *habeas data* não é ação própria para a obtenção de registros constantes de conta corrente do contribuinte junto à Receita Federal do Brasil (Sincor e Contacorpj), referentes a recolhimentos de tributos e contribuições federais, dados que devem ser arquivados pelo contribuinte, principalmente quando a pretensão é embasar eventual pedido de repetição/compensação tributária, se não demonstrada a ocorrência de caso fortuito ou força maior que a justifique.

II. Apelação a que se nega provimento.

(AC 2007.38.01.002750-0/MG, rel. Des. Federal Carlos Fernando Mathias, Oitava Turma, e-DJF1, p. 953 de 17/04/2009.)

Diante do exposto, dou provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta, para denegar a segurança. Sem honorários. Custas na forma da lei.

É o voto.

Oitava Turma

Numeração única: 0006421-84.2005.4.01.4100

Apelação Cível na Ação Civil Pública 2005.41.00.006448-7/RO

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente
 Apelante: Ministério Público Federal
 Procurador: Dr. Francisco Marinho
 Apelada: Fundação Universidade Federal de Rondônia – Unir
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Publicação: e-DJF1 de 19/11/2010, p. 810

Ementa

Tributário, Constitucional e Processual Civil. Ação civil pública. Majoração de taxa ou preço público para registro de diploma de curso superior, expedido por instituições públicas e particulares de ensino. Abusividade. Legitimidade ativa do Ministério Público Federal. Sentença anulada.

I – Em matéria tributária, os interesses individuais homogêneos, legalmente definidos, como aqueles decorrentes de origem comum, uma vez agredidos, coletivamente, em seu núcleo originário (hipótese de incidência tributária e consequente fato gerador, de natureza homogênea, a gerar obrigações tributárias e resultantes interesses individuais também homogêneos), sofrem, por força do impacto agressor, o fenômeno da atomização processual, em defesa de interesse coletivo e social, relevantes a legitimar a pronta atuação do Ministério Público, na linha de determinação institucional dos arts. 127, *caput*, e 129, III, da Constituição da República, traduzidos nas disposições dos arts. 5º, II, *a*, e 6º, incisos VII, *a* e *d*, e XII, da Lei Complementar 75/1993, mediante as garantias instrumentais da ação civil pública, evitando, assim, a pulverização dos litígios, com o consequente acúmulo de feitos judiciais, nos tribunais do País, nessa seara histórica de abusos tributários, onde o contribuinte, individualmente considerado, sem recursos e órfão da assistência judiciária do Estado, queda-se inerte e vitimado, sem qualquer defesa, ante a brutal arrogância do Fisco, *o que não se confunde com a tutela da tributação incidente sobre a atividade empresarial, a não se atribuir ao Ministério Público legitimidade ativa para tanto.*

II – A todo modo, “o Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante” (REsp 58.682, Minas Gerais, decisão unânime, DJU de 16/12/1996), como no caso em exame, onde a atuação diligente do Ministério Público Federal busca a tutela judicial necessária aos direitos difusos de todos ao serviço público de educação, como dever do Estado, da família e da sociedade, visando no pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (CF, art. 205), sem os entraves de uma cobrança abusiva de preço público nos registros de seus diplomas universitários.

III – Apelação provida, anulando-se a sentença monocrática para regular instrução e julgamento do feito judicial.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar provimento à apelação, para anular a sentença recorrida, ordenando o regular processamento do feito perante o juízo singular.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 15/10/2010.

Desembargador Federal Souza Prudente, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença proferida pelo douto Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Rondônia que, nos autos da ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal contra a Fundação Universidade Federal de Rondônia - Unir, em que se buscava a declaração de nulidade da Resolução 26/Consad, que majorou o valor cobrado pela ré, para fins de registro do diploma de conclusão de ensino superior, emitido pelas instituições particulares de ensino, indeferiu a inicial, julgando extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos dos arts. 267, VI, c/c 295, II, ambos do CPC, sob o fundamento de ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal (fls. 307-312).

Em suas razões recursais (fls. 316-322), sustenta o douto Ministério Público Federal a sua legitimidade ativa *ad causam*, porquanto o que a lei veda é a defesa de interesse particular e divisível do contribuinte/beneficiário e não a proteção do interesse difuso e coletivo do beneficiário em matéria tributária. Em sendo assim, assevera que, quando o interesse estiver disperso na sociedade, como no caso, cabe ao Ministério Público exercer sua função de defensor da ordem social e jurídica, insurgindo-se contra a exação ilegal. Afirma que a cobrança abusiva de taxa de registro de diplomas não afeta apenas os contribuintes, “mas principalmente a população de Rondônia que é privada dos mais básicos serviços pela falta de pessoas instruídas para prestá-los”, o que é comprovado pela grande carência de profissionais de nível superior no Estado. Por fim, alega que não se busca a mera abstenção de pagamento de um tributo, mas o reconhecimento da legitimidade do Parquet “para defender o acesso do povo do Estado de Rondônia aos mais singelos serviços de educação, saúde, prestação jurisdicional, e todos aqueles que demandam a atividade de profissionais de nível superior”, que deixam de se formar por imposições abusivas do Estado. Requer, assim, o provimento do recurso de apelação, para que seja reformada a sentença monocrática, a fim de que seja reconhecida a legitimidade ativa do Parquet Federal.

Com as contrarrazões de fls. 324-329, subiram os autos a este egrégio Tribunal, opinando a douta Procuradoria Regional da República pelo provimento do recurso de apelação (fls. 335-340).

Este é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: —

I

A sentença monocrática restou lavrada, nestes termos:

(...)

A hipótese diz com insurreição à Resolução 26/Consad, da Universidade Federal de Rondônia, onde foram majoradas as taxas de serviços universitários.

O interesse cuja tutela se colima é disponível e ostenta caráter individual homogêneo: divisível é o bem jurídico subjacente e são passíveis de determinação os “prejudicados”, ligados por uma relação jurídica base.

A Lei 7.347/1985, todavia, somente autoriza o Ministério Público Federal à propositura ação civil pública, quando se tratar de interesses individuais homogêneos calcados em relação de consumo, in verbis.

“Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I – ao meio ambiente;

II – ao consumidor;

III – à ordem urbanística;

IV – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

V – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

VI – por infração da ordem econômica e da economia popular,

VII – à ordem urbanística.

(...)

Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.”

E, aqui, relação de consumo inexistente. O montante reclamado sob a rubrica de taxas qualifica aqueles de quem são exigidas como contribuintes. Surge, daí, um nítido liame tributário (CTN, art. 121, I), diverso do vínculo estabelecido por quem se posta como consumidor de produtos ou serviços (Lei 8.078/1990, art. 2º).

Enfim, nos limites da espécie, insubsiste o coeficiente idôneo à configuração de qualquer relação de consumo.

A jurisprudência já arrostou a temática:

*Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado).

Processual Civil. Ação civil pública. Ilegitimidade do *Parquet* taxa para expedição de diploma universitário.

I. O Ministério Público não tem legitimidade para propor ação civil pública objetivando discutir a cobrança de taxa para expedição de diploma universitário, por ser um interesse de natureza disponível.

II. Apelação da Universidade provida.

III. Apelação da União prejudicada.

Processual Civil e Tributário. Ação civil pública. Taxa de inscrição em concurso vestibular para instituição pública de ensino. Direito individual homogêneo disponível. Ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal. Relação de consumo não configurada.

I. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o Ministério Público é parte ilegítima para, por meio de ação civil pública, defender direito individual homogêneo fundado em relação jurídica de índole tributária (cf. EREsp 177052/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Seção, DJ 30/09/2002, p.150, RDDT, v. 87, p. 213).

II. A taxa de inscrição cobrada para o concurso vestibular de universidade pública possui natureza jurídica de tributo, não se caracterizando, na hipótese, relação de consumo, porquanto aqueles que se submetem a tal exação são contribuintes, nos termos da legislação tributária, e não consumidores de produto ou serviço (art. 2º, da Lei 8.078/1990), consoante estatuído na legislação consumerista.

III. Ilegitimidade ativa configurada. Processo extinto sem julgamento de mérito.

IV. Remessa oficial provida. Apelação prejudicada.

Daí a ilegitimidade da atuação ministerial. A cada suposto titular do direito lesado, se o caso, impõe-se invocar a via judicial.

III — Dispositivo

Nestas condições, à vista da fundamentação expendida, ao tempo em que torno sem efeito a decisão antecipatória de tutela de fls. 71-74, decreto a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, indefiro a inicial e ordeno a extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do Código de Processo Civil, art. 295, II, em liame com o art. 267, VI.

Sem condenação em custas judiciais, despesas processuais e verba de patrocínio (Lei 7.347/1985, art. 18; Lei 9.289/1996, art. 4º, III). (...) (fls. 308-312).

II

Como visto, o juízo monocrático extinguiu o processo, sem resolução de mérito, sob o fundamento de ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, ao argumento de que a sua legitimidade para ajuizar ação civil pública, acerca de direitos individuais

homogêneos, estaria restrita às relações de consumo, sendo que, na espécie, tratava-se de relação jurídica de natureza tributária.

Por sua vez, sustenta o douto Ministério Público Federal que a cobrança abusiva de taxa de registro de diplomas não afeta apenas os contribuintes, *mas principalmente a população de Rondônia que é privada dos mais básicos serviços pela falta de pessoas instruídas para prestá-los*, o que é comprovado pela grande carência de profissionais de nível superior no Estado, a demonstrar, assim, sua legitimidade para figurar no polo ativo da presente demanda.

III

Posta a questão nestes termos, tenho que merece prosperar o apelo interposto.

Com efeito, entendo que o Ministério Público Federal tem legitimidade ativa para promover ação coletiva em defesa dos interesses sociais, coletivos e individuais homogêneos de pessoas consumidoras de serviço público de educação. Numa relação jurídica como esta, a cobrança abusiva de preço público, para fins de registro do diploma de conclusão de ensino superior, emitido pelas instituições particulares de ensino, por interferir na configuração do interesse social tutelado pela Constituição da República não só no art. 5º, inciso XXXII, quando a Carta Política Federal determina que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, assim também no que se determina, no mesmo Texto Magno, no art. 127, na dicção de que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”.

A instrumentalidade desta defesa far-se-á também nos termos da Lei 8.078, de 1990, que regula o nosso Código de Defesa do Consumidor, no qual o Ministério Público foi eleito pelo legislador com legitimação plena para a defesa desses interesses sociais, mesmo que entranhados numa relação jurídico-consumerista, como a que ora se aprecia nos autos, podendo, inclusive, promover o inquérito civil e ação civil pública para proteção do patrimônio público e social e também a proteção dos interesses coletivos, em tela, na linha determinante da Política Nacional das relações de consumo, que garante a todos a racionalização e melhoria dos serviços públicos (art. 4º, inciso VII, da Lei 8.078/1990).

A Constituição da República, em vigor, apregoa que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-

lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (CF, art. 127, caput), arrolando, entre suas funções institucionais, a de "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (CF, art. 129, III).

Nessa linha de determinação, a Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993, estabelece, entre as diversas funções institucionais do Ministério Público da União, a de "zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos ao sistema tributário, às limitações do poder de tributar, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e aos direitos do contribuinte" (art. 5º, II, a), cabendo-lhe promover "a proteção dos direitos constitucionais, de outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos", propondo "ação civil coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos" (art. 6º, incisos VII, a e d e XII).

Sobre ser cabível ação civil pública, proposta pelo Ministério Público, para defesa de interesses e direitos individuais homogêneos, visando afastar a cobrança abusiva de taxa de iluminação pública, já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça, através de sua douda Primeira Turma, no sentido de que

os interesses individuais, in casu (suspensão do indevido pagamento de taxa de iluminação pública), embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses coletivos da coletividade como um todo, impondo-se a proteção por via de um instrumento processual único e de eficácia imediata - a ação coletiva" (REsp 49.272-6 - Decisão Unânime - DJU de 17/10/1994, p. 27.868). E, no julgamento de questão similar, aquele egrégio Tribunal afirmou que "conforme disposto na Constituição de 1988, a atuação do Ministério Público foi ampliada para abranger a sua legitimidade, no sentido de promover ação civil pública para proteger interesses coletivos. Não há mais ambiente jurídico para se aplicar, em tal campo, a restrição imposta pelo art. 10 da Lei 7.347/1985. Em se tratando de pretensão de uma coletividade que se insurge para não pagar taxa de iluminação pública, por entendê-la indevida, não há que se negar a legitimidade do Ministério Público para, por via de ação civil pública, atuar como sujeito ativo da demanda. Há situações em que, muito embora os interesses sejam pertinentes a pessoas identificadas, eles, contudo, pelas características de universalidade que possuem, atingindo a vários estamentos sociais, transcendem a esfera individual e passam a ser interesse da coletividade. O Direito Processual Civil moderno, ao agasalhar a ação civil pública, visou contribuir para o aceleração da entrega da prestação jurisdicional, permitindo que,

por via de uma só ação, muitos interesses de igual categoria sejam solucionados, pela atuação do Ministério Público (AGREsp 98.286 - Primeira Turma/STJ - DJU de 23/03/1998, p. 17).

Com essa inteligência, o Conselho do Ministério Público do Estado de São Paulo editou súmula de orientação ministerial sobre a defesa dos interesses individuais homogêneos, em juízo, na fala de que

o Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados e quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico social ou jurídico.

Nesse contexto, o direito fundamental de acesso à Justiça, garantido, expressamente, pelo Texto Constitucional (CF, art. 5º, XXXV), assegura-nos, também, o direito à adequada tutela jurisdicional, por meio da Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público, em defesa dos princípios constitucionais tributários e dos interesses individuais homogêneos dos contribuintes e consumidores, coletiva e socialmente considerados, na dispersão do ilícito tributário de origem legal comum, tal como ocorre com a cobrança abusiva da contribuição previdenciária do servidor público inativo e da CPMF.

A colenda Terceira Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu, também, na inteligência de que "o Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante" (REsp 58.682 - Minas Gerais - Decisão Unânime - DJU de 16/12/1996).

Observa, no campo doutrinário, o culto Prof. J. E. Carreira Alvim que

a grande vantagem da ação civil pública é evitar as inúmeras demandas judiciais (economia processual), vulgarmente denominadas 'ações múltiplas', e evitar decisões incongruentes sobre idênticas questões jurídicas, com o que cumpre a sua função, de proporcionar o máximo de resultado (jurisdicional) com o mínimo de esforço (processual). Desta forma, impede a obstrução das vias judiciais, proporcionando com um só processo e uma única sentença (genérica) a satisfação de incontáveis pretensões substanciais, para o que seriam necessários incontáveis processos. Infelizmente essa vantagem não tem sido notada pelos juízes e tribunais, que, sem qualquer constrangimento, limitam o alcance da ação coletiva.

Na visão precisa de Marcelo Pedrosa Goulart

Na defesa do regime democrático, não se compreende que a atuação funcional dessa instituição - tão adequadamente ubicada no seio da sociedade civil - possa privilegiar a aplicação do direito concebido numa perspectiva positivista e distanciado da realidade sócio-econômica, apoiado em princípios racionalistas que visam perpetuar a ideologia da minoria dominante com a exclusão e o sacrifício da imensa maioria integrante das classes dominadas.

A atuação do Ministério Público, então, na defesa da ordem jurídica há de buscar a efetivação do direito como instrumento de transformação social, levada a efeito segundo a ótica da ideologia reinante na sociedade, como expressão de sua hegemonia, de forma a concretizar os anseios de participação das classes dominadas no processo político.

Na defesa da ordem jurídica, o Ministério Público atuará como veículo cambiante dos valores plasmados hegemonicamente no âmbito da sociedade civil, internalizando-os na superestrutura, mediante atuação que possa estabelecer perfeita sintonia com a base material.

É nesse mister que a instituição, responsável pelo acesso das classes dominadas à Justiça, atuará no aforamento de questões coletivas, envolvendo conflitos de classe e na mediação desses mesmos conflitos, enquanto órgão incumbido da criação e aplicação do direito, para harmonia dos multiplicados antagonismos sociais, nos moldes da tecnologia do consenso.

Na mesma linha de convicção, Edis Milaré, buscando lições de Alcides de Mendonça Lima, assinala, com estas letras:

(...) paulatinamente, o Ministério Público se vem tornando um agente ou um 'representante' processual de todos quantos possam sofrer lesões em seus direitos subjetivos, que são as partes substanciais da causa ou os interessados diretos na verdadeira aplicabilidade da lei. À medida que os interesses particulares se mesclam com os públicos, aí aparece a figura protetora do Ministério Público, pela confiança que inspira, pela imparcialidade e probidade de seus membros, em face do amparo que a Constituição e as leis lhes asseguram... Lutando por um ideal que, diretamente, não é seu, o Ministério Público como que realiza uma obra e uma cruzada de altruísmo, sem que se possa atribuir a seus membros nem mesmo a ambição, aliás justa, das recompensas financeiras dos advogados. Dai a importância de seu papel na vida jurídica e social de um povo, nos tempos modernos, como um guardião invisível e, quiçá anônimo de cada um e da própria ordem nacional. Em última análise, cabe-lhe promover o bem-estar, a segurança, a legalidade e a justiça na coletividade.

De ver-se, assim, que, em matéria tributária, os interesses individuais homogêneos, legalmente

definidos, como aqueles decorrentes de origem comum, uma vez agredidos, coletivamente, em seu núcleo originário (hipótese de incidência tributária e consequente fato gerador, de natureza homogênea, a gerar obrigações tributárias e resultantes interesses individuais também homogêneos), sofrem, por força do impacto agressor, o fenômeno da atomização processual, em defesa de interesse coletivo e social, relevantes a legitimar a pronta atuação do Ministério Público, na linha de determinação institucional dos arts. 127, *caput* e 129, III, da Constituição da República, traduzidos nas disposições dos arts. 5º, II, *a*, e 6º, incisos VII, *a e d*, e XII, da Lei Complementar 75/1993, mediante as garantias instrumentais da Ação Civil Pública, evitando, assim, a pulverização dos litígios, com o conseqüente acúmulo de feitos judiciais, nos Tribunais do País, nessa seara histórica de abusos tributários, onde o contribuinte, individualmente considerado, sem recursos e órfão da assistência judiciária do Estado, queda-se inerte e vitimado, sem qualquer defesa, ante a brutal arrogância do Fisco, o que não se confunde com a tutela da tributação incidente sobre a atividade empresarial, a não se atribuir ao Ministério Público legitimidade ativa para tanto.

O processo especial da Ação Civil Pública, em nosso ordenamento jurídico, está dotado da instrumentalidade específica da tutela mandamental-inibitória (Lei 7.347/1985, art. 11) que, em matéria tributária ou nas relações consumeristas, exercerá, no raio da ação diligente do Ministério Público, função relevante na prevenção do ilícito tributário, em termos coletivos, a beneficiar cada contribuinte e a sociedade como um todo, resultando economia de tempo e gastos do processo, a serviço da Justiça, assegurando, assim, a eficácia plena das *garantias fundamentais, da razoável duração do processo e do acesso pleno à Justiça, na instrumentalidade de um processo justo* (CF, art. 5º, inciso XXXV e LXXVIII).

Não obstante tais fundamentos, o Supremo Tribunal Federal, por razões inconfessáveis, que não legitimam as que se expressam nas letras do julgado, decidiu, preliminarmente, por maioria, afastar a prejudicialidade do recurso extraordinário interposto simultaneamente com o recurso especial contra acórdão do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, sendo vencido o Min. Marco Aurélio, que julgava prejudicado o recurso extraordinário, por entender que o acórdão impugnado fora substituído pelo acórdão proferido pelo STJ, de acordo com o art. 512 do CPC ("*o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto do recurso*"). No mérito, o Tribunal, por

diversos fundamentos, manteve o acórdão recorrido que nega legitimidade ao Ministério Público para a propositura de ação civil pública, visando a revisão de lançamentos do IPTU do Município de Uruarama. Vencido o Min. Marco Aurélio, que conhecia e dava provimento ao recurso extraordinário do Ministério Público (RE 195.056-PR. Rel. Min. Carlos Velloso. STF/Pleno – Informativo do STF 174, de 6 a 10 de dezembro de 1999).

O projeto de *Código de Defesa do Contribuinte* restaura, contudo, na força das garantias constitucionais que adota, a plenitude de nossa convicção sobre o tema, estabelecendo que *“a defesa dos direitos e garantias dos contribuintes poderá ser exercida administrativamente ou em juízo, individualmente ou a título coletivo”* (art. 47), sendo essa defesa coletiva exercida pelo Ministério Público e concorrentemente pelas associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses, direitos e garantias protegidos por esta Lei, dispensada a autorização assemblear, quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum (art. 47, § 1º, incisos I, II e III, e § 2º, incisos I e II).

Reforçado pela inteligência da promessa legal, em tela, e, com o devido respeito às opiniões contrárias, entendo que a única interpretação válida, nesse contexto, é aquela que brota do tecido constitucional e se mantém fiel e conforme a Constituição, no corpo da normativa legal, a ponto de não frustrar a vocação institucional do Ministério Público, essencial à função jurisdicional do Estado, feito guardião da ordem jurídica, do regime democrático, do sistema tributário nacional e dos interesses individuais homogêneos, coletivos e sociais, no espaço tributário. A hermenêutica gestada nas entranhas da legislação ordinária, sem força bastante para alcançar os comandos constitucionais em referência, afigura-se insuficiente à garantia plena dos direitos do contribuinte e da Justiça tributária, no Estado Democrático de Direito.

Na hipótese dos autos, contudo, o que se discute é a abusividade na elevação do preço público para registro de diplomas de ensino superior, emitidos por uma Fundação de Direito Público, como a Universidade Federal de Rondônia – Unir.

Se a Constituição Federal garante a todos o direito fundamental à educação, como dever do Estado, da Família e da Sociedade (CF, art. 205), razão assiste à douta Representante da Procuradoria Regional da República, Dra. Ana Borges Coêlho Santos, quando, em seu parecer conclusivo, afirma o seguinte:

(...)

A expedição de diploma, como é pacífico na jurisprudência, nada mais é do que consectário do serviço educacional, razão pela qual não se tem admitido que os estabelecimentos públicos de ensino superior realizem a cobrança pelos diplomas que expede, diante da gratuidade do ensino ditada constitucionalmente.

De igual sorte, expedido o diploma pelo estabelecimento particular de ensino, o estabelecimento público de ensino que faz seu controle, através do registro, está prestando serviço consectário ao educacional, motivo por que tal cobrança se mostraria inviável, em não podendo tais estabelecimento prestarem serviço educacional, ainda que consectário a esse, através da cobrança de qualquer valor à comunidade.

Todavia, admitida, diante de previsão legal, referida cobrança, não pode ela se tornar instrumento de penalização àqueles egressos de estabelecimento particular de ensino superior, notadamente quando a realidade do país oferece a poucos o estabelecimento público de educação superior, com grande parcela das vagas preenchidas por aqueles que tiveram mais oportunidade de estudos, na maioria, oriundos de estabelecimento particular do ensino fundamental e do ensino médio, excluídos, obviamente, os ocupantes de vagas destinadas ao sistema de cotas.

Disso tudo, resta evidente que a matéria preponderante nos autos é a defesa de parcela da população enquadrada, na hipótese, como consumidores lesados pela aviltante cobrança realizada pelo estabelecimento público de ensino superior para fazer o registro do diploma, que nada mais é do que consectário do serviço educacional prestado pelo estabelecimento particular de ensino, para o qual já realizaram a contraprestação do pagamento e cuja fiscalização é obrigação do poder público, a ser exercida, inclusive, através de seu poder de polícia.

Seria até admissível a cobrança de valor, única e exclusivamente, para o custeio direto do material utilizado para o registro do diploma, mas a se indagar,

ainda, quem suportaria tal ônus, já que decorrente do serviço público exercido por estabelecimento particular sob delegação do Poder Público, mas já remunerado pelo estudante, diante de seu contrato para a prestação do serviço educacional.

Exorbitante o valor cobrado, que salta à evidência em comparação com o restante do País, com o valor do salário-mínimo ou, ainda, com o valor anteriormente cobrado, pois de R\$30,00 passou a universidade a exigir o valor de R\$426,90.

Presente, portanto, a legitimidade ativa ad causam do Ministério Público Federal, na defesa do direito do consumidor e do próprio direito à educação, considerando-se aí o diploma como corolário do curso

realizado, razão por que, na hipótese, desnecessário se aventar a própria natureza da cobrança realizada. (...)
(fls. 338-339).

IV

Com estas considerações, *dou provimento ao recurso de apelação*, para anular a sentença monocrática, ante a manifesta legitimidade ativa do Ministério Público Federal, determinando-se o retorno dos autos ao juízo *a quo*, para regular instrução e julgamento do feito.

Este é meu voto.

Numeração única: 0023041-88.2001.4.01.3300

Arguição de Inconstitucionalidade 2001.33.00.023043-0/BA

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães
Autor: Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados: Dr. Joaquim Ferreira Filho e outros
Réus: Wilson Dias Machado e outros
Advogados: Dr. Nilton da Silva Correia e outros
Suscitante: Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Suscitado: Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Publicação: e-DJF1 de 02/12/2010, p. 18/19

Decisão

Trata-se de Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível, que deveria ser encaminhada à Corte Especial do TRF/1ª Região, por força de acórdão da Quinta Turma que, por maioria, decidiu declarar a inconstitucionalidade do art. 29-C da Lei 8.036/1990, incluído pela MP 2164-40, de 26/07/2001 (fls. 180/192).

Em virtude do tempo decorrido desde o referido acórdão – proferido em 24/05/2002 –, bem como do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade na Ap 2001.33.00.014660-1/BA – no qual a Corte Especial, em 29/06/2006, rejeitou a inconstitucionalidade do art. 29-C da Lei 8.036/90, incluído pela MP 2164-40, de 26/07/2001 –, os autos foram encaminhados à PRR/1ª Região (fls. 355/360), que opinou pela prejudicialidade da remessa deste feito à Corte Especial, devendo ser refeito o julgamento sobrestado perante a Quinta Turma.

Com efeito, a arguição de inconstitucionalidade somente será submetida à apreciação da Corte Especial quando este Colegiado ou o Plenário do Supremo Tribunal Federal não se tenham pronunciado sobre a questão, nos termos do atual RI-TRF/1ª Região, *in verbis*:

Art. 356 Feita a arguição em processo da competência de seção ou de turma, se a maioria acolher a inconstitucionalidade suscitada, será suspenso o julgamento do feito, desde que sobre a questão não se tenha pronunciado a Corte Especial ou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, remetendo-se os autos à Corte Especial após a lavratura do respectivo acórdão, que deverá ser encaminhado pela coordenadoria da seção ou da turma para publicação, no prazo de dez dias.

Desse modo, existindo posterior pronunciamento da Corte Especial deste Tribunal acerca da mesma questão constitucional arguida, manifesta é a perda do objeto do referido incidente.

Pelo exposto, julgo prejudicado o presente incidente de inconstitucionalidade, nos termos do art. 29, XXII, do RI-TRF/1ª Região.

Junte-se, aos presentes autos, cópia do acórdão proferido pela Corte Especial, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade na Ap 2001.33.00.014660-1/BA.

Remetam-se os autos, pois, ao eminente Relator, na Quinta Turma, da presente apelação cível.

Cumpra-se.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2010.

Desembargadora Federal Assusete Magalhães, relatora.

Agravado de Instrumento 0057439-52.2010.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Agravante: Alexandre Rocha dos Santos e outros
Advogados: Dr. Valério Alvarenga Monteiro de Castro
Dr. Osvaldo Da Silva
Dr. Henrique de Mello Franco
Agravada: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
Publicação: e-DJF1 de 30/11/2010, p. 240

Decisão

Neste agravo de instrumento, interposto com pedido de efeito suspensivo, pretendem Alexandre Rocha dos Santos e outros ver reformada a decisão que, nos autos da ação em que se discute a constitucionalidade da incidência da contribuição social sobre o terço constitucional de férias pagos aos policiais civis do Distrito Federal, determinou a exclusão da União do polo passivo e declinou a competência para o processo e julgamento do feito para a Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Os agravantes afirmam que, conforme disposição constitucional, compete à União organizar e manter a Polícia Civil do Distrito Federal e, sendo assim, há interesse da União a determinar a competência da Justiça Federal. Por tal razão, requerem seja dado provimento ao agravo.

Este agravo, protocolizado em 29/09/2010, veio concluso a este gabinete em 29/09/2010.

Decido.

A Constituição da República de 1988 prevê a competência da União para organizar e manter os serviços referentes à segurança pública – Polícia Civil, Polícia Militar e Corpo de Bombeiros – do Distrito Federal (art. 21, XIV, CRFB/1988), o que se refere a caráter eminentemente administrativo. Essa competência não interfere na atividade e nas atribuições próprias de cada instituição.

O § 1º do art. 149 da Constituição dispõe que as receitas do Distrito Federal destinadas à Seguridade Social constarão do seu orçamento e não integram o orçamento da União.

Correto o entendimento, portanto, de que não há interesse da União no desfecho da lide, o que afasta a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CRFB/1988.

Nessa linha de orientação, entre outros, destaco os seguintes julgados:

Administrativo. Processo Civil. Delegado da polícia civil do Distrito Federal. Contagem de tempo de serviço exercido no Poder Judiciário para fins de anuênio e licença-prêmio. Incompetência da Justiça Federal decretada de ofício. Remessa dos autos à Justiça do Distrito Federal.

I. A competência outorgada pela Constituição Federal para, nos termos do art. 21, XIII e XIV, da CF/1988, “organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios”, bem como os serviços e órgãos relacionados à Segurança Pública (Polícia Civil, Polícia Militar e Corpo de Bombeiros), abrange os aspectos administrativos sem interferir no desempenho das atribuições institucionais.

II. No caso, o impetrante é servidor do Distrito Federal, unidade componente da Federação (art. 18, CF/1988), dotada de personalidade jurídica e patrimônio próprio, com autonomia administrativa e política (art. 18, *caput*, e 33), que detém competência para julgamento da questão, mesmo porque, arcará com o ônus decorrente de eventual sentença condenatória.

III. Incompetência da Justiça Federal declarada de ofício. Sentença anulada. Determinada a remessa dos autos à Justiça do Distrito Federal. (AMS 2003.34.00.033324-4/DF, 2ª Turma do TRF1, Relatora Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva, e-DJF1 de 30/04/2009, p. 436 - sem grifo no original).

Constitucional e Processo Civil. Competência. Militar pertencente à polícia do Distrito Federal. Reajuste de 28,86% decorrente das Leis 8.622/1993 e 8.627/1993. Arts. 21, XIII e XIV e 109, I, ambos da CF/1988. Ausência de interesse da União. Incompetência absoluta. Sentença anulada. Remessa dos autos à Justiça do Distrito Federal.

I. Nos termos do art. 21, XIII e XIV, da CF/1988, compete à União “organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios”, bem como os serviços e órgãos relacionados à Segurança Pública (Polícia Civil, Polícia Militar e Corpo de Bombeiros), competência esta que diz respeito tão-só aos aspectos de organização e manutenção, de natureza eminentemente administrativa.

II. Tratando-se de reajuste salarial de 28,86% (Leis 8.622 e 8.627/1993) de servidores da Polícia Militar do Distrito Federal, não há que se falar na aplicação do art. 109, I, da CF, visto que não se vislumbra interesse da União. Estes servidores pertencem à organização e ao regime jurídico do Distrito Federal. O ato impugnado insere-se no âmbito da autonomia política de que goza o Distrito Federal, até porque, como bem alegado pelo Distrito Federal, em sendo a ação julgada procedente, a ele caberá arcar com os ônus financeiros de eventual condenação.

III. Precedentes: STJ (CC 6136/DF; 1993/0026400-1; DJ 27/03/1995 pg:07124; rel. Min. Vicente Leal); (CC 18674/DF; 1996/0074810-1; DJ 05/05/1997, PG:17004; rel. Min. Anselmo Santiago); TRF (AC 94.01.32365-8/DF; rel. Des. Federal Aldir Passarinho Junior; 1ª Turma, DJ 27/03/1995 p. 15956, unânime e AC 92.01.25997-2/DF; rel. Des. Federal Fagundes de Deus, 2ª Turma, DJ 13/09/93, p. 37274, unânime).

IV. Remessa Oficial e Apelações do Distrito Federal e da União providas. Incompetência absoluta acolhida. Exclusão da União Federal do feito.

V. Sentença anulada. Remessa dos autos à Justiça do Distrito Federal.

(AC 2003.34.00.033697-0/DF, 1ª Turma do TRF1, Relator Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado), DJ de 24/04/2006, p. 79 – sem grifo no original).

Constitucional. Administrativo e Processual Civil. Delegados da polícia civil do Distrito Federal. Mandado de segurança.

I. A competência para o julgamento de mandado de segurança impetrado por servidores do Distrito Federal em face de autoridades locais é da Justiça comum.

II. A competência da Justiça Federal somente tem lugar nos casos previstos no texto constitucional *ratione personae* e *ratione materiae*, onde a União, Autarquia ou Empresa Pública Federal forem autoras, rés, assistentes ou oponentes.

III. Competência da Justiça local. (REsp 141708/DF, 3ª Seção do STJ, rel. Min. Anselmo Santiago, DJ de 15/03/1999, p. 94 – sem grifo no original). A própria União, nas manifestações apresentadas nos casos análogos ao presente, expressa a competência do Distrito Federal para figurar no polo passivo da demanda originária e requer o desprovisionamento dos recursos.

Ante o exposto, com base no art. 557 do Código de Processo Civil, nego provimento ao recurso.

Comunique-se ao Juízo prolator da decisão agravada.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos à vara de origem para que sejam apensados ao processo principal, com fulcro no art. 3º da Resolução 600 -12, de 13/09/2004, do TRF 1ª Região.

Brasília, 17 de novembro de 2010.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

Agravo de Instrumento 0068709-73.2010.4.01.0000/MG

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida
Agravante: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Cleber Eustáquio Neves
Agravada: Cemig Geração e Transmissão S.A.
Advogados: Dr. Manoel Bernardino Soares
Dra. Dayse Aparecida Pereira
Dr. Robson Ferreira dos Santos
Dra. Fátima Inácio de Moraes Régio Vaz de Mello
Dra. Rosa Antônia Chaer Resende
Dra. Norma Sueli Mendes Rocha
Dr. Sérgio Carneiro Rosi
Publicação: e-DJF1 de 13/12/2010, p. 116/117

Decisão

Ministério Público Federal interpõe agravo de instrumento em face de decisão que, proferida nos autos da ação civil pública, determinou que o agravante efetuasse o pagamento de dos honorários periciais, no prazo de 30 dias, sob pena de extinção do feito.

Entende o agravante que não compete ao *Parquet* o depósito de tal verba, uma vez que não tem personalidade jurídica própria, devendo a obrigação recair sobre a União.

Fundado nesta argumentação requer a modificação da decisão agravada e o provimento do recurso.

Devidamente relatados. Decido.

Penso que assiste razão ao agravante.

O art. 18 da Lei 7.347/1985 constitui regramento próprio, que impede que o autor da ação civil pública arque com os ônus periciais e sucumbenciais, ficando afastadas, portanto, as regras específicas do Código de Processo Civil.

O art. 18 da Lei 7.347/1985, tem a seguinte redação:

Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá *adiantamento* de custas, emolumentos, *honorários* periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em *honorários* de advogado, custas e despesas processuais.

No que pertine ao adiantamento dos honorários periciais, a isenção inicial prevista na Lei da Ação Civil Pública, no que toca ao Ministério Público, conta ainda com o suporte da previsão contida no art. 27 do CPC, que dispensa o órgão do *Parquet* e a Fazenda Pública de antecipar despesas dos atos processuais, as quais devem ser pagas ao final pelo vencido, cuja redação é a seguinte:

Art. 27. As despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do *Ministério Público* ou da Fazenda Pública, serão pagas a final pelo vencido.

Dessa forma, observa-se clara a afirmação de que, efetivamente, o *Ministério Público* não arca com as despesas processuais como autor de ação civil pública.

Entretanto, em situação semelhante, em recente precedente, a Segunda Turma do STJ considerou ser aplicável, por analogia, a Súmula 232/STJ, a determinar que a Fazenda Pública, à qual se acha vinculado o *Parquet*, arque com tais despesas, que restou assim ementado:

Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental. Ação civil pública. Dano ambiental. Perícia. Honorários do perito. Despesa processual. Adiantamento pelo autor da ação (Ministério Público). Impossibilidade. Incidência plena do art. 18 da Lei 7.347/1985.

I. O art. 18 da Lei 7.347/1985 constitui regramento próprio, que impede que o autor da ação civil pública arque com os ônus periciais e sucumbenciais, ficando afastada, portanto, as regras específicas do Código de Processo Civil. Considerou-se aplicável, por analogia, a Súmula 232 desta Corte Superior, a determinar que a Fazenda Pública à qual se acha vinculada o Parquet arque com tais despesas.

II. Essa linha de orientação vem encontrando eco no Supremo Tribunal Federal: RE 233.585/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJe 28/09/2009 (noticiada no Inf. STF. 560/2009).

III. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.083.170/MA, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 13/04/2010, DJe 29/04/2010)

No mesmo sentido:

Recurso especial. Processual Civil. Ação civil pública. Honorários periciais. Adiantamento. Prova requerida pelo Ministério Público. Ônus conferido à Fazenda Pública. Precedente.

I A isenção ao *adiantamento* dos honorários periciais conferida ao Ministério Público (art. 18 da Lei 7.347/1985) não pode obrigar à realização do trabalho gratuitamente, tampouco transferir ao réu o encargo de financiar ações contra ele movidas (arts. 19 e 20 do CPC). *Adiantamento dos honorários periciais suportados pela Fazenda Pública, de acordo com o entendimento firmado no Eresp 981.949/RS, Primeira Seção, rel. o Min. Herman Benjamin, julgado em 24/02/2010.*

II. Sendo o Município de Natal/RN o réu na ação civil pública, deve custear o *adiantamento* dos honorários periciais.

III. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1.188.803/RN, rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 11/05/2010, DJe 21/05/2010.)

Assim, ante o comando estabelecido pelos dispositivos acima transcritos, não há como se exigir do *Ministério Público Federal* o *adiantamento* de despesas relativas aos honorários periciais, enquanto autor da ação civil pública, ou atuando na forma de *custos legis*.

Ademais, a Primeira Seção do STJ ratificou esse posicionamento quando do julgamento do EREsp 981.949/RS, que se encontra pendente de publicação.

Diante do exposto, *dou provimento ao recurso* para, modificando a decisão impugnada, seja mantida a determinação de realização da perícia requerida pelo agravante, desobrigando-o do pagamento dos honorários periciais estipulados na decisão impugnada (CPC, 557, §1º A c/c RITRF/1ª Região, art. 30, inciso XXVI).

Comunique-se o inteiro teor desta decisão ao MM. Juízo *a quo*, para que determine as providências necessárias ao cumprimento desta decisão. (via fax/e-mail)

Publique-se. Intimem-se.

Oportunamente, archive-se.

Brasília, 1º de dezembro de 2010.

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*, relatora.

Numeração única: 0046839-57.2006.4.01.3800

Recurso Inominado 2006.38.00.707846-2/MG

Relator: Juiz Federal Jorge Gustavo Serra de Macedo Costa
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Recorrido: Dario Vinícios dos Santos
Advogados: Drs. Camila Vasconcelos Rodrigues e Gilmar José Raimundo.
Publicação: e-DJF1 de 30/11/2010, p. 842

Ementa-Voto*

Direito Previdenciário. Auxílio doença. Antecipação de tutela. Ação julgada improcedente. Devolução dos valores pagos. Impossibilidade. Verba Alimentar.

I. Trata-se de recurso interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social/INSS, contra a sentença proferida pelo Juiz Federal do Juizado Especial Federal da Subseção Judiciária de Uberaba/MG (fls. 68/70), que, nos autos da ação movida por Dário Vinícios dos Santos, julgou improcedente o pedido de auxílio doença, assegurando ao autor o direito de não devolver os valores percebidos a título de benefício previdenciário decorrente de invalidez.

II. O INSS, em seu recurso, alega: a) que deve haver a repetibilidade dos valores recebidos pelo autor, em razão de tutela antecipada posteriormente revogada; b) que inexistente regra no ordenamento jurídico pátrio afirmando que quando se tratar de verba alimentar, não se pode recuperar o que se pagou.

III. Presentes os pressupostos gerais e específicos de admissibilidade, conheço do recurso.

IV. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que é incabível a restituição dos valores recebidos a título de antecipação da tutela judicial, posteriormente revogada pela reforma da sentença, em razão do princípio da boa-fé, da irrepetibilidade dos alimentos, bem como o caráter social em questão decorrente da hipossuficiência do segurado. (cf. STJ EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1003343 / RS, Quinta Turma, Min. Laurita Vaz, *Dje* 19/12/2008; EDcl no REsp 996850/RS, Quinta Turma, Min. Arnaldo Esteves Lima, *Dje* 24/11/2008; AgRg no REsp 1053868 / RS, Sexta Turma, Min. Paulo Gallotti, *Dje* 25/08/2008; AgRg no REsp 1.055.647/RS, Sexta Turma, Min. Og Fernandes, *DJ* 08/09/2008; AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 1.016.470/RS, Quinta Turma, Min. Felix Fischer, *DJ* 25/08/2008).

5. Recurso do INSS a que se nega provimento. Condenação do recorrente ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, nos termos da Súmula 111 do STJ. Sem custas (art. 4º, I, da Lei 9.289/1996).

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Turma Recursal de Minas Gerais – 24/11/2010

Juiz Federal *Jorge Gustavo Serra de Macedo Costa*, relator.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Jorge Gustavo Serra de Macedo Costa, Marcelo Dolzany da Costa e Simone dos Santos Lemos Fernandes.

Numeração única: 0024301-07.2009.4.01.3500

Recurso JEF 2009.35.00.702927-2/GO

Relator: Juiz Federal Paulo Ernane Moreira Barros
Recorrente: Cláudio Cavalcante Lins
Advogada: Dra. Dayse Vieira Lobo Fernandes
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procurador: Dr. José Maria Ricardo
Publicação: e-DJF1 de 10/12/2010, p. 793

Voto-Ementa*

Previdenciário. Auxílio doença. Aposentadoria por invalidez. Homem de 28 anos de idade. Portador de cegueira congênita. Incapacidade total e definitiva. Qualidade de segurado comprovada. Doença preexistente. Agravamento do quadro clínico. Art. 42, § 2º, da Lei 8.213/1991. Aposentadoria devida. Recurso provido.

I. Trata-se de recurso interposto por Cláudio Cavalcante Lins contra sentença que julgou improcedente pedido de restabelecimento de auxílio doença ou aposentadoria por invalidez, fundada na existência da incapacidade anteriormente ao ingresso ao Regime Geral da Previdência Social. Alega, em síntese, que ingressou no primeiro emprego em 03/04/2006, sendo que na ocasião da sua admissão realizou exames médicos necessários para a comprovação de suas condições de trabalho, sendo regularmente admitido e trabalhado até 03/05/2008, quando passou a gozar benefício de auxílio doença, mantido até 10/09/2008.

II. O recurso é próprio e tempestivo, merecendo ser conhecido.

III. A sentença combatida merece reparo. A perícia médica atestou que o recorrente é portador de cegueira bilateral, estando total e definitivamente incapacitado para o labor. Fixou o perito o termo inicial da incapacidade em 03/07/2001, com base na documentação acostada.

IV. A despeito da conclusão da perícia acerca do termo inicial da incapacidade, creio que os documentos dos autos, aliados às condições pessoais do recorrente, demonstram que a incapacidade em questão ocorreu em momento posterior ao ingresso no RGPS.

V. De fato, a moléstia que acomete o recorrente (coriorretinite atrófica em ambos os olhos, decorrente de toxoplasmose congênita) é congênita, o que em princípio excluiria a possibilidade de percepção de qualquer benefício previdenciário por incapacidade, haja vista vedação legal quanto à concessão desse tipo de benefício a quem já ingressa no sistema incapacitado.

VI. Contudo, nota-se dos autos que aos 24 anos de idade, o autor conseguiu seu primeiro emprego como *auxiliar de expedição* junto ao *Laboratório Neo Química Com. Ind. Ltda.*, tendo o vínculo se iniciado em 03/04/2006. Na ocasião foram realizados exames médicos admissionais, tendo sido expedido o *Atestado de Saúde Ocupacional* com anotação de *apto com limitações*, atestado assinado pelo médico do trabalho Dr. Francis B. Spinole (fl. 108).

VII. Apesar da anotação de *limitações*, a empresa admitiu o recorrente para o desempenho de atividades como “auxiliar na organização da área de expedição, separar remessas para clientes e auxiliar no setor de gravação” (fls. 105/107), constituindo requisito básico das tarefas o “conhecimento básico em informática e a facilidade de trabalhar em equipe”.

VIII. O autor foi admitido no emprego em 03/04/2006 e somente passou a se beneficiar do auxílio doença na data de 03/05/2008, portanto dois anos depois. Assim, não vejo como uma grande empresa como o *Laboratório Neo Química LTDA.*, com critérios rígidos de produtividade e eficiência, possa ter admitido e mantido em seus quadros, por dois anos, um empregado absolutamente incapacitado, sem condições de labor.

* Participaram do julgamento os Exmos. Juizes Federais Paulo Ernane Moreira Barros (Presidente), Fernando Cléber de Araújo Gomes e Eduardo Pereira da Silva.

IX. O art. 42, § 2º, da Lei 8.213/1991 preceitua: “art. 42 A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão”.

X. Da leitura do dispositivo nota-se que a existência da doença anterior ao ingresso no RGPS não é impeditivo para a concessão do benefício quando a incapacidade decorra do agravamento do quadro, como é o caso dos autos. Embora a moléstia do recorrente seja de origem congênita, verifica-se que este foi regularmente alfabetizado, terminou o segundo grau, conseguiu o primeiro emprego e nele se manteve por dois anos, o que deixa claro que o afastamento do trabalho ocorreu por motivo de agravamento da moléstia que ocasionou a incapacidade total e definitiva, que pode até ter ocorrido em função do labor exercido.

XI. Assim, não vejo como negar ao segurado que, a despeito do grave problema de saúde que o acomete, empreendeu esforços para ingressar e se manter no mercado de trabalho e somente não o fez por motivo alheio à sua vontade, não podendo ser fadado ao sofrimento de uma vida miserável e totalmente sem meios de subsistência pelo fato de ter sido vítima de uma doença congênita.

XII. Como restou comprovada a incapacidade total e definitiva pela perícia médica, o reclamante faz jus à concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, dada a impossibilidade de reabilitação.

XIII. Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar procedente o pedido inaugural, concedendo em favor do autor benefício de aposentadoria por invalidez desde a data da cessação indevida do auxílio doença (10/09/2008), acrescendo-se às parcelas vencidas juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, e correção monetária de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal.

XIV. Sem condenação em honorários advocatícios (art. 55 da Lei 9.099/1995).

É o voto.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, *dar provimento* ao recurso.

Turma Recursal de Goiás – 24/11/2010.

Juiz Federal *Paulo Ernane Moreira Barros*, relator.

Numeração única: 0034151-56.2007.4.01.3500

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2007.35.00.708781-1/GO

Relatora: Juíza Federal Maria Lúcia Gomes de Souza
Recorrente: União Federal
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Recorrido: Mauro Augusto de Araújo e outros
Recorrido: Gesmaro Barbosa de Oliveira
Advogado: Dr. Carlos Roberto Mazzo e outros
Publicação: e-DJF1 de 16/12/2010

Decisão

Trata-se de incidente de uniformização apresentado pela União Federal contra Acórdão da Turma Recursal do Estado de Goiás, que reconheceu o direito da autora ao pagamento dos valores descontados em favor do Funsa e que excederam a alíquota de 3%, até 1º/04/2001, respeitada a prescrição dos valores descontados antes de dez anos que antecederam o ajuizamento da ação.

Sustenta, entretanto, o recorrente que o autor ajuizou a ação em 24 de fevereiro de 2006, época em já estava em vigor a Lei Complementar 118/2005, devendo, por conseguinte, sofrer os efeitos da prescrição quinquenal.

Para fundamentar a divergência, a União Federal apontou como paradigma acórdão prolatado pela Turma Recursal do Mato Grosso.

Sem contrarrazões, vieram os presentes autos.

É o relatório.

Decido.

Recurso tempestivo.

O incidente deve ser conhecido tão somente em relação à questão da prescrição da contribuição para o Funsa, tendo em vista que demonstrada a divergência de entendimentos entre turmas da mesma regional apenas em relação a esta matéria. Nego seguimento ao incidente em relação às outras questões levantadas.

Quanto ao prazo prescricional da mencionada contribuição, há similitude fática e jurídica em relação aos julgados paradigmas suficiente para a interposição do incidente. A questão em debate foi objeto de julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça na sistemática do art. 543-C do CPC.

No julgamento do Recurso Especial 1.086.382-RS, conforme acórdão que segue em anexo, o Superior Tribunal de Justiça, com a relatoria do Min. Luiz Fux, entendeu que a contribuição social ora em análise ostenta a natureza jurídica tributária sujeita a lançamento de ofício, já que se processa mediante desconto em folha do servidor militar pelo órgão pagador, não havendo qualquer participação do sujeito passivo da relação jurídica-tributária na constituição do crédito fiscal. Sendo assim, o prazo prescricional a ser aplicado às ações de repetição de indébito relativas às contribuições ao Fused/Funsa/Fusma seria quinquenal.

Desse modo, tendo em vista que o Recurso Especial 1.086.382/RS foi apreciado com aplicação da sistemática dos recursos repetitivos, há que se aplicar aos processos que tratam do mesmo tema a orientação acima.

Pelo exposto, dou provimento ao incidente de uniformização, com fundamento no art. 557, § 1º-A do CPC, tão somente para reconhecer a aplicação da prescrição quinquenal em relação às parcelas de contribuição devidas.

Intimem-se.

Manaus, 16 de novembro de 2010.

Juíza Federal *Maria Lúcia Gomes de Souza*, relatora.

Numeração única 0041671-69.2009.4.01.3800
Recurso Inominado 2009.38.00.710942-3/MG

Relator: Juiz Federal Jader Alves Ferreira Filho
Recorrente: Maria Terezinha da Cunha
Recorrida: Universidade Federal de Uberlândia – UFU/MG
Publicação: e-DJF1 de 07/01/2011, p. 67

Ementa-Voto*

Administrativo. Servidor Público. Gratificação de Estímulo a Docência. GED. Extensão a inativos. Natureza impessoal da vantagem. Recurso provido.

O Supremo Tribunal Federal já pontificou que a Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa – GDATA, instituída pela Lei 10.404/2002, por constituir aumento de caráter genérico e impessoal, estende-se aos inativos (RE 476.279-0/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ 15/06/2007).

Nos termos do art. 2º da Lei 11.087/2005, até que ato do Poder Executivo institua novas formas e fatores de avaliação qualitativa do desempenho docente, bem como critérios de atribuição de pontuação por natureza das atividades descritas no § 2º do art. 1º da Lei 9.678/1998, a Gratificação de Estímulo à Docência no Magistério Superior será paga no valor correspondente a 140 (cento e quarenta) pontos aos servidores ativos, respeitadas as classes, a titulação, a jornada de trabalho e os respectivos valores unitários do ponto, fixados no anexo da mesma lei, com a redação dada por esta lei. Os docentes aposentados e aos beneficiários de pensão receberiam o valor correspondente a 91 (noventa e um) pontos, na impossibilidade do cálculo da média aritmética. Os efeitos financeiros dessa lei foram fixados a partir de 1º/05/2004 (art. 5º).

Posteriormente, sobreveio a Lei 11.344/2006 e alterou o valor para 115 (cento e quinze) pontos a partir de 1º de julho de 2006 (art. 9º).

Assim, deve-se pagar a GED, aos inativos à moda dos docentes da ativa, pois a UFU não se desincumbiu do ônus de comprovar, nos autos, a regulamentação da GED e o processamento da avaliação dos servidores em atividade – ônus que lhe cabia, art. 333, II, do CPC.

Logo, é devida a GED nos seguintes patamares e períodos: de 1º de maio/2004 a junho/2006, a diferença entre 140 e 91 pontos, Lei 11.087/2005; a partir de 1º de julho/2006, a diferença entre 140 pontos e 115 pontos, Lei 11.344/2006.

Esclareça-se que a Lei 11.784/2008 extinguiu a GED a partir de 14 de maio de 2008 (art. 19).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para condenar a Universidade Federal de Uberlândia ao pagamento da diferença percebida entre os valores concedidos aos aposentados e aos servidores da ativa quanto à GED no período acima aludido, retratada nos anexos cálculos da contadoria judicial, respeitada a prescrição quinquenal. Os valores deverão ser atualizados até o efetivo pagamento. Juros de mora de 0,5% ao mês a partir da citação (Súmula 19 da 2ª Turma Recursal).

Honorários advocatícios incabíveis na espécie.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

Turma Recursal de Minas Gerais – 19/08/2010.

Juiz Federal *Jader Alves Ferreira Filho*, relator.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Cláudio José Coelho Costa e Marcelo Dolzany da Costa.

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

Processual Civil e Administrativo. Ação rescisória. Ensino superior. Concurso vestibular. Não aprovação dentro do número de vagas. Pedido de matrícula e indenização. Improcedência. Violação a literal disposição de lei não configurada. Documento novo não apresentado. Erro de fato não comprovado. Improcedência da ação.

I. Ação rescisória ajuizada com fundamento no art. 485, incisos I, V, VI, VII e IX, do Código de Processo Civil, cuja inicial não comprova violação literal a dispositivo de lei ou erro de fato, bem como não apresenta documento novo a ensejar a rescisão da sentença.

II. Ação rescisória improcedente.

Numeração única: 0015256-08.2006.4.01.0000

Ação Rescisória 2006.01.00.015333-8/MG

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – Corte Especial

Publicação: *e-DJF1* de 22/11/2010, p. 181

Processo Penal. Defensor constituído. Abandono da causa. Aplicação de multa. CPP, art. 265. Afronta ao princípio do contraditório.

Para aplicação da multa prevista no art. 265 do CPP, é preciso que o advogado seja ouvido sobre o motivo por que deixou de atuar no processo, em obediência ao princípio do contraditório.

Mandado de Segurança 0014546-46.2010.4.01.0000/AC

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto – 2ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 12/11/2010, p. 13

Processual Civil. Ação cautelar de atentado. Violação de imissão na posse. Honorários advocatícios.

I. Demonstrado que a mudança de localização de cerca importou em esbulho de área na qual o Incra se encontrava imitado provisoriamente na posse, evidente está a violação a que se refere o inciso I do art. 879 do CPC, tutelável por meio de ação cautelar de atentado.

II. Devem ser mantidos os honorários advocatícios fixados na forma estabelecida pelo art. 20 do CPC.

III. Apelação desprovida.

Numeração única: 0044147-56.2004.4.01.3800

Apelação Cível 2004.38.00.044478-0/MG

Relator: Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler (convocado) – 3ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 29/11/2010, p. 29

Processual Civil. Ação rescisória. Ação proposta sob o rito ordinário. Pedido julgado improcedente. Honorários advocatícios. Art. 20, § 4º, CPC. Ofensa.

I. Cabível ação rescisória para discussão da condenação ao pagamento de honorários advocatícios, uma vez que pode ser configurada ofensa ao art. 20 e §§ do CPC (entre outros, AR 3754/RS, 1ª Seção do STJ, rel. Min. José Delgado, DJe de 23/06/2008). Ação rescisória conhecida.

II. Nas causas em que não houver condenação, como na hipótese em que julgado improcedente o pedido do autor, os honorários advocatícios deverão ser fixados mediante apreciação equitativa do juiz (art. 20, § 4º, do CPC).

III. Para que os valores sejam fixados com equidade, deverão ser aferidos o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço (§ 4º combinado com as alíneas do § 3º do art. 20 do CPC).

IV. Afigura-se exorbitante e desproporcional a fixação dos honorários em 10% sobre o valor da causa originária, quando se trata de matéria pacificada no Judiciário, em clara ofensa ao § 4º do art. 20 do CPC.

V. Rejulgado parcialmente o recurso de apelação, honorários advocatícios reduzidos para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos réus.

VI. Agravo regimental dos réus julgado prejudicado. Ação rescisória julgada procedente.

Numeração única: 0019942-09.2007.4.01.0000

Ação Rescisória 2007.01.00.020339-8/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso – 4ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 06/12/2010, p. 14-15

Previdenciário. Reajuste de benefício. Junho de 1999, 2000, 2001, 2002 e 2003. IGP-DI. Inaplicabilidade.

I. Inexiste amparo legal para a aplicação do IGP-DI no reajustamento dos benefícios previdenciários nos meses de junho de 1999, junho de 2000, junho de 2001, junho de 2002 e junho de 2003, aplicando-se-lhes, respectivamente, os índices de 4,61% (MP 1.824/1999), 5,81% (MP 2.022-17/2000), 7,66% (Decreto 3.826/2001), 9,20% (Decreto 4.249/2002), 19,71% (Decreto 4.709/2003).

II. Condenada a parte autora ao pagamento de custas e honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 200,00 (duzentos reais), ficando suspensa sua execução em face do deferimento dos benefícios da justiça gratuita, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/1950.

III. Apelação e remessa oficial a que se dá provimento.

Numeração única: 0007915-71.2009.4.01.9199

Apelação/Reexame Necessário 2009.01.99.012222-0/MG

Relator: Juiz Federal Charles Renaud Frazão de Moraes (convocado) – 1ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 23/11/2010, p. 30

Processual Civil. Agravo de instrumento. Benefício previdenciário. Implantação. Antecipação de tutela. Obrigação de fazer. Fazenda Pública. Multa diária. Possibilidade.

I. “É cabível a cominação de multa diária (*astreintes*) em face da Fazenda Pública, como meio de vencer a obstinação quanto ao cumprimento da obrigação de fazer (fungível ou infungível) ou entregar coisa, incidindo a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância. Precedentes do STJ” (REsp 987.280, Min. Luiz Fux, *DJ* de 20/05/2009).

II. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Agravo de Instrumento 0003624-43.2010.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado) – 1ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 30/11/2010, p. 27

Administrativo. Servidor público civil. Separação consensual. Conversão. Divórcio. Alimentos. Renúncia. Postulação posterior. Ex-cônjuge. Necessidade superveniente. Impossibilidade. Agravo retido. Preliminar rejeitada.

I. Agravo retido não apreciado em razão do falecimento da agravante.

II. A União é parte legítima para figurar no polo passivo da lide, uma vez que é de sua responsabilidade o pagamento da pensão por morte do servidor falecido.

III. Não pode o ex-cônjuge pleitear alimentos se deles desistiu expressamente por ocasião do acordo de separação consensual.

IV. Apelação da União e remessa oficial providas.

V. Apelação da autora não provida.

Numeração única 0032309-02.1997.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 1997.34.00.032448-3/AC

Relator: Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado) – 2ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 12/11/2010, p. 84

Administrativo e Processual Civil. Serviço público. Licença-maternidade. Lei 11.770/2008. Prorrogação por 60 (sessenta dias). Possibilidade. Decreto 6.690/2008. Remessa oficial improvida.

I. A Lei 11.770, de 9 de setembro de 2008, ao criar o Programa Empresa Cidadã, garantiu à empregada de pessoa jurídica, que aderir ao aludido programa, prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal.

II. Em que pese a ausência, naquela época, de qualquer regulamentação por parte da Administração Pública em relação ao tema, forçoso concluir que a intenção do legislador, ao prorrogar o prazo da licença-maternidade, era de tutelar não só a mãe, mas também a criança em tão importante período.

III. Após análise do inciso XVIII do art. 7º, do *caput* do art. 6º, ambos da Constituição Federal, e do art. 2º da Lei 11.770/2008, depreende-se que não deve haver óbice a prorrogação pretendida, ante a possibilidade de haver discriminação do infante, tão somente, em razão da categoria profissional de sua genitora, o que afronta diretamente o princípio constitucional insculpido no art. 5º da Constituição Federal, de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

IV. A família deve ser tutelada de forma igualitária, independentemente de origem, tanto é que a licença à gestante, no âmbito do Conselho e da Justiça Federal de primeiro e segundo grau, quando de sua regulamentação pela Resolução 30 de 22/10/2008, restou prorrogada às servidoras que deram à luz no quadrimestre anterior à edição da Lei 11.770/2008.

V. Objetivando regulamentar o tema no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, foi editado o Decreto 6.690/2008 prorrogando a licença maternidade por mais sessenta dias, esvaziando, assim, qualquer controvérsia acerca da prorrogação da licença-maternidade.

VI. Remessa oficial improvida.

Numeração única: 0028720-79.2009.4.01.3400

Reexame Necessário 2009.34.00.029250-4/DF

Relator: Desembargador Federal Francisco de Assis Betti – 2ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 15/12/2010, p. 487

Processual Penal. Habeas corpus preventivo. Crime de desobediência. Ordem judicial. Ameaça de prisão em flagrante. Incompetência da autoridade coatora, no exercício da jurisdição cível. Precedentes. Ordem concedida.

I. Hipótese em que o juízo impetrado, atuando em competência delegada da Justiça Federal, determinou o cumprimento de decisão judicial – nos autos de execução fiscal, ajuizada pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama – que impusera, ao paciente, chefe do Escritório Regional do Ibama em Montes Claros/MG, a baixa das inclusões cadastrais da parte executada no Cadin e no Serasa, sob pena de prisão, por crime de desobediência.

II. A decisão impugnada evidencia a ilegalidade da ameaça concreta de prisão do paciente, sob pena de crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Código Penal, perpetrada por juiz, no exercício da jurisdição cível, fora da hipótese de devedor de alimentos.

III. Ordem concedida.

Habeas Corpus 0046815-41.2010.4.01.0000/MG

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães – 3ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 29/11/2010, p. 40

Processual Penal. Habeas corpus. Sonegação fiscal. Código penal, art. 337-A. Contribuição previdenciária. Auxílio alimentação. Pagamento in natura. Não incidência. Débito. Pagamento integral. Extinção da punibilidade. Falsificação

de documento público. Fatos geradores. Omissão. Potencialidade lesiva diversa. Princípio da consunção. Inaplicabilidade. Ordem parcialmente concedida.

I. Sufragou o Superior Tribunal de Justiça o entendimento segundo o qual o fornecimento de alimentação pela própria empresa (pagamento *in natura*) não possui natureza salarial e não sofre a incidência de contribuição previdenciária, independentemente de estar o empregador inscrito no Programa de Alimentação do Trabalhador/PAT.

II. Comprovado o pagamento integral do débito proveniente de sonegação fiscal, extingue-se a punibilidade.

III. O crime de falsificação de documento público, previsto o art. 297 e § 4º do Código Penal, tutela a fé pública e tem potencialidade lesiva diversa e independente dos crimes de apropriação indébita e sonegação fiscal, não sendo apto o eventual pagamento do débito para excluir a ilicitude da conduta. Inaplicabilidade do Princípio da Concussão. Precedentes do STJ.

IV. Caso em que os pacientes são acusados de sonegação fiscal e de falsificação de documento público por omissão de fatos geradores sobre prestação *in natura* na Guia de Recolhimento do Fundo de Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social/GFIP.

V. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida apenas para trancar a ação penal no que concerne ao crime de sonegação fiscal.

Numeração única: 0048236-66.2010.4.01.0000

Habeas Corpus 2009.38.00.022669-2/MG

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro – 4ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 03/12/2010, p. 219-220

Penal. Processual Penal. Restituição de coisa apreendida. Origem lícita e desinteresse ao processo. Manutenção da decisão que deferiu a restituição.

I. Demonstrada a origem lícita da importância, em dinheiro, apreendida, bem como da CPU e não mais interessando a apreensão dos bens para o processo, a manutenção da decisão que deferiu o pedido de restituição deve ser mantida.

II. Apelação improvida.

Numeração única: 0020616-96.2008.4.01.3800

Apelação Criminal 2008.38.00.021077-2/MG

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz – 4ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 06/12/2010, p. 86

Concurso público. Prazo para recurso no final de semana. Lei 9.784/1999. Impossibilidade.

I. A Lei 9.784/1999 dispõe que os atos do processo devem realizar-se em dias úteis, no horário normal de funcionamento da repartição na qual tramitar o processo (art. 23).

II. É nula cláusula de edital de concurso público que fixa o prazo para o recurso nos dias 1º e 2 de novembro, sábado e domingo, dias não úteis, sendo o dia 2 de novembro feriado nacional.

III. Edital que prevê prazo para recurso em final de semana contraria a citada lei.

IV. O início do prazo para o recurso se deve concomitantemente à vista das provas dissertativas e ao aspecto de avaliação, o que viola o art. 66 da Lei 9.784/1999 que estabelece que “os prazos começam a correr a partir da data da certificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento”.

V. Apelação da União e remessa oficial improvidos.

Numeração única: 0036641-26.2008.4.01.3400

Apelação Cível 2008.34.00.037003-1/DF

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida – 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 26/11/2010, p. 75

Administrativo. Multa aplicada pelo Ministério da Agricultura. Fiscalização de produto de origem animal. Estabelecimento varejista. Falta de competência. Anulação do auto de infração. Improvimento do apelo.

I. Consta do Auto de Infração 9/2001, lavrado pelo Ministério da Agricultura, que a firma Abatedouro São Salvador Ltda. foi autuada por “produzir e comercializar o produto Frango Congelado com índice de absorção de água acima do limite de 6% conforme consta no Certificado Oficial de Análise 146/01, anexo”.

II. Do termo de colheita de amostra para análise laboratorial, lavrado pelo Ministério da Agricultura em decorrência de fiscalização, verifica-se que as amostras de frango congelado foram colhidas no Supermercado Moreira Ltda., e não na sede da empresa autuada.

III. Se o art. 4º da Lei 1.283/1950, alterado pela Lei 7.889/1989, não atribuiu competência ao Ministério da Agricultura para fiscalização no estabelecimento varejista que comercializar produto de origem animal, é nulo o auto de infração lavrado por autoridade daquele órgão federal.

IV. A jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que “a Lei 1.283/1950, cujo art. 4º foi alterado pela Lei 7.889/1989, não deferiu competência ao Ministério da Agricultura para fiscalizar estabelecimento varejista que comercializar produto de origem animal. Por isso, é ilícita a multa aplicada pela autoridade pública, ante a ausência da indispensável competência para a prática do ato” (AC 1997.01.00.034369-9/MG, rel. Juiz Evandro Reimão dos Reis (convocado), 3ª Turma Suplementar, DJ de 13/06/2002, p. 351).

V. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

Numeração única: 0003821-52.2002.4.01.3500

Apelação/Reexame Necessário 2002.35.00.003759-2/GO

Relator: Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo (convocado) – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 26/11/2010, p. 65-66

Agravo regimental. Negativa de seguimento ao agravo. Matrícula em dois cursos de graduação. Lei 12.089/2009. Vedação.

I. A Lei 12.089/2009 (art. 2º) veda a matrícula em dois cursos de graduação em instituições públicas de ensino superior. A norma proibitiva não excepciona a matrícula em curso superior oferecido por instituição pública de ensino estadual que constitui etapa de concurso público. O fato de haver obrigação legal de ressarcimento de custos no caso de não haver prestação laboral posterior por período mínimo de dois anos não exclui a aplicação da vedação legal.

II. A finalidade da norma proibitiva é permitir o acesso a cursos de graduação em instituições públicas de ensino a um maior número de pessoas e, por isso, considera-se legítima a vedação de matrícula em segundo curso superior por pessoa já integrante de corpo discente de instituição de ensino superior.

III. Nega-se provimento ao agravo regimental.

Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 0036510-95.2010.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado) – 6ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 16/11/2010, p. 129

Processual Civil. Agravo de instrumento. Orientação jurisprudencial no sentido de que o transporte rodoviário interestadual de passageiros necessita de autorização do poder público para exploração. Empresa não permissionária.

I. Orientação jurisprudencial assente nesta Corte e no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que as concessões de serviço público exigem necessariamente a realização de licitação, uma vez que apenas por meio da mesma é possível assegurar-se igualdade de condições para todos os interessados em explorar o serviço, objetivando-se, assim, a otimização da prestação do mesmo.

II. Decisão recorrida de instrumento em plena sintonia com tal entendimento, autorizando o art. 557 do Código de Processo Civil a negativa de seguimento ao agravo contra ela interposto.

III. Agravo regimental não provido.

Numeração única: 0018668-39.2009.4.01.0000

Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2009.01.00.019146-2/GO

Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves – 6ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 06/12/2010, p. 200

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Exclusão do polo passivo dos coobrigados. Mantida a cobrança contra a massa falida. Questão incidental. Recurso cabível: agravo de instrumento. Interposição de apelação: erro inescusável.

I. É interlocutória a decisão que exclui da cobrança os coobrigados da devedora principal, permanecendo a cobrança apenas contra ela, desafiando, por isso, agravo, não apelação.

II. Inexistindo dúvidas quanto ao recurso correto, inaplicável o princípio da fungibilidade recursal.

III. Apelações de que não se conhece.

IV. Peças liberadas pelo relator, em 16/11/2010, para publicação do acórdão.

Apelação Cível 0057665-08.2010.4.01.9199/MG

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral – 7ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 26/11/2010, p. 155

Tributário. Processual Civil. Exceção de pré-executividade. Ex-sócia excluída da relação processual ao fundamento de ilegitimidade passiva ad causam. condição de administradora e responsabilidade pessoal não comprovadas no período a que se refere a cobrança. Ônus da prova. Código de Processo Civil, art. 333, I – êxito da excipiente – Superior Tribunal de Justiça, Súmula 430. Aplicabilidade.

a) Recurso – Apelação em execução fiscal.

b) Decisão de origem – Reconhecimento da ilegitimidade passiva *ad causam* de ex-sócia.

c) Valor da causa – R\$ 11.161,00.

d) Honorários de advogado – R\$ 500,00 (quinhentos reais).

I. “O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.” (Superior Tribunal de Justiça, Súmula 430.)

II. A apelada comprova que não compunha o quadro societário da principal executada à época dos fatos geradores da obrigação objeto da cobrança, o que torna sem espeque a pretensão da apelante.

III. Não tendo a apelante comprovado, sequer, que a excipiente exercera, em algum momento, a administração da sociedade ou a ocorrência de alguma das condições exigidas, legalmente, para justificar sua inclusão no polo passivo da relação processual, lúdima a decisão que reconhece sua ilegitimidade passiva *ad causam* (Código de Processo Civil, art. 333, I e II).

IV. Apelação denegada.

V. Sentença confirmada.

Numeração única: 0028184-44.2004.4.01.3400

Apelação Cível 2004.34.00.028252-2/DF

Relator: Desembargador Federal Catão Alves – 7ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 26/11/2010, p. 112

Administrativo. Tributário. Processual Civil. Direito controvertido com valor inferior a 60 salários-mínimos. Trânsito de veículo fora dos limites da Amazônia Ocidental. Termo de responsabilidade com prazo máximo de 90 dias de sua emissão. Descumprimento da obrigação. Impossibilidade de suspensão da isenção do IPI. Ônus desproporcional.

I. Nos termos do § 2º do art. 475 do CPC, na redação dada pela Lei 10.352/2001, não se aplica o duplo grau de jurisdição necessário ao caso cuja condenação ou direito controvertido não exceda a 60 salários-mínimos.

II. O pressuposto fático da incidência do benefício da isenção do IPI, que é a permanência na posse e na propriedade do veículo, foi comprovado pelos documentos juntados à inicial.

III. A finalidade da regra de isenção é restringir o benefício fiscal à área da Amazônia Ocidental e reprimir a comercialização do bem adquirido com isenção tributária ou o manifesto propósito de fraude.

IV. A não transferência ou a não alienação do veículo adquirido com a isenção, isto é, a sua permanência na Amazônia Ocidental, não impede a eventual saída temporária, que, especificamente, não pode ser considerada como fato gerador da obrigação tributária.

V. A cobrança do IPI em razão da não apresentação do veículo no prazo estipulado pela Receita impõe ônus desproporcional, desvirtua o real alcance da norma de isenção e prejudica direitos legítimos por ela assegurados.

VI. Apelação da Fazenda Nacional a que se nega provimento.

Numeração única: 0017750-59.2004.4.01.9199

Apelação Cível 2004.01.99.024110-1/RO

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 26/11/2010, p. 277

Administrativo. Mandado de segurança. Defensores públicos do Estado da Bahia. Inscrição na OAB. Pagamento de anuidade. Apelação. Efeito suspensivo. Recurso: agravo (art. 522 do CPC). Preclusão. Prejudicado. Sentença ultra petita. Inocorrência. Constituição. Defensoria e advocacia tratados na mesma sessão. Lei Complementar nacional 80/1994 e Lei Complementar do Estado da Bahia 26/2006. Inscrição na OAB. Exigência. Anuidade. Legitimidade (§ 1º do art. 3º da Lei 8.906/1994).

I. Não cabe ser conhecida a apelação na parte relativa aos efeitos de seu recebimento: a) a matéria está preclusa pela não interposição do agravo no momento próprio (art. 522 do CPC); e b) está prejudicada, porque apresentado o processo em sessão de julgamento.

II. A assistência, seja na modalidade simples ou litisconsorcial, supõe interesse jurídico na vitória do assistido, o que se revela nos autos. Na hipótese, não há que falar em preclusão lógica da questão, nem em ausência do interesse recursal.

III. O pedido genérico e o esclarecimento prestado pela impetrante afastam a nulidade da sentença acoimada de *ultra petita*. Vício que se ocorresse levaria ao decotamento do excesso e não nulidade da sentença. Nulidade rejeitada.

IV. A Constituição Federal nos arts. 133 e 134 trata dos advogados e da Defensoria Pública na mesma seção. A Lei Complementar 80/1994 e a Lei Complementar 26/2006 do Estado da Bahia exigem a inscrição do candidato na OAB como requisito para inscrição no concurso e/ou posse.

V. Legitimidade da exigência de inscrição dos defensores públicos do Estado da Bahia na OAB (§ 1º do art. 3º da Lei 8.906/1994) e da cobrança das respectivas anuidades (art. 46).

VI. Precedentes jurisprudenciais em casos similares (REsp 1089121/PR 2008/0199591-0, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, *DJe* de 20/04/2009; Ap 2007.38.00.004364-5/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, Oitava Turma deste TRF1, *e-DJF1* de 12/11/2010, p. 521-588; e AGA 2007.01.00.057971-4/BA, rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, *e-DJF1* de 10/12/2008, p. 408).

VII. Pedido de assistência simples do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB acolhido.

VIII. Apelação conhecida em parte e provida para cassar a sentença e denegar a segurança.

Numeração única: 0020496-35.2007.4.01.3300

Apelação Cível 2007.33.00.020505-3/BA

Relator: Juiz Federal Cleberon José Rocha (convocado) – 8ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 17/12/2010, p. 2302

- ★ Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais;
- ★ Editora Fórum Administrativo: Revista Fórum Administrativo;
- ★ Editora Forense: Revista Forense;
- ★ Editora LTR: Revista de Previdência Social – RPS;
- ★ Editora Revista dos Tribunais: Revista dos Tribunais, Revista de Processo, Revista de Direito Privado, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Revista de Direito Ambiental, Revista de Direito do Consumidor, Revista Brasileira de Ciências Criminais e Revista Tributária e de Finanças Públicas;
- ★ Editora Dialética: Revista Dialética de Direito Tributário, Revista Dialética de Direito Processual;
- ★ Editora Nota Dez: Revista Jurídica e Revista Interesse Público;
- ★ Editora Nacional de Direito – Livraria Editora: Revista Nacional de Direito e Jurisprudência;
- ★ Editora Plenum: Revista Juris Plenum;
- ★ Associação Paulista de Estudos Tributários: Revista de Direito Tributário da APET;
- ★ Editora IOB: Revista de Estudo Tributário, Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal e Repertório de Jurisprudência IOB, IOB Direito Administrativo, Direito Público e CD Juris Síntese.

Normas de envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos 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 nas seções *Artigos Doutrinários* e *Tópicos Jurídicos* 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 e tópicos jurídicos

- 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 preferencialmente 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 15 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 dez e no máximo 30 laudas e da seção *Tópicos Jurídicos* entre duas e dez 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.

