

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

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Número 11 Ano 22 Novembro/2010

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – 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

Paulo Sérgio Farripas de Moraes Júnior – estagiário

Paulo Souza da Silva

Pedro Eugênio Azevedo Lima

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

Revisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

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

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 Amílcar Machado*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Desembargador Federal *Jirair Aram Mequerian*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *I'talo Mendes*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *João Batista Moreira*

Desembargador Federal *Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene Almeida*

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 Amilcar Machado*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargadora Federal *Assusete 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 *Olindo 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

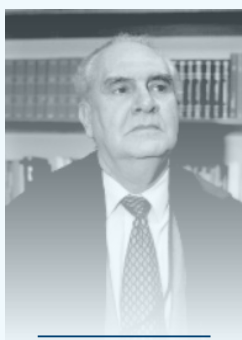
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – Diretor

Escola da Magistratura Federal da Primeira Região — ESMAF

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – Diretor
Desembargador Federal *I'talo Mendes* – Vice-Diretor

Seccionais

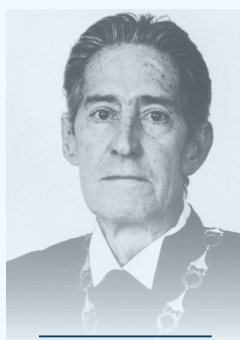
Seção Judiciária do Estado do Acre
Seção Judiciária do Estado do Amapá
Seção Judiciária do Estado do Amazonas
Seção Judiciária do Estado da Bahia
Seção Judiciária do Distrito Federal
Seção Judiciária do Estado de Goiás
Seção Judiciária do Estado do Maranhão
Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso
Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais
Seção Judiciária do Estado do Pará
Seção Judiciária do Estado do Piauí
Seção Judiciária do Estado de Rondônia
Seção Judiciária do Estado de Roraima
Seção Judiciária do Estado do Tocantins



Desembargador Federal
Adhemar Maciel
abril/1989 – novembro/1992



Desembargador Federal
Catão Alves
novembro/1992 – outubro/1993



Desembargador Federal
Leite Soares
novembro/1993 – junho/1994



Desembargador Federal
Tourinho Neto
junho/1994 – abril/1997



Desembargador Federal
Osmar Tognolo
maio/1997 – maio/1999



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



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



Desembargador Federal
Olindo Menezes
maio/2003 – maio/2005



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



Desembargador Federal
Tolentino Amaral
junho/2006 – julho/2007



Desembargador Federal
Hilton Queiroz
agosto/2007 – agosto/2009



Desembargador Federal
Carlos Moreira Alves
a partir de setembro/2009

Editorial	15
Juramento	17
Epígrafe	19
Ponto de Vista	21
A dimensão política da fé Frei Betto	
Artigos Doutrinários	25
Separação de Poderes, legitimação do Poder Judiciário e consequencialismo, 25 Jorge Amaury Maia Nunes	
Coerência e adequação: uma crítica à metodologia da ponderação de valores, 34 Marcus Seixas Souza	
Tópicos Jurídicos	47
Manifesta agressão ao princípio constitucional da proibição do retrocesso ecológico no projeto de instalação da Hidrelétrica Belo Monte na região amazônica brasileira, 47 Souza Prudente	
Possibilidade ou não da regra de incidência da impenhorabilidade em cadernetas de poupança com valores depositados acima de 40 salários-mínimos, 55 Alexandre Pontieri	
O aviso prévio indenizado e a ilegalidade da incidência de contribuição previdenciária, 59 Daniel Carneiro Machado	
Inovações Legislativas	65
Lei 12.336, de 26 de outubro de 2010, 65 Altera as Leis 4.375, de 17 de agosto de 1964, que dispõe sobre o serviço militar, e 5.292, de 8 de junho de 1967, que dispõe sobre a prestação do serviço militar pelos estudantes de Medicina, Farmácia, Odontologia e Veterinária e pelos médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários.	
Acórdãos: inteiros teores	67
Corte Especial – Tutela antecipada. Suspensão da execução. Pressupostos específicos da contracautela. Benefício previdenciário. Desconto de empréstimo consignado, 67 Numeração única: 0034369-74.2008.4.01.0000 Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 2008.01.00.034078-6/PA Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes	

Primeira Seção – Documento emitido após o trânsito do julgado rescindendo. Não caracterização de documento novo. Violação a literal disposição de lei. Não ocorrência, 71

Numeração única: 0015997-82.2005.4.01.0000

Ação Rescisória 2005.01.00.036810-6/MG

Relator: Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado)

Segunda Seção – Calúnia. Crime contra a honra de servidor público federal, no exercício da função. Competência. Justiça Federal. Não ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, pela pena *in abstracto*. Legitimação concorrente do Ministério Público e do ofendido *propter officium*. Queixa-crime subscrita apenas por advogado sem poderes especiais e sem menção ao fato criminoso, 74

Numeração única : 0040449-88.2007.4.01.0000

Petição Criminal 2007.01.00.039883-6/DF

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães

Terceira Seção – Conflito negativo de competência entre juiz federal e juiz de Juizado Especial Federal. Competência. TRF 1ª Região. Julgamento STF em sede de repercussão geral. Execução de composição dos danos civis aviada em ação criminal, 83

Conflito de Competência 0015740-81.2010.4.01.0000/TO

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

Quarta Seção – Contribuição previdenciária. Impedimento de cobrança de valores incidentes sobre a remuneração de servidores. Lei 9.876/1999. Câmara municipal. Ilegitimidade ativa *ad causam*, 86

Numeração única: 0006823-82.2002.4.01.4000

Embargos Infringentes na Apelação Cível 2002.40.00.006826-5/PI

Relator: Juiz Federal Eduardo José Corrêa (convocado)

Primeira Turma – Servidores públicos. Professores universitários. GED – Gratificação de Estímulo à Docência. Inclusão na base de cálculo de quintos/décimos incorporados. Impossibilidade. Ausência de previsão legal, 89

Numeração única: 0030371-73.2000.4.01.3300

Apelação/Reexame Necessário 2000.33.00.030374-6/BA

Relator: Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado)

Segunda Turma – Contagem de tempo de serviço. Aluno-aprendiz. Escola Técnica Federal de Mato Grosso. Retribuição pecuniária à conta de dotação global da União, 91

Numeração única: 0006004-21.2001.4.01.3600

Apelação/Reexame Necessário 2001.36.00.006004-3/MT

Relator: Desembargador Federal Francisco de Assis Betti

Terceira Turma – Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Não ocorrência das hipóteses previstas, para a decretação da prisão preventiva, por crime punido com detenção. Regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Paciente que permaneceu solto, durante a tramitação do processo. Direito de apelar em liberdade. Improriedade da custódia cautelar, 94

Habeas Corpus 0011272-74.2010.4.01.0000/AM

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães

Quarta Turma – Tráfico internacional de pessoas. Autoria. Demonstração insuficiente. Princípio *in dubio pro reo*, 100

Numeração única : 0018120-29.2005.4.01.3500

Apelação Criminal 2005.35.00.018264-2/GO

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

Quinta Turma – Correntista da Caixa Econômica Federal. Cheque depositado no Banco do Brasil S/A. Falha na captura. Alteração do valor. Devolução. Indenização. Código de Defesa do Consumidor. Incidência. Responsabilidade objetiva, 104

Numeração única: 0000797-15.2004.4.01.3801

Apelação Cível 2004.38.01.00.0730-2/MG

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

Sexta Turma – Concurso público. Agente de Polícia Federal. Teste de aptidão física. Realização do teste de barra fixa (modalidade dinâmica) por mulher. Reprovação. Repetição do teste. Alegação de violação ao princípio da isonomia. Improcedência, 108

Numeração única: 0003002-31.2005.4.01.3300

Apelação/Reexame Necessário 2005.33.00.003003-4/BA

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Sétima Turma – IRPF: retenção da restituição para compensação de ofício pelo Fisco com créditos do contribuinte. DL 2.287/1986. Lei 11.196/2005. Decreto 2.138/1997. CF/1988 (art. 100, §§ 9º e 10). EC 62/2009. Resolução CNJ 115/2010, 110

Agravo de Instrumento 0041914-30.2010.4.01.0000/AP

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral

Oitava Turma – Emissão de passaporte. Cobrança de pena pecuniária no caso de não apresentação do documento antigo, estipulada por meio de decreto. Impossibilidade. Princípio da legalidade. Imposição de multa diária contra a Fazenda Pública. Cabimento, 113

Numeração única: 0002577-02.2003.4.01.3000

Apelação/Reexame Necessário 2003.30.00.002578-6/AC

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Decisões Monocráticas

117

Suspensão de decisões que afastaram a RDC 44, bem como as INs 9 e 10, de 17/08/2009, relativamente à disposição de medicamentos isentos de prescrição permanecerem ao alcance dos usuários em farmácias e drogarias, bem como quanto aos produtos permitidos para dispensação e comercialização em farmácias e drogarias, 117

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0062985-88.2010.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Conflito negativo de competência suscitado por Juízo de Direito ante a ausência de vara federal instalada na Comarca de Araguaína/TO. Juízes das Varas da Fazenda Pública da Comarca se declararam incompetentes para processar e julgar ações de natureza previdenciária. Decisões conflitantes em conflitos negativos de competência entre o TRF e o TJ/TO, 119

Conflito de Competência 0037398-64.2010.4.01.0000/TO

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

Pedido de antecipação de tutela e determinação da paralisação das obras do chamado *camelódromo* ou qualquer outra sem a anuência da Antaq. Fixação de multa diária para o caso de descumprimento da decisão. Alegação de abuso de poder, que atingiria estranho à relação processual, 121

Mandado de Segurança 0053890-34.2010.4.01.0000/AM

Relator: Juiz Federal Alexandre Jorge Fontes Laranjeira (convocado)

Aposentadoria por invalidez. Restrições para esforços físicos excessivos não equivalem à incapacidade laboral. Análise do laudo associada às condições da parte segurada. Benefícios indevidos, 125

Numeração única: 0012523-94.2010.4.01.3600

Recurso Inominado 2008.36.03.702331-6/MT

Relatora: Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu

Responsabilidade civil. Pedido de indenização. Danos materiais. Redução do valor das quotas. Aplicação da instrução CVM 365/2002. Possibilidade, 127

Numeração única: 0067236-74.2005.4.01.3800

Recurso Inominado 2005.38.00.722111-3/MG

Relator: Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes

Anulação de débito. Conselho Regional de Contabilidade do Distrito Federal – CRCDF. Pagamento de anuidade, 128

Numeração única: 0040839-77.2006.4.01.3400

Recurso Inominado 2006.34.00.703441-1/DF

Relator: Juiz Náiber Pontes de Almeida

Anel e Celg. Consumidor de baixa renda. Inclusão em subclasse residencial de baixa renda. Aferição da miserabilidade. Beneficiário de amparo assistencial. Renda familiar inferior a ¼ do salário-mínimo. Critério objetivo satisfeito, 128

Numeração única: 0023821-29.2009.4.01.3500

Recurso Inominado 2009.35.00.702416-7/GO

Relator: Juiz Federal Paulo Ernane Moreira Barros

PIS/Pasep. Levantamento. Trabalhador afastado do mercado formal de trabalho há mais de três anos. Interpretação teleológica do art. 4º, §1º, da Lei Complementar 26/1975. Impossibilidade de aplicação da lei de regência do FGTS, 129

Numeração única: 0024155-63.2009.4.01.3500

Recurso Inominado 2009.35.00.702775-5/GO

Relator: Juiz Federal Paulo Ernane Moreira Barros

Princípios constitucionais. Técnica da ponderação. Prévio requerimento administrativo. Prova da necessidade do processo, 130

Numeração única: 0007341-30.2010.4.01.3600

Recurso Inominado 2010.36.00.901692-9/MT

Relator: Juiz Federal Jeferson Schneider

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

Antecipação de tutela. Conversão do agravo de instrumento em retido. Ausência de *periculum in mora*. Ilegalidade manifesta ou teratologia inexistente.

Agravo regimental na ação rescisória. Princípio do juiz natural. Turma composta majoritariamente por juízes convocados. Nulidade. Inexistência.

Ação penal. Prefeito municipal. Decreto-Lei 201/1967, art. 1º, inciso XIV. Prescrição em perspectiva. Precatório. Pagamento. Ato administrativo. Atipicidade.

Conflito de competência. Vara de Juizado Especial Federal e vara de competência comum federal. Interpretação legal. Inexistência de anulação de ato administrativo em exame. Demanda sem complexidade que versa relação jurídica individual.

Conflito negativo de competência. Juizados Especiais Federais de seções judiciárias distintas, mas vinculados ao mesmo tribunal. Domicílio do réu. Competência relativa. Declinação de ofício. Impossibilidade.

Servidores públicos. Revisão geral de remuneração. Art. 37, X, da CF/1988. Não autoaplicável. Lei 7.706/1988. Database. Necessidade de lei específica. Iniciativa do Presidente da República. Omissão não sanável pelo Judiciário.

Pagamento da vantagem de décimos incorporados. Recebimento de valores indevidos. Restituição ao erário. Desnecessidade. Verba alimentar percebida de boa-fé.

Desapropriação. Reforma agrária. Ação cautelar. Produção antecipada de provas. Perícia posterior a imissão do expropriante na posse do imóvel. Perda de objeto superveniente: não ocorrência. Gratuidade de justiça.

Falsificação de documento público. Falsificação grosseira configurada. Atipicidade da conduta. Crime impossível.

Ensino. Sistema de cotas. Aluna que cursou um ano do ensino médio em escola particular com bolsa integral.

FGTS. Levantamento de saldo por procuração. Titular residente no exterior. Art. 20, § 18, da Lei 8.036/1990.

Impostos e taxas municipais. ISS. Incidência em operações referentes à atividade-fim da ECT. Serviços postais. Imunidade recíproca reconhecida. Cobrança da taxa de licença para funcionamento, considerando o número de empregados para efeito de base de cálculo. Inadmissibilidade.

Repositórios Oficiais de Jurisprudência

141

Normas de Envio de Artigos Doutrinários e Tópicos Jurídicos à Revista

143

Na Revista deste mês, Carlos Alberto Libânio Christo, conhecido nacionalmente como Frei Betto, uma das figuras mais expressivas do cenário político-social brasileiro, concede entrevista que gira em torno de religiosidade, militância, literatura e poder, temas examinados levando-se em conta a atual conjuntura política do nosso País.

Na Seção Artigos Doutrinários, a Revista apresenta um estudo acerca do princípio da separação dos Poderes, suas origens, evolução e legitimação do Poder Judiciário fundada numa postura consequencialista, bem como traz uma crítica à metodologia de ponderação de valores.

A agressão ao princípio constitucional da proibição do retrocesso ecológico no projeto de instalação da Hidrelétrica Belo Monte é um dos temas abordados na Seção Tópicos Jurídicos, a qual traz ainda um estudo sobre a controvérsia existente em face da incidência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado e outro pertinente à regra de incidência da impenhorabilidade das cadernetas de poupança.


Entre as inovações legislativas, vale destacar a Lei 12.336/2010, que altera as normas que dispõem sobre a prestação do serviço militar pelos estudantes e respectivos profissionais das áreas de Medicina, Farmácia, Odontologia e Veterinária.

Confira, finalmente, os mais recentes julgados do Tribunal, expressos em acórdãos e decisões monocráticas.

Boa leitura!

"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."



"Falar em direitos humanos no Brasil é luxo. Infelizmente, ainda lutamos por direitos animais, porque isso de comer, defender-se do frio, educar a cria, é coisa de bicho, que a maioria da população do meu país ainda não tem assegurada pelas estruturas políticas."

Frei Betto

Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/freibetto/valores.htm>>.

A dimensão política da fé

Frei Betto*



“Ao contrário do que eu pensava, o poder, qualquer poder, do gerente de banco ao guarda da esquina, não muda ninguém, mas faz com que a pessoa se revele.” (....) “O repelente para a picada da mosca azul é manter vínculos permanentes com os movimentos sociais, desenvolver antídotos espirituais, deixar-se criticar, e agir em função da parcela mais oprimida da sociedade.”

Revista: Na obra de Manuel Bandeira consta um poema no qual ele diz que certa vez viu um bicho revirando o lixo e descobriu que se tratava de um homem. Como o senhor avalia a estrutura social em que vivemos?

Frei Betto: Tenho andado muito pela América Latina. Este ano já estive no Uruguai, Argentina, Colômbia, Equador, Panamá, Cuba, Bolívia, Venezuela e República Dominicana.

O que me chama a atenção é que não vejo, nos países do Continente, crianças de rua. Há, sim, mendigos, limpadores de para-brisas, vendedores ambulantes em quantidade. Mas não esta aberração chamada criança de rua! Ou seja, há pobreza, mas não a miséria que ainda se vê no Brasil.

É verdade que o governo Lula conseguiu reduzir significativamente nosso índice de miséria. Pelo menos 20 milhões de pessoas subiram da classe E à D. A classe média se fortaleceu, graças à ampliação do crédito e ao progressivo aumento do salário-mínimo. Mas ainda temos 15 milhões de pessoas na miséria; o número de estudantes em universidades é metade do número de analfabetos com mais de 15 anos de idade; 49% dos 135

milhões de eleitores têm apenas o ensino fundamental; 50% dos 101 milhões de trabalhadores não têm carteira assinada, sobrevivem da economia informal.

Como já se disse, o Brasil é um país rico, porém injusto. Há que reconhecer que o governo Lula, ao implementar políticas sociais ousadas, aumentou a distribuição de renda. Contudo, lamento que tenha abortado o Fome Zero, que tinha caráter emancipatório, para substituí-lo pelo Bolsa Família, que tem caráter compensatório.

Sobre isso escrevi, em detalhes, no livro *Calendário do Poder* (Rocco), no qual dou o balanço dos dois anos em que participei do governo Lula.

Revista: Poderia nos falar sobre a formação das Comunidades Eclesiais de Base?

Frei Betto: As CEBs (Comunidades Eclesiais de Base) surgiram no Brasil no início da década de 1960. São comunidades populares formadas por cristãos das classes de baixa renda, em especial nas periferias das cidades e na zona rural. Durante a ditadura militar elas tiveram espantoso crescimento, chegaram a mais de 100 mil núcleos em todo o País, graças ao método ver-julgar-agir combinado com a pedagogia de Paulo Freire.

*Frade dominicano, teólogo e escritor.

A partir delas é que surgiu a Teologia da Libertação – um enfoque da fé cristã pela ótica dos oprimidos. Nessa linha reescrevi os evangelhos, de forma romancada, em *Um Homem Chamado Jesus* (Rocco).

Na década de 1970, as CEBs tiveram grande avanço na América Latina e contribuíram decisivamente para a derrubada da ditadura Somoza na Nicarágua. Aqui no Brasil, funcionaram como sementeiras de lideranças populares. Inúmeros políticos brasileiros – como Chico Mendes, Marina Silva, Luíza Erundina, Vicentinho, Olívio Dutra, Paulo Paim etc. – tiveram sua iniciação política nas CEBs.

Com o fim da ditadura e o pontificado de João Paulo II, as CEBs refluíram por força de um processo de *vaticanização* da Igreja no Brasil. Hoje elas continuam a atuar, porém com menos impacto, em nossa vida social.

Revista: Religiosidade, militância política e literatura são as três coisas que mais lhe dão prazer?

Frei Betto: Na verdade são duas as coisas que mais gosto de fazer: orar e escrever. O humano se distingue dos demais animais por sua linguagem e inteligência criativas e, em especial, pela capacidade de conectar-se com o Transcendente. Portanto, atribuo a minha saúde mental à meditação. Gosto imensamente de estar só, entregue a esta janela que a fé nos abre: a percepção da presença amorosa de Deus em nossas vidas.

Nasci para escrever. Se não o faço durante 48 horas é como se me faltasse o ar que respiro. Já são 53 livros (vide <<http://www.freibetto.org>>) e tantos outros projetos em andamento, além dos sete ou oito artigos mensais para jornais e revistas.

Já a militância política não chega a ser um prazer, é um dever. Não me concebo sem desfrutar de meus direitos como cidadão, bem como assumindo meus deveres, participando ativamente do esforço de melhoria de meu País e do mundo em que vivemos. Tenho consciência de que não participarei da colheita, mas faço questão de morrer semente.

Revista: Em que perspectiva deve ser compreendido o voto de pobreza?

Frei Betto: Não me agrada esta linguagem medieval de pobreza, castidade e obediência. Preferiria que os votos religiosos tivessem uma conotação mais bíblica. Assim, a pobreza seria voto de compromisso com a justiça; a castidade, voto de gratuidade no amor; a obediência, voto de fidelidade comunitária.

Em si a pobreza é um mal. Não há um só versículo na Bíblia que diga que a pobreza é agradável aos olhos de Deus. Pelo contrário, devemos lutar para erradicá-la. Os pobres, sim, são bem-aventurados, porque Deus toma o partido deles, defende as causas deles, como fez Jesus, a ponto de morrer como um prisioneiro político...

Fazer voto de pobreza, hoje, é colocar-se ao lado dos mais pobres, dos movimentos populares, das situações de risco exigidas na luta por justiça. Sobretudo despojar-se das três maiores tentações do ser humano: o ter, o prazer e o poder. E, tendo-os, saber usá-los no sentido altruísta, da solidariedade, da partilha e do amor.

Revista: O Fórum Social Mundial chegou à sua 10ª edição em 2010. Qual a avaliação que o senhor faz desse evento?

Frei Betto: Considero-o muito importante, por ser uma tribuna internacional fundada no pluralismo, na diversidade de movimentos e opiniões e, ao mesmo tempo, centrada na crítica ao neoliberalismo e na busca alternativa *de outros mundos possíveis*. Não conheço evento mais democrático que o Fórum Social Mundial. Dele se irradia a globalização autêntica, a da solidariedade, e não esta globocolonização inspirada por Davos.

Revista: O senhor foi preso político por quatro anos. Que tipo de aprendizado se pode tirar da prisão?

Frei Betto: Toda a minha experiência de 15 dias de prisão, em junho de 1964, e depois quatro anos (1969/1973) está descrita nos livros *Batismo de Sangue*, *Diário de Fernando* (Rocco) e *Cartas da Prisão* (Agir).

A prisão não tem meio termo: ou nos engrandece ou aniquila. Graças a Deus não fiz dela um hiato em minha vida. Prossegui ali dentro minha militância, meu trabalho, meus estudos. Sobretudo, orei e escrevi muito, e isso preservou a minha saúde psíquica, apesar dos sofrimentos.

Há que considerar que vivi uma situação inusitada para os presos políticos da época: fui retirado do meio deles e inserido, durante quase dois anos, no meio dos presos comuns, em penitenciárias, submetido ao mesmo rigor carcerário deles. Ali, entretanto, em companhia de mais cinco presos políticos, foi possível organizar grupos bíblicos, promover um supletivo de ginásio e desenvolver um trabalho teatral.

Revista: No livro *A Mosca Azul* o senhor faz algumas reflexões sobre o poder. Qual o repelente para a *mosca azul*?

Frei Betto: Nos dois anos em que participei do governo Lula – 2003 e 2004 – muito aprendi sobre o poder. Ele é uma esfinge, e, para melhor decifrá-la, recorri à leitura de Platão, Maquiavel, Montaigne, Marx, Walter Benjamin, Hanna Arendt etc., e também de Shakespeare e Machado de Assis. Daí nasceu o livro *A Mosca Azul* (Rocco).

Ao contrário do que eu pensava, o poder, qualquer poder, do gerente de banco ao guarda da esquina, não muda ninguém, mas faz com que a pessoa se revele. Como diz o ditado espanhol: “Se queres conhecer a Juanito, dá a ele um carguito.”

O repelente para a picada da mosca azul é manter vínculos permanentes com os movimentos sociais, desenvolver antídotos espirituais, deixar-se criticar, e agir em função da parcela mais oprimida da sociedade. Fora disso é grande o risco de o veneno ser inoculado e a pessoa cooptada pelos *valores* do sistema capitalista neoliberal em que vivemos.

Revista: Qual a dimensão política da fé?

Frei Betto: Todos nós, cristãos, somos discípulos de um prisioneiro político, como assinalei acima. Jesus não morreu de hepatite na cama, nem de desastre de camelo numa esquina de Jerusalém. Foi condenado à morte por dois poderes políticos! Portanto, a fé tem sempre uma função política: ou de sacralizar o sistema vigente ou de questioná-lo por não estar conforme os valores evangélicos de vida para todos, partilha dos bens, solidariedade com os excluídos etc.

Em *Mística e Espiritualidade* (Vozes), que escrevi com Leonardo Boff, descrevemos essa íntima conexão entre fé e política, frisando que há de se evitar a ideologização da fé (para não cair no

fundamentalismo) e a sacralização da política (para não cair no autoritarismo).

Revista: Levando em conta os novos paradigmas políticos existentes no Brasil e no mundo, como a teologia da libertação pode sobreviver dentro de uma igreja cuja cúpula se opõe às suas premissas?

Frei Betto: Opõe-se, mas já não se impõe, no sentido inquisitorial. Hoje a cúpula da Igreja é mais tolerante, e a Teologia da Libertação conta com certo número de adeptos dentro dela.

Por outro lado, dizia Santo Agostinho que a Igreja é uma velha grávida de si mesma. Ou seja, só se pode mudar um país atuando dentro dele. O mesmo se aplica à Igreja.

Revista: Há algo de sagrado no livro *Comer como um Frade*? Qual o caráter sagrado da alimentação? A nossa vida é um processo eucarístico?

Frei Betto: *Comer como um Frade* (José Olympio) é meu livro de culinária e traz o saboroso subtítulo de “divinas receitas para quem sabe por que temos um céu na boca”. Como sou filho de Maria Stella Libanio Christo, reconhecida como a maior especialista em culinária mineira, e autora de oito livros sobre cozinha, devo ter herdado o gene da alquimia gastronômica.

Sim, todas as vezes que comemos, celebramos, inconscientemente, um rito eucarístico, pois à mesa se encontra um alimento que estava vivo e morreu para nos dar vida. Uma bebida é feita de algo que estava vivo e morreu para nos dar vida. E à mesa há uma troca, uma interação ou comunhão entre os comensais, que ali partilham bens (os alimentos), opiniões, esperanças e a própria magia de viver.

Separação de Poderes, legitimação do Poder Judiciário e consequencialismo

Jorge Amaury Maia Nunes*

Os lindes do problema

A norma insculpida no art. 2º da Constituição, que dispõe sobre a independência e harmonia dos Poderes da União, tem sido motivo de perplexidade, não tanto pela sua expressão literal, mas, possivelmente, em face do maior ou menor grau de correspondência que esse princípio tem no mundo sensível, considerado aqui especificamente o Estado brasileiro, correspondência essa a qual tem variado ao correr das décadas e das constituições nacionais, sendo certo que somente a Constituição de 1937 não o acolheu em seu corpo.

De outra banda, e ao que tudo indica, mais de três séculos de elaboração, experimentação e consolidação da teoria da separação dos Poderes não foram suficientes para esparcar as hesitações doutrinárias e práticas a respeito do perigo que representa o abandono da tese: *o poder para o poder*. Isso se deve, talvez, a uma tresleitura do princípio ou à necessidade de sua releitura, não sendo poucos, porém, os que sustentam que, avelantada, a teoria “expirou desde muito como dogma de ciência.”¹

Impõe-se um exame crítico do assunto, em termos do que realmente significa ou pode significar a separação dos Poderes, como concepção teórica e como princípio referenciado ao ordenamento jurídico-político brasileiro, de modo a tentar descobrir, se for o caso, em que medida a dimensão que se lhe atribua repercutirá sobre o relacionamento do Judiciário com os demais Poderes.

O princípio da separação de Poderes

Como concepção teórica, pareceria correto admitir que os formuladores do princípio e seus precursores (Aristóteles, por exemplo) não conferiram ao Poder Judiciário a posição de proeminência que parcela da doutrina juspublicista lhe atribui. Locke², com efeito, a ele nem sequer se refere como poder autônomo; Montesquieu dispensa-lhe um papel

secundário, como um desdobramento da atividade executiva.³

Como princípio referenciado ao ordenamento jurídico brasileiro, o seu acolhimento constitucional não é, por si só, capaz de deitar luzes definitivas ao problema. É que, como advertem Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito⁴, os princípios ensartados no Estatuto Político, entre eles o da separação dos Poderes, “padecem de uma imprecisão conceitual ontológica”, fenômeno, aliás, reconhecido por praticamente todos os constitucionalistas que se ocuparam do exame da matéria.

É necessário, pois, precisar esse conceito, sempre tendo presente que todos os elementos interpretativos do texto constitucional hão de ter sua conformação exclusivamente endógena, dada a noção de autorreferência que cerca a hermenêutica constitucional⁵.

Não se pretende, contudo, fazer dessa investigação mera formulação teórica, desvestida de utilidade prática. A todo instante vêm a lume novas pesquisas sobre o papel do Judiciário na também nova concepção de Estado Democrático de Direito embaladas, sobretudo, pelas chamadas teorias neoconstitucionalistas, investigações essas que têm como foco, dentre outros, a observação sobre a legitimidade (ou ausência de) do Poder Judiciário para atuar propositivamente no exercício de seus misteres e os limites dentro dos quais pode operar sem desbordar para a seara do arbítrio, naquilo que tem sido apelidado genericamente de ativismo judiciário.

Tem-se admitido como certo que o princípio da separação dos Poderes, de estatura constitucional, influi de maneira preponderante na formação do Estado, sendo acolhido praticamente em todas as modernas constituições, ressalvada a Constituição do Estado da Cidade do Vaticano.⁶

* Professor na UnB e doutor em Direito pela USP

¹ Ver, por todos, Paulo Bonavides in *Ciência Política*, p. 162.

² Confira-se o entendimento do filósofo inglês em *An Essay Concerning The True Original Extent and end of Civil Government*, *passim*.

³ Conceda-se, porém, que o conceito de Poder Executivo, à época, era diverso do que vige hoje, conforme será oportunamente demonstrado.

⁴ *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 1982, p. 16.

⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 14.

⁶ Cf. Nuno Piçarra in *A separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional — Um contributo para o Estudo e suas Origens e*

A ideia de separação dos Poderes inspirou-se, nos séculos XVII e XVIII, em princípios similares aos que hoje provocam a repartição do poder, tendentes a impedir a instauração do arbítrio e da tirania. Novos são, apenas, a percepção do aspecto fragmentário do poder e o fato de que a sociedade moderna (considerada aqui apenas a chamada civilização ocidental) não é rigidamente estratificada. Talvez até tenha sido a existência de sociedades rigidamente estratificadas a mola propulsora do desenvolvimento da teoria da soberania popular.

É certo, porém, que os princípios ensartados no Estatuto Político *padecem de uma imprecisão conceitual ontológica*, como já apontado preambularmente, cabendo à doutrina precisá-los. No caso concreto, cumpre especificar o que hoje significa o princípio da separação dos Poderes e como foi ele lançado no ordenamento constitucional brasileiro pelo poder constituinte originário.

Isso não poderá ser feito senão com o estudo da evolução do pensamento filosófico e científico a respeito do tema. Toda investigação a respeito do tema conduz a Aristóteles como precursor da teoria da separação dos Poderes. Ao conceber no seu *A Política* os princípios informadores da constituição mista, ou da constituição média⁷, Aristóteles já previa a partição do poder entre classes, ideia que certamente foi assimilada pelos modernos formuladores da teoria sob exame: o equilíbrio do poder político; por sua distribuição entre as várias classes sociais, como forma de representar os chamados fins sociais realmente queridos por toda a coletividade.

Para atingir esse desiderato, Aristóteles entendia ser necessário misturar as diversas formas de governo que concebeu — realeza, aristocracia e república, formas boas; e tirania, oligarquia e demagogia, formas

más^{8 9 10} —, porque nas constituições puras¹¹ um único grupo ou classe social detém o poder político.

A constituição mista é, para Aristóteles, aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício da soberania, ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva é comum a todas.

Há, pois, na teoria das constituições mistas, uma espécie de separação dos Poderes (poder político) por meio de sua distribuição entre as várias classes sociais, embora não tivesse cogitado Aristóteles, ainda, de uma expressa divisão orgânica.

É certo, entretanto, que foi Locke quem assentou — visando a dar legitimidade à assunção de Guilherme de Orange ao trono inglês — as bases do princípio da separação dos Poderes, ou, melhor dizendo, de uma das formulações conceituais de maior prestígio a respeito do tema.¹²

As formulações de Locke não eram de natureza meramente teórica. Ao revés, fundavam-se na experiência inglesa e, ao que parece, representavam os anseios políticos da época.

Locke encontrava estabelecida no Estado inglês a temática da constituição mista porquanto o rei, a nobreza e os comuns ocupavam posições bem definidas tanto nas instituições estaduais quanto no exercício do poder político.¹³

Ao contrário, porém, do que ocorre na teoria das constituições mistas, que se baseiam num fato natural, Locke, a exemplo de Rousseau e Hobbes, encontra a essência do poder político e, por via de consequência, do Estado, em um pacto — pacto de sociedade para os dois primeiros, pacto de sujeição para o último. A adoção da teoria contratualista sugere que Locke se afasta da teoria mista da distribuição estamental do

Evolução, p.11, nota 1.

⁷ Nuno Piçarra entende que o conceito de constituição mista atende às desigualdades e diversidades existentes na sociedade com o objetivo de as compor na orgânica constitucional, de tal maneira que nenhuma classe adquira preponderância sobre a outra, enquanto que a constituição média encara o equilíbrio entre as classes como um processo de atenuação das diferenças entre elas, ou seja, como um processo de integração numa grande classe média. *Op. cit.*, p. 35.

⁸ *A Política*, p. 109.

⁹ Nuno Piçarra, baseado na mesma fonte, indica como formas de governo a monarquia, aristocracia, república e tirania, oligarquia e democracia. *Op. cit.*, p. 33.

¹⁰ Ives Gandra Martins aponta: reino, aristocracia e politia (boas formas) e tirania, oligarquia e democracia (formas más), in *A Separação dos Poderes no Brasil*, p. 17.

¹¹ Aristóteles assimilava constituição a governo.

¹² Há três opiniões, segundo Nuno Piçarra, a respeito da autoria da separação dos Poderes: a que entende ter sido Locke o seu autor original; a que vê em Locke mero precursor de Montesquieu e a que não vê na sua obra qualquer doutrina de separação.

¹³ Cf. Piçarra, *op. cit.*, p. 67.

poder e pugna pela divisão de Poderes; classifica-os em Legislativo, Executivo e Federativo, sendo que este último concerne aos assuntos exteriores (poder de fazer a guerra, a paz, constituir ligas e alianças e de levar adiante todas as negociações que seja preciso realizar como pessoas e comunidades políticas alheias).¹⁴

Paulo Bonavides¹⁵ aponta ter Locke distinguido o Judiciário como um poder autônomo. Na mesma senda caminha Jose Maria Rodriguez Paniagua¹⁶. Essas opiniões são, a nosso ver, equivocadas. Deveras, o exame da fonte primeira, *O Ensaio sobre o Governo Civil*, não autoriza a conclusão a que chegam. Com efeito, a epígrafe do Capítulo XII bem demonstra o pensamento do filósofo inglês: Do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Federativo da Comunidade Política; e, nele, somente esses três Poderes são versados.

É claro que Locke não desconhece a necessidade do exercício da função judicial, mas o atributo que lhe comete é esse mesmo: de função. Jamais lhe empresta a conotação de poder independente. Assim, por exemplo, ao cuidar da sociedade política, ou civil, no Capítulo VII, afirma: “Isto é que retira os homens de um estado de Natureza e os coloca dentro de uma sociedade civil, quer dizer, o fato de estabelecer neste mundo um juiz com autoridade para decidir todas as disputas e reparar todos os danos que possa sofrer um membro da sociedade. Esse juiz é o *Poder Legislativo*.”¹⁷ O exercício da função judicial seria, pois, atribuído ao Poder Legislativo, ou a quem ele delegasse; jamais constituiria outro poder.

Esclareça-se que essa separação de Poderes concebida por Locke não os colocava em absoluto pé de igualdade. É compreensível isto: assim como Hobbes, no *Leviatã*, fazia a apologia do poder absolutista (daí o pacto de sujeição), Locke atacava as bases dos Estados absolutos conferindo o poder de fazer as leis à sociedade como um todo e vinculando o chefe do Executivo a agir na sua conformidade. Suas palavras não deixam margem a dúvida:

Não somente é o Poder Legislativo o poder máximo da comunidade política; é também sagrado e imutável em mãos onde a comunidade o haja situado. Nenhum edito ou ordenação, seja de quem

seja, qualquer que seja sua redação e qualquer que seja o poder que lhe dê supedâneo, tem a força e a obrigatoriedade de uma lei, se não tiver sido aprovada pelo Poder Legislativo eleito e aprovado pelo povo.¹⁸

Sem embargo dessa supremacia do Legislativo, parece evidente que a atribuição do Poder Executivo ao monarca (i) aproximava a teoria de Locke da teoria das constituições mistas; e (ii) intuía a separação de funções do Estado de forma não estanque, sobretudo porque reservava ao Poder Executivo a chamada Prerrogativa, uma espécie de poder de editar medidas provisórias, para promover o bem-comum, onde a lei fosse omissa ou lacunosa, ou mesmo, em certos casos, agir *contra legem* para atenuar os rigores da lei¹⁹.

Isso tudo nos leva a crer ter sido Locke o primeiro formulador de uma teoria da separação dos Poderes, embora essa, evidentemente, não corresponda àquela que foi popularizada por Montesquieu que, registre-se, foi construída, indutivamente, a partir da observação do filósofo francês sobre a Constituição e a *praxis* inglesas.

É certo, porém, que a fama e a respeitabilidade do princípio devem-se a Montesquieu. Para comprovar isso, Madison, delegado da Virgínia, e quem mais contribuiu, segundo Ralph Gabriel²⁰, para dar forma à Constituição norte-americana, anota, a propósito do princípio da separação dos Poderes, acolhido implicitamente por aquela Constituição, que:

O oráculo que sempre se consulta e cita a esse respeito é o celebrado Montesquieu. Se não foi ele o autor deste valioso preceito da ciência política, teve ao menos o mérito de expô-lo e recomendá-lo de modo mais eficaz à atenção da humanidade.²¹

Essa a dimensão que se deve atribuir ao contributo de Montesquieu à teoria da separação dos Poderes, que se erigiu em princípio fundamental da organização política do Estado moderno²², marcando a evolução do constitucionalismo francês e mundial, sobretudo após sua inserção no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, soando “Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia

¹⁴ Locke, *op. cit.*, p. 167.

¹⁵ *Ciência Política*, p. 148.

¹⁶ *In Historia del Pensamiento Juridico*, especialmente pp. 124/ 125.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 111.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 153, n/ trad.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 182.

²⁰ *In Sobre a Constituição dos Estados Unidos*, trad. de E. Jacy Monteiro, prefácio.

²¹ *Apud* Paulo Bonavides, *Ciência Política*, p. 149

²² Esse princípio foi expressamente adotado a primeira vez em 1776, na Declaração de Direitos da Virgínia.

dos direitos do homem nem determinada a separação dos Poderes não possui, absolutamente, constituição.”

É quase indissolúvel o entendimento de que o princípio da separação de Poderes concebido por Montesquieu consiste em distinguir três funções estatais — legislação, administração e jurisdição — e atribuí-las a três órgãos ou grupos de órgãos, reciprocamente autônomos, que as exercerão com exclusividade ou ao menos preponderantemente.²³

Não nos parece, contudo, que esse seja o único entendimento preponderante na teoria do jusfilósofo francês, como será demonstrado a seguir.

A respeito de suas concepções, cujo conhecimento facilita a compreensão da teoria sob exame, é preciso que se diga que, diversamente de Locke e Rousseau, Montesquieu não é adepto das teorias contratualistas e, por isso, não vê o poder soberano unitariamente contido no povo. Isso é facilmente identificável em diversas passagens de sua obra, quando se refere aos vários estratos sociais como eventuais detentores do poder político²⁴, o que autoriza o entendimento de que, mesmo com a não utilização expressa do termo, Montesquieu se aproxima seguramente da teoria das constituições mistas, de distribuição do poder político entre os diversos estamentos sociais. Expressiva é, por exemplo, esta passagem, que se extrai do famoso Capítulo VI do Livro XI:

Existem sempre num Estado pessoas eminentes pelo nascimento, pelas riquezas ou pelas honras.

Se elas ficassem confundidas entre o povo, e não tivessem senão um voto como os outros, a liberdade comum seria a sua escravidão, e elas não teriam interesses em defender a liberdade, porquanto a maioria das resoluções seria contra elas.

A participação dessas pessoas na legislação deve pois estar proporcionada às demais vantagens que têm no Estado. Ora, isto se dará se elas formarem um corpo com direito de frear as iniciativas do povo, assim como o povo terá direito de frear as delas.

Assim, o Poder Legislativo estará confiado não só ao corpo de nobres, mas também ao corpo escolhido para representar o povo. Os dois corpos terão cada qual as suas assembleias e suas deliberações à parte, e pontos de vista e interesses distintos.

Nuno Piçarra bem enfatiza esse aspecto e, em consequência, consegue examinar a teoria de Montesquieu debaixo de um duplo enfoque: um institucional, funcional, a que chama separação vertical, que cuida da dimensão orgânico-funcional; outro, extrainstitucional, ou separação horizontal, que cuida da dimensão político-social de sua doutrina.²⁵

É evidente a utilidade da dimensão político-social para a compreensão da obra de Montesquieu que, de sabença geral, era referida à Inglaterra do início do século XVIII e que tinha como referencial inarredável a realidade social da França daquela época. A distribuição do poder entre os diversos estamentos buscava impedir a sustentação teórica das chamadas monarquias absolutas, se bem que em Montesquieu não se encontra uma real correspondência entre os diversos estratos sociais e os órgãos designados para o exercício do poder.

Outro aspecto interessante na obra de Montesquieu, quanto à dimensão político-social é que, ao que parece, embora não adepto das teorias contratualistas, entendia o Barão De La Brède que a representação das classes era, internamente, fruto de uma vontade homogênea. Não havia, pois, para ele, conceito de maioria ou minoria dentro das classes. Esse conceito só poderia ser entendido se referenciado a uma outra classe.

É indubitável, porém, que o caráter mais festejado e mais conhecido da teoria de Montesquieu é o da separação das funções do Estado, como forma de evitar o arbítrio. Assevera o jusfilósofo que em cada Estado há três espécies de Poderes: o Legislativo, o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes e o Executivo das que dependem do Direito Civil.

Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado cuida da elaboração das leis, para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas; pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne invasões;²⁶ pelo terceiro, pune os crimes ou julga as demandas entre particulares.

A respeito dessa separação, afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Em realidade, essa tripartição não tem o rigor necessário para ser acatada como científica. De

²³ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, p. 76.

²⁴ V. g. Livro XI, cap. VI.

²⁵ *Op. cit.*, p. 105.

²⁶ Corresponde essencialmente ao Poder Federativo da teoria de Locke.

fato, é fácil mostrar que as funções administrativa e jurisdicional são no fundo a mesma coisa que é a aplicação da lei a casos particulares. A distinção entre ambas pode estar de modo, no acidental, portanto, já que substancialmente não existe.²⁷

Talvez nem seja o caso de ingressar nessa discussão; porém, é evidente que o constitucionalista brasileiro sustenta exatamente a mesma posição que é esposada por Montesquieu. Não há dissenso entre eles como pareceu ao professor brasileiro. Deveras, na variante que ora se examina, duas são as funções executivas: uma das coisas que dependem do direito das gentes (Poder Executivo do Estado); outra o Executivo das coisas que dependem do Direito Civil (poder de julgar)²⁸. Ambas são funções de natureza executiva no sentido de não serem atividade de criação do Direito, e sim no sentido de serem atividades consequentes, atividades de aplicação do Direito.

É bem de ver, porém, que, nada obstante trate de uma mesma atividade executiva, Montesquieu sugere que, subjetivamente, tais funções sejam atribuídas a seres distintos, como o faz, também, relativamente ao Poder Legislativo. É celebre a passagem que se reproduz:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do povo, exercesse estes três Poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes e as demandas dos particulares.

Montesquieu, em diversas passagens, acentua uma enorme preocupação com o poder de julgar, que constitui, hoje, a atividade do Poder Judiciário, e busca, cautelosamente, neutralizá-lo, num exercício premonitório do que viria a acontecer mais tarde, por

exemplo, nos Estados Unidos, onde se estabeleceu o chamado *governo dos juizes*. Fã-lo nestes termos:

O poder de julgar não deve ser entregue a um senado — a expressão deve ser entendida como representando um grupo de pessoas de escol — permanente, mas exercido por pessoas tiradas do seio do povo, em certas épocas do ano, da maneira prescrita em lei, para formar um tribunal que não durará senão o quanto o exigir a necessidade.

Deste modo, o poder de julgar *tão terrível entre os homens*, não estando ligado nem a um certo estado, nem a uma certa profissão torna-se, por assim dizer, invisível e nulo.

(...)

Mas, se os tribunais não devem ser fixos, devem-no os julgamentos. A tal ponto que não sejam estes jamais senão um texto preciso da lei. *Fossem eles a opinião particular dos juizes, e viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os compromissos assumidos.*²⁹ — os grifos não são do original.

É verdade que alguns autores têm buscado demonstrar, hoje, a imprestabilidade do princípio. Nesse sentido, a clássica catilinária contra ele lançada por Marcel de La Bigne Villeneuve³⁰, em 1934, procurando demonstrar a imprestabilidade e inaplicabilidade do princípio e, também, a afirmação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho de que “sua importância costuma ser minimizada, seu fim, profetizado, sua existência até negada... ela é mais aparente do que real.”³¹ Na mesma toada, Paulo Bonavides vai buscar em Coste-Floret a afirmação de que “há muito tempo a regra da separação dos Poderes, imaginada por Montesquieu como um meio e lutar contra o absolutismo, perdeu toda a razão de ser.”³²

Ora, *venia concessa*, não procede o entendimento dos que seguem essa corrente. Deveras, ainda que se possa concordar com o fato de que, sobretudo após a segunda guerra, não se fazem mais presentes as condições que autorizavam a formulação da teoria da separação os Poderes especificamente referenciada à partilha do poder político, no sentido de que todos os estratos da sociedade deveriam estar representados no concerto do exercício das funções estatais, daí não se pode inferir que o princípio perdeu sua utilidade. É que

²⁷ *Op. cit.*, p. 78

²⁸ Esclareça-se que a concepção de Direito Civil é absolutamente distinta da que se tem hoje. Montesquieu, por exemplo, dividia o Direito em: Direito das Gentes, Direito Político e Direito Civil (onde se situa inclusive o Direito Penal, embora já distinguisse as questões penais das demandas entre particulares).

²⁹ *Op. cit.*, pp. 167/168.

³⁰ *La fin Du principe de Séparation des Pouvoirs: les nouvelles formules de la Statologie sociale. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1934*

³¹ *Op. cit.*, p. 79.

³² *Op. cit.*, p. 162.

esse princípio, como qualquer outro da área da Ciência Política ou do Direito, não pode ser compreendido fora de sua dimensão histórica e deve ser historicamente atualizado.

Deveras, com o declínio das monarquias, melhor dizendo, com o declínio das estruturas monárquico-constitucionais detentoras do poder político e com a ascensão da chamada democracia parlamentar, desapareceu o próprio substrato fático que autorizava a construção da teoria das constituições mistas e da separação horizontal do poder, já que todo o poder político passou a ser concentrado no seio de toda a coletividade, dentro de uma concepção que pode ser considerada, nesse ponto, rousseauniana (embora sem a ideia do *one man one vote*).

Não se deve cogitar, porém, em razão da ausência da sociedade estamentalizada, com diferentes polos de poder, de uma inaplicação total dos postulados lançados por Montesquieu. Com efeito, já se disse aqui, ao lado da separação horizontal, cuidou Montesquieu de uma separação orgânico-funcional. Cometeu as principais atividades estatais preponderantemente a certos órgãos, ainda que taxionomicamente se possa lançar essa ou aquela crítica a esse cometimento. Bem de ver, contudo, que próprio conceito de Poder Executivo à época da formulação de Montesquieu era absolutamente distinto do que se tem hoje. O Poder Executivo de então se resumia ao poder de executar as resoluções públicas e seu conceito se obtinha por oposição, e residualmente, ao conceito de Poder Legislativo. Em outras palavras, o que não fosse atividade de criação da lei seria atividade executiva. De outra parte, a Europa daquela época não concebia um Estado onipresente³³, atuando em todas as frentes participando ativamente do jogo da economia e atuando como *Estado assistencial* ou *Estado providence*.

Mesmo, porém, com a alteração que se possa ter do conceito de Poder Executivo, permanece válida, a nosso pensar, a divisão orgânico-funcional preconizada na teoria da separação dos Poderes³⁴ que tem, também, o condão e estremá-la da teoria das constituições mistas, de purificá-la, portanto.

Mister se faz, apenas, que os exercentes do poder, orgânico-funcionalmente falando, sejam legitimados

pelos detentores do poder político nas chamadas democracias representativas, mediante processos seletivos e temporários de representação.

Também não merecem qualquer credibilidade as afirmações que rejeitam a teoria da separação dos Poderes porque a prática constitucional teria demonstrado ser impossível uma total separação, sendo preferível falar-se em interdependência entre os Poderes. É preciso que se diga que Montesquieu jamais preconizou a separação absoluta entre os Poderes. Ele conhecia a versão da balança dos Poderes, ou sistema de freios recíprocos, controles recíprocos, tributário que era, confessadamente, do constitucionalismo inglês, de onde é originário tal sistema. Nem por outro motivo, uma das expressões mais famosas de Montesquieu é: o poder para o poder. Justamente por isso, atribui aos Poderes a *faculté d'empêcher* e a *faculté de statuer*, sendo a primeira, obviamente, um meio de controlar ou contrabalançar o poder de outro órgão.

Justamente em face da historicidade dos princípios, antes referida, cabe destacar que não seria lógico afirmar que o conceito informador do princípio da separação dos Poderes, na Constituição brasileira, estivesse referenciado à distribuição do poder político como nas monarquias mistas, ou na separação horizontal, exatamente porque a sociedade brasileira não é estamentalizada. Tanto mais assim se há de entender quanto se sabe que o parágrafo único do art. 1º elege o povo como o solitário detentor do poder.³⁵

A questão é, pois, de separação funcional. O poder é reservado ao povo e é por este delegado aos membros do Legislativo e do Executivo, ou é exercido diretamente, nos termos da Constituição.

Há aí uma espécie de deslocamento de pano de fundo: por um lado, a teoria de que o poder para o poder deixa de se preocupar com as classes sociais, com os estamentos, para se preocupar com pessoas ou grupos de pessoas (grupos de pressão, *lobbies*). Por outro, o poder político, num movimento originário de autorregulação estabelece, no seu estatuto político, regras de jurisfação do poder de tal sorte que o exercício de uma função não permita ao seu agente apresar os agentes das outras funções estabelecidas, atentando à máxima de Montesquieu sobre a tendência que têm os detentores do poder a dele abusar.

³³ Diferentemente do que acontecia na antiguidade clássica, como relata Fustel de Coulanges, in *A Cidade Antiga*.

³⁴ Isso se casa com o conceito rousseauniano de que o poder é indivisível (*uno*) na sua origem e múltiplo no seu exercício.

³⁵ Observadas, obviamente, as nossas considerações sobre a atomização do poder nas sociedades contemporâneas.

Legitimação do Poder Judiciário

Já se disse que, na origem, nem Montesquieu nem Locke preconizavam a existência de um Poder Judiciário, embora admitissem a função de julgar. Essa dignidade somente é emprestada ao Poder Judiciário quando o princípio atravessa o Atlântico e se encarta no Direito constitucional norte-americano.

É certo que o princípio da separação, embora exija o conhecimento dessas formulações teóricas a seu respeito, e das dissensões até então lavradas, possui, em si, algo de absolutamente incontroverso: *a independência e harmonia* dos três Poderes entre si.

E onde o constituinte diz *independência* não pode o hermeneuta ler submissão, dependência, subalternidade de qualquer dos Poderes em relação aos outros. Afinal, como adverte Rumpf, citado por Maury de Macedo, “As audácias do hermeneuta não podem ir a ponto de substituir, de fato, a norma por outra.”³⁶ Assim, quaisquer interpretações da Constituição que possam ser levadas a efeito, hão de ter sua aplicabilidade e ser entendidas como forma de garantir esse independência e harmonia entre os Poderes da República. Nunca o contrário.

Essa advertência se faz tanto mais necessária quanto se sabe que, nos dias atuais, tem vindo à balha, com frequência, a discussão sobre o magistrado adepto do ativismo judicial e seu poder criador; sobretudo nos últimos anos, em que o Supremo Tribunal Federal abandonou a sua clássica posição de ser apenas e tão somente um legislador negativo, para atuar como legislador positivo, ocupando um espaço naturalmente destinado ao Poder Legislativo.

Discute-se, em outras palavras se o magistrado, na construção da norma jurídica individual, cria direito (e se ele pode fazê-lo) ou se somente revela o direito já existente no ordenamento e aplicável ao caso concreto, numa espécie de antítese entre a atividade de interpretação judiciária e a atividade criadora dos magistrados.

Em princípio, isso parece ser um falso problema. Deveras, admitido que o Direito não é um sistema dotado de completude, que não é axiomático-dedutivo, nem lógico formal, é forçoso concluir que há inevitáveis espaços de criação na construção da norma jurídica individual.

Assim, como ressalta Mauro Cappelletti³⁷, o verdadeiro problema é o do “*grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade* da criação do direito por obra dos tribunais judiciários.”

Dizendo de outra forma, quanto de criatividade pode ser invocado pelos magistrados na criação da norma individual sem que essa atividade desborde para a seara do arbítrio, em atenção, à afirmação de Lord Acton — citado por Ives Gandra Martins —, no sentido de que o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente³⁸.

Se é certo que a Constituição pátria prevê a independência e harmonia dos Poderes, então deve ter estabelecido um eficaz sistema de controles recíprocos, para dividir igualmente as faculdades *d’empêcher* de que cuidava Montesquieu, como forma de equilíbrio entre os Poderes.

O tratamento constitucional que recebeu o Poder Judiciário brasileiro, cujos membros não são eleitos, e têm deferida a faculdade de controlar a constitucionalidade das leis, tornou-o um poder essencialmente diverso do concebido por praticamente todos os teóricos da separação dos Poderes, merecendo, também por isso, um tratamento especialíssimo, de modo a evitar que se torne letra morta a cláusula pétrea do princípio da separação dos Poderes.

Esse tratamento há-de levar em conta, com máximo desvelo, a questão pertinente à legitimação dos três Poderes da República. Ora, admitido como certo que o princípio da separação dos Poderes cuida de uma separação orgânica de funções — porque incompreensível a adoção da teoria das constituições mistas em sociedades não estamentalizadas — tem-se que a legitimação próxima do exercício dessas funções deflui do próprio Texto Constitucional.

Ocorre que esse mesmo instrumento legitimante reconheceu que todo o poder emana do povo, *que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente (...)* (Constituição Federal, art. 1º, parágrafo único), o que vem confirmado no art. 14 do mesmo Estatuto Político que determina: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto (e periódico, conforme definido no art. 60, § 4º, que inclui essa disposição entre as cláusulas pétreas).

³⁶ *In A Lei e o Arbítrio à Luz da Hermenêutica*, p. 127.

³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*, trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 21.

³⁸ *In A Separação de Poderes no Brasil*, p. 67.

Esse poder soberano, mesmo admitida a tese de Miguel Reale sobre a jurisfação do poder, se exerce sobre as funções (=poderes) Legislativa e Executiva, justamente por meio do voto direto e periódico, como forma de escolha de seus agentes, representantes no poder, e, indubitavelmente, como meio de placitar ou reprovat condutas havidas no exercício dessa representação.

No que diz, porém, com o Poder Judiciário, a situação é bastante diferente: não são os seus agentes escolhidos pelo detentor da soberania e, sobretudo, não passam pelo controle periódico de legitimação, o voto, visto como são vitalícios.

Justamente por isso, a forma alternativa de legitimação que possuem passa pela necessidade de que procedam na conformidade do *justo social*, presumivelmente querido pela lei. Não podem simplesmente eleger a sua ideia de justiça pessoal, independentemente de prestação de contas à sociedade sobre cuja conduta decidem. Nem podem fazer-se independentes de alguma forma de controle da sociedade, sob pena de incidirem na advertência de Lord Devlin:

É grande a tentação de reconhecer o Judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático. Tratar-se-ia, contudo, de desviação só aparentemente provisória; em realidade, seria ela a entrada de uma via incapaz de se reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais longo e tortuoso que seja o caminho, ao estado totalitário.³⁹

Não se pretende, obviamente, reduzir a independência do Judiciário e de seus membros. Quer-se, isso sim, encontrar as suas reais dimensões: igual aos outros poderes, nem mais nem menos importante. Não é, pois, o caso de reduzir o Judiciário a *um poder nulo e invisível* ou à *boca que pronuncia as palavras da lei*. Isso seria uma tolice acadêmica e uma imprevidência em termos de Ciência Política.

Admite-se, portanto, como premissa metodológica inarredável e imprescindível à continuidade da presente investigação, que a atividade do Poder Judiciário implica um espaço necessário de criação do direito. Essa admissão, todavia, não implica a aceitação de formas exacerbadas de ativismo judiciário, seja ele exercido pelas instâncias ordinárias, seja ele exercido pelo Supremo Tribunal Federal, que não teve

reservado a si, pela Constituição, o poder de exercer o papel de legislador positivo (ressalvadas as situações especificamente admitidas para o uso do mandado de injunção e nos seus limites), ao argumento de que o Legislativo demitiu-se do múnus de concretizar a Constituição, argumento esse supostamente abrigado em exóticas teorias neoconstitucionalistas.

Em outras palavras, ainda que se possa identificar o elevado grau de abulia do Congresso Nacional no exercício dos misteres que lhe são próprios, daí não resulta que possa o STF avançar no vácuo do poder e instalar-se como novel legislador.

Sem embargo disso, e como já afirmado, é evidente o poder criador do magistrado na construção da norma jurídica individual, seja como consecratório natural do exercício de sua função; seja como decorrência do fato de que o sistema jurídico é dotado de natural incompletude, a exigir do julgador o preenchimento de suas eventuais lacunas. Tanto em uma como em outra situação ocorrerá a manifestação inevitável do poder criador do juiz.

O consequentialismo como forma de legitimação

Nessa seara é que parece florescer a necessidade de examinar, com mais cuidado, a postura consequentialista do julgador, ao mesmo tempo como um fator de legitimação da decisão judicial e como um limitador na construção da norma jurídica, a impor ao magistrado um exercício de prognose em relação aos efeitos que o cumprimento da decisão irá provocar no chamado mundo sensível. Não se trata, pois, simplesmente de proferir a decisão, mas, sim, de preocupar-se com sua realização no mundo real de forma adequada, até como forma de eliminar frustração de expectativas, construídas pela própria sentença, em relação ao vencedor, ao vencido, e à sociedade como um todo.

O consequentialismo funciona, em certo sentido, como fonte e forma de legitimação do Poder Judiciário porque ajusta a conduta do Judiciário, conformando-a ao todo social, num reconhecimento de que a justiça do caso concreto se espria sobre toda a sociedade que não pode nem deve sofrer danos colaterais decorrentes dessas decisões. Ademais, funciona como processo de justificação da decisão judicial, de modo a permitir o controle da sociedade sobre as expectativas que devem manter em relação ao Judiciário e às suas manifestações.

³⁹ Apud Mauro Cappelletti, *Juízes Legisladores?* p. 93.

É preciso, em face disso, tecer algumas considerações sobre o consequencialismo como teoria jurídica vocacionada para a elucidação dos processos de justificação da decisão judicial.

Há uma espécie de admissão tácita de que a tese do consequencialismo deve envolver “*the act which will lead to the most good*”⁴⁰, conceito esse que não parece expressar exatamente a ideia que se deve ter e, sim, mais precisamente, algumas vertentes do pragmatismo norteamericano, que têm alguns pontos de contato com o consequencialismo mas que não lhe captam a essência.

Conceda-se, antes de continuar o exame, que a ideia de consequencialismo e sua formulação teórica vicejaram no campo da *commom Law*. Sem embargo, sua aplicação em ordenamentos de *civil Law*, especialmente no Brasil, é plenamente admissível, máxime em se considerando a adoção, desde a Emenda Constitucional 45, das chamadas súmulas vinculantes, fato esse que provocou uma maior aproximação entre os dois sistemas sob a ótica da criação da norma jurídica individual e da sua capacidade de funcionar como *binding precedent* ou precedente vinculante.

Demais disso, são fatos os exemplos de argumentação consequencialista retirados da jurisprudência britânica em que os tribunais decidem sobre direito estatutário, sobre aplicação da lei ao caso concreto, nos moldes que ocorrem no sistema de *civil law*⁴¹.

É claro que nos sistemas de *commom law*, e isso é apontado por MacCormick, amparado em Austin, a decisão de hoje pode ser — e normalmente o é — o precedente de amanhã, fato esse que determina seja a apreciação judicial voltada não exclusivamente para o caso concreto mas tendente à consideração de que poderá abrigar casos futuros. Conceda-se, porém, que a

atual atividade do Supremo Tribunal Federal na edição de súmulas vinculantes e da apreciação da repercussão geral dos recursos extraordinários e, também, do STJ no julgamento dos recursos repetitivos, tem, ou deve ter, exatamente a mesma preocupação: a valorização das consequências das decisões proferidas.

Nessa linha, convém ter presente a ideia de *sinépica* como um conjunto de regras que, habilitando o órgão da jurisdição a sopesar as consequências, permite a ponderação dos efeitos da decisão adotada. Nessa vereda, poder-se-ia pensar em algumas achegas trazidas pela AED (Análise Econômica do Direito), como uma conduta consequencialista, mais exatamente como um instrumento consequencialista (mas que não se confunde, a nosso entender, com consequencialismo), como também, na mesma toada, poder-se-ia pensar no princípio da reserva do financeiramente possível, já algumas vezes invocado no STF, em manifestações do Min. Gilmar Mendes, além de outras posturas consequencialistas que não tenham imediata repercussão patrimonial.

Entre outras aplicações práticas, o consequencialismo se impõe de forma mais acentuada nas relações que concernem à concretização e execução de medidas relativas a políticas públicas, ações de massa, tanto aquelas relativas à tutela coletiva de direitos como à tutela de direitos coletivos.

A ideia que se quer deixar assentada é a de que o pensar as consequências extraprocessuais da decisão judicial, validando-as, entretanto, no próprio sistema jurídico, pode e deve funcionar como meio de legitimação do Judiciário e da decisão judicial, por força do comprometimento do juiz com a sociedade, comprometimento que não se esgota após proferida a sentença de mérito ou após determinado o cumprimento da decisão judicial, mas que se prolonga além tempo e que, por isso mesmo, tem do condão de obrigá-lo, vinculá-lo, responsabilizá-lo.

Diante de tudo o que foi dito, parece lícito concluir que a postura consequencialista reafirma o princípio da separação dos Poderes, aproxima o Judiciário da sociedade e serve como sua fonte de legitimação.

⁴⁰ Cf. Toby Ord. *Consequentialism and decisions procedures*. Balliol College. University of Oxford.

⁴¹ Por todos, *John Shipping Corporation v. Joseph Rank Ltd.* ([1957] 1.Q.B. 267).

Coerência e adequação: uma crítica à metodologia da ponderação de valores

Marcus Seixas Souza*

Sumário

Prelúdio; 2. Estudo prévio; 3. A crise deontológica da ponderação; 4. A eticização do discurso jurídico de aplicação; 5. Judicialização da política e ética da legalidade; Conclusão: interpretação e correção no Direito; Bibliografia.

Prelúdio

Há hoje um fecundo debate entre o que Álvaro Cruz convencionou chamar de escolas *mineira* e *gaúcha* do Constitucionalismo brasileiro. De um lado, a escola mineira defende os pressupostos da ética do discurso e do procedimentalismo discursivo. Do outro, a escola gaúcha adota a filosofia existencial de Martin Heidegger e a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, e seus embates tem contribuído de forma expressiva para o desenvolvimento do constitucionalismo e da Filosofia do Direito no País.

Omérito de tal debate não é objeto deste trabalho, sendo alvo para uma problematização posterior. Desta forma, esclareça-se que o presente estudo *adota como paradigma central* a Teoria do Discurso de Habermas, mas não como uma opção filosófica diante do embate entre procedimentalismo e substancialismo, Teoria do Discurso e Hermenêutica Filosófica; a adoção deste paradigma constitui apenas uma hipótese de estudo, que se justifica na interessante argumentação e na seriedade com que Habermas trata o Direito diante de seus pressupostos comunicativos, apesar das ressalvas que lhe são apontadas pelos seus críticos.

Hodiernamente a ponderação é tida como verdadeira *panaceia universal* para o problema da aplicação do Direito. Adversamente, os pressupostos aqui adotados levam à conclusão de que tal metodologia aplica em verdade *meros valores*, desmerecendo a especial dignidade de preferência dos argumentos jurídicos.

Dessa forma, sob o pano de fundo da Teoria do Discurso, um dos objetivos deste estudo é demonstrar que a equivalência operacional entre princípios e valores, *que de fato se dá na ponderação*, produziria uma crise deontológica no Direito, por submeter à

preferibilidade do magistrado direitos *igualmente devidos*. Adotar-se-ia, portanto, que *princípios e valores não se confundem*.

Se há o vislumbre da possibilidade de respostas corretas no Direito, e há, é preciso que se tenha em mente que esta atividade não pode transformar os magistrados em *paladinos de sua própria Justiça!*

2. Estudo prévio

Quais são os limites que circundam as questões jurídicas, separando-as de juízos axiológicos, éticos ou pragmáticos dos intérpretes? Antes de explorar a (pretensa) juridicidade da aplicação de uma técnica que se propõe a *ponderar* princípios jurídicos, é necessário compreender a forma como a normatividade os abrange.

A evolução da Teoria do Direito tomou fôlego com a proposição, primeiro por parte de Josef Esser, em 1956, do conceito de *princípio (Grundsatz)*. Tal conceito, à época, era munido de significação diversa da que assume hodiernamente; não era propriamente uma norma jurídica – por vezes tomava ares de parâmetro axiológico, mas nunca assumiu um papel deontológico, isto é, munido do dever-ser jurídico. A crítica dos filósofos do Direito proporcionou a elevação dos princípios ao *status* de norma jurídica, o que possibilita uma compreensão melhor problematizada do fenômeno jurídico. Isso culminou com a emergência de um novo paradigma hermenêutico que superou o corte epistemológico do positivismo, trazendo novas ferramentas para o intérprete, promovendo a ruptura com o projeto positivista da decisão ametódica, suposto *ato de vontade*, para então firmar compromisso com a correção do Direito.

Nesse contexto, Ronald Dworkin, um dos professores responsáveis pelo tratamento mais refinado concedido aos princípios, promoveu um *ataque geral ao positivismo*, desconstruindo a ideia positivista de um ordenamento jurídico composto unicamente de regras e beirando a um convencionalismo cego, ao afirmar que as normas jurídicas distinguem-se em regras e princípios. Mais do que isso, seu discurso verdadeiramente *destrói* o cerne do positivismo (a discricionariedade judicial) com a propositura de

* Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

sua tese da resposta correta¹. É assim que, segundo Marília Muricy Machado Pinto (1999, p. 73), Dworkin acredita que, mesmo diante de *hard cases*, “o juiz está potencialmente apto a encontrar a única resposta correta²”.

Dworkin afirma que as regras são descritoras de um comando específico e que deve ser aplicado segundo a lógica do *tudo ou nada*, de modo que ou uma norma é válida, e é aplicada, ou não é válida, e não é aplicada. (DWORKIN, 2002, p. 39), ou seja, ele oferece às regras um tratamento binário. Adversamente, os princípios, por terem um caráter mais aberto, embora igualmente devido, podem se submeter a juízos de *adequação* normativa, isto é, podem ser analisados perante o caso concreto para que sua *dimensão de peso ou importância*³ possibilite a descoberta da resposta adequada nos casos concretos, quando um dos princípios aplicáveis *prima facie* recebe o *status* de dever em definitivo, em detrimento dos demais. (DWORKIN, 2002, p. 42). Mas como se escolhe um princípio mais *adequado* entre os demais? Esta questão será revisitada ao final deste estudo.

Talvez uma das principais características da teoria de Dworkin⁴ seja sua diferenciação dos *princípios* de uma outra classe de argumentos, as *políticas* (2002, p. 36). Para o jurista estadunidense, política é um padrão que estabelece “um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”, ao passo em que princípio é

um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Robert Alexy, desconstruindo a formulação de Dworkin, afirma que os princípios, ao invés de comandos deontologicamente devidos segundo um código binário⁵, sujeitos a um juízo de adequabilidade, seriam em verdade comandos de otimização, ou seja, normas que devem ser realizadas “em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas”, sendo, portanto, de aplicação *prima facie*, apenas mediante ponderação levada ao que chama “dever real e definitivo”. (ALEXY, 1993, p. 99).

Dworkin entende que os princípios são aplicados em sua inteireza, ou não são aplicados, de acordo com seu peso (adequação) no caso concreto, frente aos outros princípios aplicáveis *prima facie*. *Diante de um caso em que dois princípios podem ser aplicados, apenas um deles o será*. Por outro lado, Alexy entende que os princípios se realizam gradualmente, sendo quantizados no que tange à sua realização no caso concreto pelo intérprete, de acordo com o cálculo da ponderação: princípios, pois, assumem um papel indistinto de valores, pois eles são medidos segundo noções de *melhor* ou *pior*, graduados *escalonadamente* – desrespeitando o pressuposto de que todos os direitos são *igualmente devidos*.

Por não reconhecer as políticas enquanto classe de argumentos, Alexy não diferencia princípios de valores, deontológico e axiológico, transformando a aplicação do Direito em uma tarefa criativa. Dworkin, por outro lado, entende que o juiz *percebe* o Direito, desvendando as respostas corretas, jamais as criando. Exatamente quais critérios ele utiliza para desvendar a resposta correta, sem criar respostas por intermédio de sua concepção de justiça e do que é *bom* ou *preferível*, aludir-se-á *infra*.

Esclarecido esse ponto, importa problematizar a *estrutura* que a mandamento da ponderação assumiria no Direito. Nesse íterim, cumpre observar a ligação interna entre proporcionalidade e ponderação, para não incorrer no erro de descuidadamente confundilos, como é hábito dos tribunais.

Alexy não iguala a proporcionalidade a um princípio, o que entraria em contradição com a sua

¹ Dworkin insurge-se contra a obra de seu antecessor na cátedra de Filosofia do Direito de Oxford, Herbert Hart, mestre do positivismo jurídico na *Common Law*. Sua principal crítica ao pensamento de Hart é a inadequação da tese da discricionariedade judicial e a compreensão do Direito como um ordenado de regras. Embora o alvo das críticas de Dworkin seja o positivismo de Hart (no contexto de *Common Law*), é seguro trazer suas críticas ao terreno (igualmente passível de críticas) do positivismo legalista do sistema romano-germânico, cujo principal teórico é Hans Kelsen.

² Precisamente como Dworkin crê que seja possível encontrar a *resposta correta* veremos adiante. Por ora, assimilemos apenas sua divisão das normas em regras e princípios, e sua noção de argumentos de política.

³ É um erro confundir a *dimensão de peso ou importância*, de Dworkin, com a *ponderação de valores* de Alexy, pois a última, como veremos, pressupõe a mitigação mútua de princípios aplicáveis a um caso concreto segundo o parâmetro da discricionariedade, das pré-compreensões ou *sentimento de justo*, enquanto a análise da dimensão de peso dos princípios escolhe aquele mais adequado entre os que concorrem *prima facie* no caso concreto segundo uma interpretação orientada à *integridade* do Direito.

⁴ E um dos diferenciais entre a teoria de Dworkin e as propostas de Alexy.

⁵ Dworkin não se utiliza da expressão *código binário*, mas ela é pertinente.

própria teoria (ou até a proporcionalidade poderia comportar mitigações, o que implicaria antítese); entretanto, vale-se, na falta de um vocábulo melhor, da expressão *princípio da proporcionalidade*⁶, inadvertida e genericamente. Este princípio se dividiria em outros três: *idoneidade*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido restrito*; os dois primeiros estariam encarregados da efetivação ampla das possibilidades fáticas do princípio em questão, ao passo em que o terceiro se relacionaria às possibilidades jurídicas. Para Alexy, as possibilidades jurídicas são determinadas pelas regras e, especialmente, pelos princípios em sentido contrário. (ALEXY, 2001, p. 132).

A proporcionalidade em sentido restrito, portanto, seria o campo da técnica da ponderação de princípios, cerne da *fórmula-peso* referida pelo autor. Aqui a técnica ganha aplicação por meio da *lei da ponderação*. Esses três critérios, idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, são as bases para a resolução da colisão de princípios.

Humberto Ávila, entretanto, discorda desse posicionamento, pois afirma que nem a proporcionalidade nem a ponderação se identificam com princípios, já que não assumem essa estrutura. Afirma, ainda, que a ponderação não faz parte do conteúdo jurídico da proporcionalidade (Alexy entendia que a primeira era um subprincípio da segunda). A ponderação, para ele, “exige a atribuição de uma dimensão de importância a valores que se imbricam”, sem que se determine como deve ser feita essa ponderação, ou seja, a ponderação é desprovida de critérios problematizados; a proporcionalidade, no entanto, contém exigências precisas (*adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*⁷) em relação à estrutura de raciocínio a ser empregada em sua aplicação, o que demonstra sua incompatibilidade estrutural. (ÁVILA, 2007, p.152).

Importa perceber como o próprio Alexy descreve a forma como se dá a aplicação da lei de ponderação:

Segundo a lei da ponderação, esta deve realizar-se em três graus. No primeiro grau deve ser determinada a intensidade da intervenção. No segundo grau trata-se, então, da importância dos fundamentos que justificam a intervenção. Somente no terceiro grau realiza-se, então, a ponderação no sentido restrito e verdadeiro (ALEXY, 2007, pp. 67/68).

Ávila discorda do tratamento segundo o *tudo ou nada* dado às regras por Dworkin; crê que também com as regras ocorre ponderação⁸, o que somente corrobora com o argumento de que ponderação não seria um *princípio*, e sim uma norma que estrutura a aplicação de outras normas, sejam elas regras ou princípios (que, para o autor, são aplicados *da mesma forma*⁹). A (útil) contribuição de Ávila, portanto, é refutar que a proporcionalidade e a ponderação sejam *princípios*, demonstrando que são dois diferentes *postulados normativos*. Esses mandamentos, propostos por ele, possuem *status* de normas de *segundo grau* ou

⁸Ela seria possível porque nem sempre quando a hipótese de uma regra é preenchida haverá a implementação de sua consequência. Diferenciando *incidência (prima facie)* de *aplicabilidade* das regras, Ávila demonstra que a aplicação da regra depende também da ponderação de outros fatores que não apenas a verificação do fato tipificado – as regras podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias, mediante um processo de ponderação de razões (uma hipótese seria a do motorista que desobedece ao limite de velocidade da rodovia para salvar um ente familiar que se encontra em estado grave, levando-o ao hospital o mais rápido que pode, e, para isso, desobedece à regra). O presente estudo prefere adotar, com Dworkin, a percepção de que às regras é dispensado um tratamento segundo o *tudo ou nada*. No caso do motorista que desobedece ao limite de velocidade da rodovia, não haveria ponderação de razões, mas simplesmente a aplicação de outra norma, que versa sob *inexigibilidade de conduta diversa*, ou outra forma de justificar a cláusula de exceção: não haveria, aí, uma *ponderação de regras*.

⁹O autor afirma que ambas as ponderações (de regras e de princípios) afastam a incidência da norma que recebeu menor peso ou importância. Difere, pois, do que propõe Alexy – que os princípios *prima facie* aplicáveis, que são comandos otimizáveis, se realizariam *gradualmente*, ou seja, os princípios que concorrem para o caso concreto mitigariam uns aos outros chegando a um nível de efetividade adequado para o aplicador do Direito. Adversamente, Ávila entende, assim como Dworkin, que as normas em geral são aplicadas, ou não. Dworkin teoriza o *tudo ou nada* para regras, e a *adequabilidade* para os princípios; Ávila, por sua vez, pensa a *ponderação* tanto para regras como para princípios, *mas o vocábulo, aí, assume um sentido diferenciado daquele proposto por Alexy*, sendo mais correlato com o que Dworkin chama de *dimensão de peso e importância*: quando uma norma recebe uma maior dimensão de peso na ponderação (aplicação), a outra norma deixa de irradiar efeitos, isto é, tem sua aplicabilidade reconhecida como meramente *prima facie* (ÁVILA, 2006, pp. 54/56). Ávila parece ter utilizado a expressão *ponderação* desarmada de seu significado tradicional da jurisprudência de valores alemã trabalhada por Alexy, de maneira que melhor se identifica com o que Günther chama de *adequabilidade normativa*.

⁶Parte considerável da doutrina, entretanto, toma o vocábulo de Alexy literalmente, e inclusive objetiva *extrair* o princípio da proporcionalidade de disposições constitucionais as mais variadas.

⁷Para o autor, a adequação exige uma relação empírica entre um meio adotado e o fim promovido pela norma, devendo o meio adequado ser capaz de atingir o fim em questão. A necessidade envolve a existência de meios alternativos ao contido na norma e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. A proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade de restrição dos direitos fundamentais, para que se justifique ou não a restrição daqueles direitos.

de *metanormas*. Eles são, para o autor, *deveres jurídicos* que “estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas”, permitindo a verificação dos casos em que há violação às normas cuja aplicação coadunam. (ÁVILA, 2006, p. 122).

Seriam exemplos de postulados, para Ávila, a ponderação, a proporcionalidade, a razoabilidade e a eficiência, entre outros. Assim, quando se costuma dizer que em uma situação determinada a *proporcionalidade* foi violada, não é ela quem foi atingida, mas a norma – para o autor, *regra* ou *princípio*; para o consenso da doutrina, apenas *princípio* – que deixou de ser aplicado como deveria, ou seja, mediante um juízo de proporcionalidade. Ávila esclarece que tais metanormas são percebidas da análise da jurisprudência e da fundamentação dos casos, isto é, na interpretação da argumentação jurídica, em especial nos casos dos tribunais superiores.

Deixando de lado essa discussão, frise-se que alguns autores já se manifestaram sobre a incerteza jurídica e abertura para a discricionariedade que a ponderação pode levar a feito. Dessa forma, Karl Larenz admite, no desenvolver de sua refinada Metodologia do Direito, que, diante da ponderação, “mesmo observando o princípio da proporcionalidade”, fica uma margem ampla para a valoração judicial pessoal na conformação da decisão, embora o autor afirme que a técnica tem um quê de racionalidade, não sendo “simplesmente matéria de sentimento jurídico”. (LARENZ, 1989, p. 587.)

O autor afirma que a ponderação traz algo de produtivo¹⁰, pois, mesmo que só até certo ponto, segue princípios identificáveis e um raciocínio estabelecido¹¹. Não obstante, e embora faça esse elogio, Larenz não refuta inteiramente a crítica, citada em seu próprio texto, de autoria de Friedrich Müller, no sentido de que a proporcionalidade seria, tão somente, uma *linguagem vazia que possibilite ao juiz oferecer um parecer subjetivo no caso concreto, até passando por cima dos textos normativos em causa*. (LARENZ, 1989, p. 576).

¹⁰ Ele chega a afirmar que as ponderações de valores configuram desenvolvimento do Direito, assim como acontece com os conceitos jurídicos indeterminados – as decisões serviriam como parâmetros comparativos e apreciativos para novos casos.

¹¹ Ávila discordaria da opinião de Larenz, pois crê que a ponderação não possui critério algum, motivo esse, aliás, que o levou a classificá-la como um postulado *inespecífico*, em oposição, por exemplo, do postulado da proporcionalidade, que é *específico*, pois segue critérios bem definidos pelo próprio autor. A ponderação, por sua vez, seria completamente ametódica. (ÁVILA, 2006, p. 130).

Alexy, por outro lado, afasta integralmente essa suposição não refutada por Larenz. A fórmula-peso, para o autor, seria aplicada na argumentação jurídica segundo uma estrutura (pretensamente) racional, justificando sua afirmativa mediante pormenorização de um procedimento estruturado por ele para conferir-lhe esse caráter.

Tal estrutura se baseia em uma *lei da ponderação*, a ser utilizada toda vez que houver um choque principiológico: “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”. O juiz deveria, diante de um caso em que esteja em conflito princípios como a liberdade de opinião e o direito de personalidade, primeiro comprovar o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, e em seguida comprovar a importância do cumprimento do princípio contrário. Em um terceiro passo, verificar-se-ia se a importância do cumprimento do princípio contrário justificaria o não cumprimento ou prejuízo do outro. Tais critérios constituiriam a fórmula-peso. (ALEXY, 2001, p. 133)

Para possibilitar que a fórmula-peso seja aplicada, recorre-se a uma estrutura *triádica*, que traz graus como *leve, médio e grave* a serem conferidos à intensidade do não cumprimento do princípio em questão, e da importância do cumprimento do princípio contrário. O resultado da ponderação, por já ter passado pela verificação anterior da satisfação dos *subprincípios* da *adequação* e da *necessidade*, seria comprovadamente submisso ao conteúdo jurídico do princípio da proporcionalidade.

3. A crise deontológica da ponderação

Segundo Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2007, p. 116), o raciocínio da ponderação de princípios (ou de *valores*) parte do pressuposto que os princípios constitucionais devem ser tratados, segundo a tradição da *Jurisprudência de Valores* da Alemanha, como *comandos otimizáveis* que colidem entre si para reger um caso concreto.

A partir do analisado *supra*, e com base nos pressupostos da Teoria do Discurso, observar-se-á como será inevitável concluir, diante de tais premissas, que a metodologia da ponderação de valores

termina por promover uma crise deontológica¹² na operacionalização dos direitos.

Com efeito, Habermas afirma que *a premissa de que parte a compreensão da Jurisprudência de Valores é falsa*, porque não se pode interpretar a Constituição como uma “ordem concreta de valores”, discurso este que se soma ao da ponderação de valores, “que, no, entanto, é frouxo”. (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 315).

O autor sustenta sua crítica (HABERMAS, 2003, v.1, p. 317) base na descrição de sua análise acerca das diferenças entre normas e valores que (...)

(...) distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira.

Assim, e por considerar que princípios têm primazia sobre valores por conta de uma *especial dignidade de preferência*, Habermas critica a utilização da ponderação de valores pelos tribunais, sob pena de transformar o Tribunal Constitucional em uma instância autoritária, arbitrária e infratora da separação de Poderes.

A teoria de Alexy pretensamente empresta aos princípios um caráter deontológico, mas termina por equivaler os *comandos de otimização* a valores, operacionalizando-os axiologicamente – isto porque, como afirma Lúcio Antônio Chamon Júnior, Alexy, ao invés de propor que a pesagem de princípios diante do caso concreto fosse feita mediante um juízo de *correção* para a aplicação do princípio mais *adequado*, como defende Dworkin, entende que ela dependa de uma ideia *preferibilidade*¹³. (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 61).

Alexy não percebe que valores e princípios diferem por conta da ausência, por parte dos valores, de validade jurídica, que perpassa pelo seu reconhecimento

frente à possibilidade de universalização de interesses, como veremos adiante; valores correspondem a códigos morais, que são sempre individuais. Os princípios, no entanto, são imbuídos de normatividade por conta de sua forma peculiar de conformação.

O autor tenta defender-se de tais críticas (ALEXY, 2003, p. 111) alegando que provaria, mediante a exemplificação, que é possível construir sentenças racionais valendo-se da ponderação. No entanto, o Alexy limita-se a reproduzir exemplos de julgados dos tribunais alemães, classificando e descrevendo as *intensidades de intervenção*, os *graus de importância dos princípios* e a relação entre eles, objetivando convencer o leitor que o resultado encontrado pelo aplicador do direito é razoável e racional. Em uma das passagens de sua defesa, mais precisamente no exemplo que tratava de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal sobre advertências de perigo à saúde¹⁴, afirma o autor que o dever dos produtores de tabaco de colocar em seus produtos referências aos perigos do fumo foi considerado pelo tribunal *uma intervenção relativamente leve* na liberdade de expressão.

É precisamente nesse momento que tudo o que Alexy sustenta desmorona. Ora, a concessão de graus para intervenção ou importância de princípios, que é um argumento utilizado por Alexy para conferir pretensa racionalidade à ponderação, é justamente a maior prova de sua falta de critérios. A classificação da intervenção, no caso citado, poderia ter sido no sentido de considerá-la *média*, ou até *grave*, segundo os graus propostos por Alexy, o que desvirtuaria o resultado do cálculo da fórmula-peso, e, portanto, da resposta à questão jurídica, baseada na lei de colisão. *Obviamente, nesse caso, as partes do processo foram reféns dos juízos valorativos dos membros do Tribunal*, mas tais juízos não são argumentos *jurídicos*, como expôs Habermas.

Ocorre que Alexy não explica quais serão os parâmetros que servirão como baliza para que o intérprete considere certo fato como *grave* ou *médio*, ao explicar a estrutura triádica da fórmula-peso, de forma que esta etapa fica aberta para as pré-compreensões do aplicador do Direito. E, como afirma o próprio autor, os graus de intensidade de importância e da intervenção nos princípios (pretensamente) *justificam* a proporcionalidade ou não da ponderação de princípios, logo, comprovada a ausência de critérios nesta parte, toda a decisão ficaria comprometida.

O próprio Alexy ameaçou que *aceitar tais colocações seria reconhecer que o desenvolvimento do Direito Constitucional alemão nos últimos cinquenta*

¹² Utiliza-se, aqui, a expressão *deontológico* em sentido contrastante a *axiológico*: a primeira refere-se à dignidade de preferência e obrigatoriedade das normas jurídicas, munidas de *dever-ser*; a segunda expressão refere-se à forma de normatividade moral dos valores, não obrigatória.

¹³ Um juiz jamais poderá decidir, entre as normas aplicáveis ao caso concreto, qual é a *preferível*, pois este juízo comporta um componente moral que não interessa nem vincula a coletividade. O juiz deverá apontar qual é a resposta correta, isto é, qual norma, entre as duas *prima facie* aplicáveis, deverá ser aplicada.

¹⁴ BVerfGE 95, 173.

anos seria, em verdade, equivocado (2002, p. 109). Esse argumento, em tom de ultimato, soa como um argumento de autoridade, que, no entanto, não impressiona ou surte qualquer efeito.

Por causar uma *confusão entre deontológico e teleológico* na manipulação dos princípios, oferecendo-lhes tratamento axiologizante e quantizado, equiparando-os a meros valores, a Teoria do Discurso denuncia a fragilidade da Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, bem como da Jurisprudência dos Valores do Tribunal Constitucional Alemão.

4. A eticização do discurso jurídico de aplicação

Como visto, a ponderação de valores conferiria, pretensamente, o caráter de dever definitivo aos princípios, que antes dela seriam devidos apenas virtualmente, ou *prima facie*. Como bem observa Chamon Júnior (2006, p. 65), baseado na coerente lição de Dworkin, somente um juízo de adequabilidade é capaz de conferir a uma norma *prima facie* seu caráter de dever definitivo:

Assim, logo ao tomarmos conhecimento de um fato, podemos tomar as normas com somente *prima facie* aplicáveis. Todo o Direito nos surge como sendo, em princípio, aplicável em sua amplitude de princípios válidos. Todavia, o juízo de adequabilidade perante essas normas válidas é que permitirá aos envolvidos alcançarem, com retidão, aquela norma não meramente aplicável *prima facie*.

Afinal, como afirma Habermas (2003, v.1, p. 323), “a validade jurídica do juízo tem o sentido deontológico de um *mandamento*, não o sentido teleológico daquilo que é atingível no horizonte dos nossos desejos”.

Importantíssima, nesse momento, é a distinção, proposta por Klaus Günther, entre *discurso jurídico de fundamentação* e o *discurso jurídico de aplicação* das normas, referindo-se, respectivamente, ao discurso político-legislativo (e, portanto, axiológico, pragmático e/ou ético) que precede e fundamenta a criação de uma norma, e ao discurso unicamente jurídico que possibilita sua aplicação.

Como explica Luiz Moreira na introdução à tradução para o português da tese de doutoramento de Günther (*Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*), a justificação das normas vincular-se-ia à sua validade, pois, para Günther, o critério de justificação se expressa na “universalidade do princípio moral, com a qual se estabelece um sentido recíproco-universal de imparcialidade”. E a norma será imparcial se puder receber o assentimento de todos e a conduta a concordância universal dos envolvidos – que se

materializa na obediência ao princípio (U)¹⁵ de Habermas: o princípio da universalização de interesses, que se coaduna, antes de tudo, com o compromisso democrático da formação discursiva de um Direito legítimo por intermédio do discurso de justificação normativa. (MOREIRA, 2004, p. 17).

Como o conhecimento dos participantes é limitado, e o tempo finito, a dimensão de justificação necessitaria da dimensão de aplicação¹⁶.

Habermas (2003, v.1, p. 270), valendo-se dos conceitos cunhados por Günther, explica que em discursos de aplicação “(...) não se trata da validade e sim da relação adequada entre a norma e a situação”. A aplicação, pois, diz respeito à *adequabilidade*. A aplicação determina se uma norma é ou não é adequada, o que deve ser aferido mediante o exame de todas as características da situação, bem como de todas as normas que eventualmente possam ser aplicadas. Esta dimensão procuraria conferir *coerência* ao Direito, objetivando promover imparcialidade à sua aplicação. A aplicação seria imparcial se *coerentemente realizasse a adequação entre todas as características e normas do caso*.

Destarte, a adequabilidade serviria como uma resposta ao problema da impossibilidade das normas não preverem todas as hipóteses de aplicação, uma tarefa irrealizável. Como afirma Günther (2004, p. 65),

(...) somente se o nosso saber abrangesse todos os casos de aplicação de uma norma é que faríamos coincidir o juízo sobre a validade da norma com o juízo sobre a adequação. Mas, obviamente, nunca disporemos de tal saber.

Com efeito, ficaria evidente a necessidade de distinguir-se justificação e aplicação, validade e adequação, legislação e jurisdição. Por entender que na fundamentação é preciso haver um exame de *possibilidade de universalização de interesses* e na aplicação há uma apreensão *adequada e completa* de contextos relevantes à luz de normas concorrentes,

¹⁵ A expressão (U) significa *princípio da universalização de interesses*. Ela refere-se à necessidade de contruir legitimamente o Direito, o que se dá mediante o discurso de justificação – prévio e democrático.

¹⁶ A justificação de normas e a aplicação de normas teriam propósitos distintos, e seriam conduzidos, também, por princípios específicos. O discurso de fundamentação seria orientado por (U), ao passo que a aplicação de normas (que previamente passaram por um discurso de fundamentação) segue outra perspectiva. Com isso Günther almejava resolver o problema do impossível obstáculo que teria o momento de fundamentação das normas em prever as infinitas hipóteses de aplicação. Isto tornaria (U) um princípio inviável em termos práticos.

Günther irá afirmar que “não é possível abrir mão da razão prática”. (GÜNTHER, 2004, p. 19).

Não obstante as partes de um processo alegarem, em sua manifestação no bojo do processo, argumentos não jurídicos, o aplicador do direito não poderá se valer deles para decidir um conflito jurídico – aqui reside a imparcialidade do Poder Judiciário.

Argumentos axiológicos não podem fazer parte do discurso de aplicação, porque não são munidos do caráter de *devido*. No discurso de aplicação apenas argumentos jurídicos podem ser utilizados, porque portadores da obrigatoriedade intrínseca ao Direito; de outra sorte, conferir esta capacidade a um juízo pragmático (referido aos meios para alcançar determinados fins), moral (referido à ideia de justiça) ou ético (referido a valores) seria tentar eleger um determinado valor como *fundamental* ou *determinante*, destronando a pluralidade (ou pluralismo) de seu lugar de destaque na conformação do fenômeno jurídico. Não há espaço na sociedade hodierna para pretender-se cristalizar uma ordem universal de valores, ainda mais contramajoritariamente¹⁷.

Dessa forma, ao se permitir que o magistrado pondere acerca da aplicação de dois princípios, sendo-lhe legítimo graduar sua efetividade/aplicação, em verdade está se estendendo ao magistrado/aplicador do Direito poderes para emitir um juízo *de valor* que apenas poderia ser feito em sede de discurso jurídico de fundamentação, porque munido do caráter moral, pragmático e/ou eticizante apenas aceitável em sede de processo democrático de universalização de interesses

Uma vez que Habermas adota a cisão, proposta por Günther, entre fundamentar e aplicar, não poderia o magistrado, em sua concepção, graduar a aplicação de princípios ou direitos fundamentais (que são, em sua maioria, princípios), pois eles somente seriam aplicáveis, ou não, sem grau de efetivação; se o magistrado o faz (se pondera, gradua), interfere de modo demasiado grave nas competências do Poder Legislativo, e a comunidade torna-se refém da tirania

¹⁷ Não significa, entretanto, que as normas jurídicas não envolvam valores em seu discurso de justificação. Conforme mencionado, o discurso de justificação se consubstancia em um juízo político-legislativo e, portanto, reveste-se de pautas morais, éticas e/ou pragmáticas, concernentes às autoridades legítimas para a emissão daquele conteúdo valorativo, de forma que este possa se posicionar representando os valores eleitos democraticamente para a sociedade. Assim como em qualquer discurso “que assuma carga pragmático-universal à força do melhor argumento”, a decisão política é aberta, como afirma Chamon Júnior (2006, p. 156).

axiológica e contramajoritária dos Tribunais, e de sua arbitrariedade disfarçada de discurso racional – pois as teorias de Larenz e Alexy não passariam de uma tentativa de disfarçar o subjetivismo do intérprete em uma (suposta) metodologia de aplicação do Direito.

Chamon Júnior (2006, p. 157), nesse ínterim, enfatiza:

Em face da pluralidade moderna, (...) se uma decisão assumisse um determinado padrão valorativo como pressuposto a esse mesmo veredicto, estaríamos diante de uma decisão axiológica, e não uma decisão *jurídica*: decidir-se-ia pelo valor preferível no caso, e não pelo *direito* (ou dever) e pela *norma adequados ao caso*. E será que podemos não reconhecer direitos ou deveres de outrem sob o argumento de que um valor é *preferível*, ou *mais importante*, que outro?

Nesse contexto, e diante do procedimentalismo aduzido, um discurso jurídico de aplicação que se submeta a tais juízos valorativos não se diferencia, em sua fraqueza jurídica e de legitimidade, de uma sentença imotivada ou de qualquer tentativa de impor uma decisão arbitrária sem fundamento argumentativo/jurídico, somente pelo uso de uma moral particular. Seria o mesmo que tentar criar e impor o Direito no caso concreto: a ponderação de princípios desconfirmaria o discurso jurídico de fundamentação (que se assenta em uma perspectiva, antes de tudo, democrática) implicando *eticização do discurso de aplicação*, acarretando o *esvaziamento de sua juridicidade*.

5. Judicialização da política e ética da legalidade

O juiz, diante de um conflito entre os dois direitos, deve proceder à análise dos princípios aplicáveis *prima facie*, ultrapassando um momento prévio em que o discurso visa verificar a validade dos direitos em jogo, para buscar a norma jurídica mais *adequada* ao caso concreto, segundo os critérios da *integridade*, como veremos adiante. A aplicação do Direito não se confunde com sua validação – de modo que não é possível fazer concessões recíprocas entre os princípios e restringir ambos para alcançar uma solução dita proporcional ou justa.

Reside importante diferença entre a aplicação do princípio adequado e a aplicação ponderada de princípios. A primeira respeita o mandamento da separação dos Poderes, se limitando a interpretar os fatos e o Direito válido para encontrar uma norma adequada, entre as possíveis e aplicáveis *prima facie*; a

segunda, proposta por Alexy, autoriza o magistrado a mitigar princípios que concorrem (*prima facie*) para o caso concreto, isto é, *corrigir o legislador*, diminuindo ou aumentando a intensidade de efetivação de determinado princípio, como se este fosse um valor e pudesse ser manipulado desta forma. O pensamento de Alexy ultrapassa a um bem-aventurado ativismo judicial; parece sequer respeitar as limitações constitucionais fundamentais à mera existência da Democracia, e termina por esvaziar a juridicidade de sua metodologia, já que eticiza o discurso de aplicação de normas.

Se o Poder Legislativo é inerte, omissivo, ineficiente, estas são questões que não vinculam a argumentação, e que jamais autorizariam o magistrado a emitir juízos políticos em lugar dos parlamentares competentes. *Ponderar*, sob o paradigma da teoria do discurso, é necessariamente uma faculdade de âmbito legislativo, porque tem o condão de se manifestar sobre valores e sua preferibilidade, ou não, e inclusive sobre a intensidade em que estes valores devem se efetivar. O discurso de fundamentação, pois, transforma os juízos morais dos partícipes do discurso em normas jurídicas, mediante o procedimento discursivo.

Trabalhemos com a seguinte hipótese: o legislador constituinte de um país, em seus debates políticos, ponderou sobre diversos aspectos de duas situações da vida distintas, concluindo pelo reconhecimento de dois princípios jurídicos, igualmente devidos.

O que a Alexy propõe é que o magistrado tenha a faculdade de – sob o suposto argumento da promoção da menor restrição de direitos – mitigar uma disposição legislativa legitimamente criada e juridicamente devida para, de acordo com seus critérios individuais, *ajustar* materialmente a intensidade da realização deste princípio no mundo dos fatos, de acordo com os valores que ele crê serem *melhores* ou *mais importantes* frente à Constituição deste País.

Entretanto, como seu Parlamento¹⁸ não restringiu materialmente estes direitos *em sede de discurso jurídico de justificação* (quando estes argumentos fariam parte da verificação democrática da possibilidade de universalização de interesses) *não pode o aplicador legislar para o caso concreto*, ou seja, considerar devidos seus argumentos sobre o que seria *melhor*

ou *preferível*, sob a proteção do argumento em que o magistrado deve objetivar a menor restrição a direitos, e *alterar sobremodo as decisões políticas do legislador, sobrepondo sua moral à do Parlamento*. A aplicação do Direito deveria se blindar contra estas contaminações.

O Direito válido desse país imaginário não prevê hipótese ou cláusula de exceção para que se restrinja a aplicação da disposição material contida naqueles direitos, e não pode o magistrado ignorar a separação de Poderes em prol da imposição de sua opinião. O magistrado *não pode* se manifestar sobre a intensidade em que os princípios devem se efetivar. Se determinado princípio é devido, e é adequado, este princípio deve se realizar em sua inteireza frente às possibilidades fáticas. Ainda seguindo a hipótese aludida, os ministros da Suprema Corte do país são chamados se pronunciar sobre o caso, e, para isso, se valem do método da ponderação de valores. Utiliza-se de um mesmo raciocínio para analisar uma mesma questão de Direito e, no entanto, forçosamente os magistrados chegam a resultados *demasiado distintos, e não apenas por mera reconstrução diferenciada da situação de fato*¹⁹.

Logo se percebe que *o motivo que levou os ministros a se dividirem entre a prevalência de um ou outro direito é a divergência de posicionamentos axiológicos sobre as prioridades a serem protegidas pela decisão em questão*, vale dizer, quais princípios deverão ser protegidos em face da (suposta) ordem concreta de valores, a Constituição do país – o que desqualifica a hipótese de que a ponderação traz um enunciado *jurídico* sobre princípios: traz, antes, um enunciado de *preferência* sobre valores. A individualidade que é intrínseca a cada ser humano o faz compreender as prioridades e nuances da Constituição de formas diferentes, e qualquer metodologia para a manipulação de direitos que confiar nesse critério, em verdade não assumirá critério algum.

Por mais que essa ponderação ofereça um resultado louvável, que receba a aprovação popular, ela se utilizou de pressupostos errados. A imposição autoritária de normas jurídicas que sigam o padrão ético da maioria da população não deixa de ser formalmente não apta e metodologicamente proibida, e, portanto, não constitui Direito. Não apenas desconfirma a normatividade das disposições legítimas do Parlamento, negligenciando-a de efetivação no *mundo dos fatos*, mas procede a esse fim munido apenas de argumentações axiológicas, e não de argumentos

¹⁸ Entendido, aqui, como o local legítimo para justificação e elaboração das normas jurídicas, com *condições ideais de discurso* e participação de todos os indivíduos afetados pelas normas em questão.

¹⁹ Que, em si, é inevitavelmente valorativa.

jurídicos. Se o discurso de justificação de normas não validou qualquer hipótese de restrição àqueles direitos, como pode o magistrado decidir pela sua mitigação e como se dará essa mitigação no caso concreto?

Como bem afirma Cattoni de Oliveira (2007, pp. 121/122), a visão paradigmática da ponderação de valores termina por *judicializar a política*, julgando à luz de pretensos valores supremos da comunidade, a que os Tribunais Superiores teriam acesso privilegiado. Para o autor, partidários desse tipo de ativismo judicial

(...) atribuem ao Judiciário o papel de tutor da política, um superpoder quase constituinte, e permanente, como pretensa e única forma de garantia de uma democracia materializada e de massa, sem, contudo, considerar os riscos a que expõe o pluralismo cultural, social e político próprios a um Estado Democrático de Direito.

Por tudo isso, Chamon Júnior (2003, p. 61) afirma que a concepção de Alexy acerca dos princípios como comandos otimizáveis e aplicáveis mediante ponderação, comum à Jurisprudência de Valores, é uma *farsa*. Frente a uma compreensão pluralista da comunidade, com todas as suas idiosincrasias, valer-se de tais fundamentos de decisão constitui um absurdo.

Nas palavras de Cattoni de Oliveira (2007, p. 122), O Supremo Tribunal Federal converter-se-ia no

guardião da moral e dos bons costumes, uma espécie do Poder Moderador, ou, quem sabe, do Santo Ofício, a ditar um *codex* e um *index* de boas maneiras para o Legislativo e para o Executivo.

Para o referido autor (2007, pp. 124/125)

(...) A aplicação de um princípio da proporcionalidade, a compreensão dos princípios como valores otimizáveis, assim como a compreensão dos direitos como bens ou interesses sujeitos a um cálculo de utilidade, confunde “argumentos de princípio” com “argumentos de política”, perspectiva jurisdicional e perspectiva legislativa. E, por isso, não garante direito algum, nem legitimidade à Jurisdição.

Afinal, como visto antes, não é possível tentar cristalizar uma ordem concreta de valores contramajoritariamente (e antidemocraticamente), isto é, mediante a aplicação do Direito segundo uma concepção axiologizante de princípios jurídicos tomados como valores. Para se estabelecer determinados juízos valorativos, éticos ou pragmáticos como *devidos*, estes precisam primeiro passar por um discurso jurídico de fundamentação para que adquiram *validade*, porque aí averiguar-se-ia a possibilidade de universalização de interesses, e a partir daí seriam tratados como *direitos*.

É possível concluir, diante do que já foi articulado, que o está em jogo, com a adoção dos pressupostos da teoria do discurso e a crítica à metodologia da ponderação, é a separação entre *Direito* e *Política*. A Constituição, por articular Direito e Política conjuntamente (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 125), precisa ser corretamente interpretada, de modo que não se ponham em risco os direitos em detrimento de questões éticas, pragmáticas ou morais, o que vai de encontro ao arcabouço histórico do Estado Democrático de Direito.

Nesse momento é oportuno citar o voto do Min. Eros Grau, na ADPF 144, oportunidade em que defendeu o que chama de *ética da legalidade*. Ela tratava da constitucionalidade do estabelecimento, pelo Poder Judiciário, de critérios de inelegibilidade no que tange à vida pregressa dos candidatos a cargos políticos apenas pela *inércia do Poder Legislativo* (ausência de Lei Complementar).

Em seu voto, digno de encômios, o Ministro afirmou que o Poder Judiciário “não está autorizado a substituir a ética da legalidade por qualquer outra”; para o eminente ministro, a ética da legalidade a que se refere percebe-se no respeito ao caráter deontológico do Direito e na impossibilidade de romper e substituir a racionalidade formal do Direito Moderno em detrimento de outra racionalidade substancial (material) “que, fatal e irremediavelmente, será resolvida, no bojo da diáde violência/direito, pelo primado do primeiro termo”. Significa que toda argumentação que objetiva tornar devido um juízo moral, individual, um mero *valor*, é uma violência²⁰.

Concluindo seu voto, afirmou o ministro que se posiciona pela inconstitucionalidade da criação de novo critério de avaliação da vida pregressa dos parlamentares²¹, fazendo uma afirmação inesquecível, em resposta ao clamor público para que os ministros considerassem-na constitucional (supostamente, assim, contribuindo para a repressão da corrupção):

É necessário que esta Corte cumpra o dever, que lhe incumbe, de defesa da Constituição, por cuja suspensão, algumas vezes, a sociedade tem

²⁰ Frise-se, isso *não quer dizer* que os valores sejam expulsos do âmbito jurídico, nem significa o abandono da ética pelo Direito, mas tão somente que *a ética do Direito Moderno é a ética da legalidade*. É a prevalência da *objetividade da lei* sobre o *subjetivismo da equidade*. Por isso a necessária percepção da diferença entre valores e princípios.

²¹ Para o Min. Grau, isso importaria substituir a presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da Constituição da República) por uma presunção de culpabilidade, que não é suportada pela Constituição: “Viver a democracia, isso não é gratuito. Há um preço a ser pago por ela; em síntese, o preço do devido processo legal”.

clamado. Então somos originais – observei em outra ocasião – somos tão originais que dispensamos quaisquer déspotas para nos tornarmos presa do pior dos autoritarismos, o que decorre da falta de leis e de Constituição. O estado de sítio instala-se entre nós no instante em que recusamos aos que não sejam irmãos, amigos ou parentes o direito de defesa (...).

É assim que o próprio Min. Grau, em seu *Direito Posto e Pressuposto* (2005, p. 112) afirma, nesse contexto, que:

(...) a *eticização do direito* pela qual se clama apenas poderá ser realizada, no presente, mediante a adição de conteúdos às formas jurídicas, o que importa desenvolvam os juristas não uma atividade exclusivamente *técnica*, e significa atuem segundo uma *ética na lei* (não *acima da lei*).

Essa ética é a *ética dos princípios jurídicos* (...).

A ética da legalidade e dos princípios, para a teoria do discurso, não se confunde com a ética dos *meus valores*. A ponderação dos ministros do nosso país imaginário se mostrou inapta a garantir direitos, já que submeteu seu exercício a conjecturas utilitaristas de custo e benefício da concessão destes próprios direitos, confundindo o que é *bom* e o que é *devido*, mesclando os dois sistemas (Política e Direito) de uma forma proibida; à Suprema Corte parece ter sido delegado poder legiferante, exercido por meio do parâmetro antidemocrático do que é *preferível* para seus ministros, o que insinua uma *inadequação metodológica e um desvirtuamento democrático*, já que somente argumentos jurídicos autorizam a interferência no patrimônio jurídico dos indivíduos afetados pelas normas jurídicas.

Diante de tantas críticas, poder-se-ia à primeira vista cogitar que a teoria do discurso reduziria o juiz a uma atividade mecânica, subsuntiva, já que não poderia se manifestar sobre a ponderação de princípios no caso concreto. Entretanto, não é esta a *ratio* da proposta procedimentalista.

6. Direito e integridade: coerência e adequação

Conforme se demonstrou, o Direito, submetido à potestade dos juízos éticos dos magistrados, torna-se extremamente antidemocrático. Apenas um juízo de adequabilidade normativa seria capaz de oferecer uma resposta coerente à aplicação de princípios jurídicos. Mas de que parâmetros disporia o aplicador do Direito para proceder à adequação? Vale dizer, é preciso retornar à pergunta lançada acima: como se escolhe o princípio mais *adequado* entre os que concorrem *prima facie*?

Isso se refere a uma questão fundamental: de onde vêm os princípios jurídicos? Nas palavras de Dworkin, não existiria um *teste de pedigree* que oriente a identificação dos princípios; a origem desses princípios *jurídicos*

(...) não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo. A continuidade de seu poder depende da manutenção dessa compreensão do que é apropriado (2002, p. 64).

É assim que Dworkin afirma, por exemplo, que se deixar de parecer injusto que as pessoas se beneficiem de seus próprios delitos, então este princípio irá aos poucos ruir, e eventualmente perder seu *status* de devido. Observe que os princípios são absolutamente distintos das regras neste sentido, já que as regras sempre poderiam estar, dentro de uma ótica convencionalista, hierarquicamente fundadas em uma regra superior que lhes confira validade (daí vem a ideia do teste de *pedigree*).

Nesse sentido, Chamon Júnior afirma que princípios nada mais são que sentidos normativos interpretáveis em consonância com uma prática social em sentido constante. Se existem hoje *novos direitos*, que há vinte anos *não existiam*, “já nos é claro que, ao futuro, o reconhecimento de outras novas questões está aberto” (CHAMON JÚNIOR, 2008, pp. 245/246).

E esse projeto moderno de reconstrução democrática do Direito, no bojo da teoria do discurso, se coaduna com o pressuposto que já se anunciou acima, qual seja, o que afirma estar a atividade do intérprete sempre direcionada a *desvendar* as respostas adequadas já existentes no Direito. Para isso, exige-se que se interprete de forma adequada o sistema de princípios. Esta forma adequada implica a busca por *coerência*, e exige que o Direito considere sua história como um todo fluido, que acumula experiências que devem ser levadas em consideração.

É preciso, destarte, aceitar a noção de Dworkin de *integridade*, que corrobora com a proteção da ética da legalidade e dos princípios. Segundo essa concepção, os juízes devem decidir predispostos a encarar o Direito como uma comunidade íntegra de princípios. O raciocínio jurídico envolveria uma interpretação construtiva – deverá refletir a melhor representação de nossas práticas jurídicas desde sempre e até hoje.

Dworkin metaforiza, com Hércules, um magistrado com capacidade e paciência sobre-humana. Ele deve interpretar a história institucional como um movimento único e constante, partindo de uma completa e pormenorizada análise das fontes do

Direito – da legislação, dos precedentes e dos princípios jurídicos aplicáveis aos casos. A metáfora de Hércules tem como objetivo a superação, pelo aplicador do Direito, do tradicional recurso à (duvidosa) *vontade do legislador* como critério assegurador da objetividade da interpretação do Direito. O Direito é algo que vem se construindo desde sempre, de modo que ele transcende a nós mesmos e nossas compreensões limitadas.

Isso se relaciona diretamente com a ideia de *romance em cadeia* – cada magistrado deve encarar seu exercício como a continuidade de uma história institucional em que necessariamente é preciso interpretar o passado e a partir dele construir respostas adequadas para os problemas hodiernos sem que se perca o ideal da *coerência*. Cada magistrado é um romancista, e recebe um livro inacabado, mas com início e desenvolvimento – sua tarefa é dar continuidade ao livro, acrescentando-lhe um capítulo, sem fazer com que ele perca o fio da sua história (coerência). Cada romancista subsequente ao primeiro interpreta os capítulos anteriores, percebendo o que os outros romancistas construíram coletivamente, e cria um outro (DWORKIN, 1999, p. 276).

Deste modo é de maneira que o juiz, quando se encontra perante um *hard case*, não cria uma nova norma particular, mas tão somente *revela* qual é o direito no caso em questão. Todas os casos, mesmo aqueles que não são tutelados por regras jurídicas expressas, são abarcados pelo Direito, e possuem uma resposta correta à luz dos princípios jurídicos. É de clareza cristalina como a ideia de integridade de Dworkin é compatível com a Teoria do Discurso de Habermas, e como esta depende daquela.

Assim, Habermas não se contenta em criticar a ponderação de valores: ao contrário, inspira-se nas ideias de Dworkin para propor o seu modelo de aplicação jurisdicional, condizente com os pressupostos da cisão entre justificação e aplicação e, acima de tudo, preocupado em não tratar princípios como valores.

O magistrado que pondera, mesmo que se esforce para interpretar a história institucional, assim como faz Hércules, terminará por partir em uma nova direção, excursionando em uma nova jornada com finalidades e percurso diferentes daquele iniciado juntamente à conformação e evolução da história comunitária, porque assentada em valores particulares e juízos que não podem ser universalizados, conquanto idiossincráticos, dentro de uma perspectiva pluralista.

Diferenciando princípios de políticas²², Dworkin, ao contrário²³, faz uma proposta deontológica, mediante juízo de adequabilidade, que representa justamente a *leitura do livro* que conta a história da comunidade e do Direito, e a percepção, pelo juiz, do melhor princípio que pode justificar uma prática (*criação do novo capítulo*).

Percebe-se, nesse ponto, a influência que a *common law*, assentada na vinculação dos precedentes, exerceu sobre o jurista estadunidense. Não obstante, os precedentes recebem tratamento diferenciado nos sistemas de matriz romano-germânico. Entretanto, isso *não implica* incompatibilidade da integridade de Dworkin com sistemas desta matriz, como o brasileiro. Ao invés, cumpre ressaltar que, no sistema romano-germânico, *somente é possível a utilização de um precedente por meio da integridade*, como afirma Lênio Streck:

Para o precedente ser aplicado, deve estar fundado em um contexto, sem a dispensa de profundo exame acerca das peculiaridades do caso que o gerou. Logo, a fundamentação de um princípio por meio da jurisprudência não dispensa o que é mais caro para a *common law (sic)* – a justificação acerca da similitude do caso que está servindo como *holding*. (STRECK, 2006, p. 386).

A utilização de precedentes, assim, deve ocorrer de modo excepcional, pois este sistema tem como paradigma e núcleo central a lei (art. 5º, II da Constituição da República). Para Streck, nem mesmo na *common law* as decisões são proferidas para que sejam precedentes para casos futuros, mas são emanadas para resolver os casos concretos – por isso é que não basta a simples menção do precedente para solucionar a controvérsia, mas deve haver também a justificação e contextualização no caso concreto.

²² Argumentos de política se formam em discursos éticos, pragmáticos ou axiológicos, enquanto argumentos de princípio são formados em discursos jurídicos. Os princípios são reconhecidos e assentidos segundo a lógica do devir de uma história institucional, o que justifica sua exigibilidade (por sua universal aceitação). Políticas, ao invés, são fins, argumentos teleológicos ao passo em que princípios são deontológicos.

²³ Aliás, como é fácil perceber, as teorias de Dworkin e Alexy são muito diferentes, porque partem de pressupostos não conciliáveis, apesar do esforço de alguns juristas em aproximá-los. Provavelmente é a utilização do vocábulo *balanceamento* que termina confundindo a teoria deontológica de Dworkin com a concepção axiológica de Alexy. Entrementes, a palavra só quer significar que princípios têm uma dimensão de peso que, diante do caso concreto, mediante uma interpretação íntegra e um esforço *hercúleo*, deverá ser analisada pelo aplicador do direito para que ele perceba um princípio, entre os que concorrem *prima facie* para o caso, como o mais adequado para a situação particular, conservando a coerência do *romance em cadeia*.

Nesse sentido, demonstra Chamon Júnior (2008, pp. 255/256) que

O próprio passado do Direito, como vimos, permite-nos vislumbrar que sua história é repleta de equívocos e mal-entendidos do seu sentido. Mas o Direito tem a capacidade de aprender com os troços de seu passado, ao mesmo tempo em que se autopurifica. Afirmar, à melhor luz, que o Direito é uma prática social que permite sua autopurificação, a partir dos erros e equívocos do passado, implica dizer que o próprio Direito, relendo a si mesmo, pode vislumbrar determinadas decisões – legislativas e administrativas e aqui, em especial, jurisdicionais – como equívocos porque incoerentes com esse projeto do Direito. Esse novo capítulo que se fará *escrito* pode superar a falta de coerência no tratamento de determinadas questões jurídicas porque capaz de ser adequadamente focado ao que está a exigir o constitucionalismo moderno.

Mas Hércules não estaria imune a críticas por parte de Habermas. Este tece um comentário importante sobre o herói de Dworkin – ressalta seu *solipsismo* (2002, v.1, pp. 278/280). Assim, cita Frank Michelman para afirmar que

What is lacking is dialogue. Hercules... is a loner. He is much too heroic. His constructions are monologous. He converses with no one, except through books. He has no encounters. He meets no otherness. Nothing shakes him up. No interlocutor violates the inevitable insularity of his experience and outlook. Hercules is just a man, after all. No one man or woman could be that. Dworkin has produced an apotheosis of appellate judging without attention to what seems the most universal and striking institutional characteristic of the appellate bench, its plurality (MICHELMAN apud HABERMAS, 2003, v. 1, p. 278).

Mesmo Hércules assumiria um viés monológico e, pois, avesso às modernas preocupações da Teoria do Discurso com a produção da decisão judicial. Habermas preocupa-se com o isolamento do herói-intérprete, que confia em sua prodigiosa capacidade de analisar minuciosamente sem atentar, contudo, às limitações interpretativas da solidão. Isso sugere que se ancorem as exigências ideais feitas à teoria do Direito no ideal político de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (e aqui Habermas cita nominalmente o famoso trabalho de Peter Häberle),

ao invés de apoiá-las no ideal da personalidade de um juiz, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade (HABERMAS, 2003, v.1, pp. 277/278).

Diante de tudo isso, Hércules demonstra ser um juiz prudente, mas solitário e monológico. Ele aos poucos se dá conta de que o fardo que ele carrega precisa ser dividido com os demais intérpretes do

Direito. Somente por intermédio de uma dimensão argumentativa e democrática, mas que se pautar na integridade, será possível aplicar o Direito orientado à descoberta das respostas corretas.

Conclusão: interpretação e correção no Direito

Diante dos pressupostos adotados como hipótese de estudo e o desenrolar dos argumentos empregados para a crítica da metodologia da ponderação, com base na compreensão procedimentalista-discursiva de Habermas, podemos concluir que a compreensão de princípios como comandos de otimização pressupõe a interpretação da Constituição como uma ordem concreta de valores, confundindo *Direito* e *Política*. Os princípios, tratados desta forma, atendem a um código gradual que se incompatibiliza com o código binário do Direito (lícito/ilícito). Direitos igualmente devidos (e devidos em sua inteireza) não podem ser mitigados por conta de um juízo de preferência remetido a valores.

Além disto, conclui-se que a estrutura deontológica dos princípios não permite sua aplicação axiológica. A racionalidade da ponderação derivaria da utilização da fórmula-peso e da lei da ponderação, mas a atribuição aproblemática de um juízo de *importância* demonstraria a fragilidade dessa argumentação, dependente de pré-compreensões e juízos axiológicos. Tal metodologia desprezaria a *ética da legalidade*, desconfirmando o discurso de fundamentação das normas e eticizando seu discurso jurídico de aplicação, esvaziando sua juridicidade.

A busca por um resultado *adequado* exigiria uma criteriosa análise contextual das fontes aliada à interpretação construtiva, ensejando a aceitação de uma concepção jurídica que extravasa a um modelo positivista, no sentido de conceber um sistema coerente de princípios e aceitar a possibilidade de correção do Direito. No entanto, não se vale, aqui, de arbitrariedades travestidas de discursos racionais, como é de gosto da ponderação de valores. *Princípios* têm sempre primazia sobre *políticas*, e direitos não podem ser sacrificados, minimamente que seja, em nome do *bem coletivo*, do *preferível* ou do *mais importante*.

Essa leitura é compartilhada também por Habermas e Günther: eles compreendem que os direitos devem ser interpretados pressupondo-se um sistema coerente de princípios. A adequabilidade permite que normas sejam válidas (e, portanto, aplicáveis *prima facie*) não havendo colisão, pois a dimensão de aplicação das normas *coerentemente* seleciona o princípio mais adequado para ser aplicado no caso

concreto (de modo que só há um conflito *aparente* de princípios). Assim, Günther, com Habermas, crê que as normas jurídicas precisam ser válidas no sentido de uma teoria do discurso, mediante (U), e o sistema coerente de normas pretende dar uma resposta sempre adequada, correta, para os casos concretos. Nesse sentido, a integridade poderá ser compreendida como parâmetro para argumentações de adequação. (GÜNTHER, 2004, p. 414).

A interpretação de acordo com a *integridade* é condição de possibilidade de produção de decisões democráticas que continuem a municiar o Direito com dados para sua contínua produção *coerente* de si mesmo. A metáfora do *romance em cadeia* inspira a atuação do magistrado como um roteirista que, acima de tudo, deve zelar pela coerência da obra.

A procura por respostas corretas, afinal, jamais se dá por meio do sentimento pessoal sobre o que é *bom* ou *justo*. Hércules sabe que não cabe a ele criar o Direito, mas tão somente desvendá-lo, por isso busca oferecer um tratamento adequado aos princípios jurídicos. Ele tem consciência de que deve interpretá-los de acordo os parâmetros da integridade, e sabe também que jamais poderá negligenciar-lhes o caráter deontológico e binário. Hércules discorda da metodologia da ponderação de valores, que considera altamente antidemocrática, afinal ele não tem a pretensão de *produzir* o Direito.

Por fim, uma última exigência da teoria do discurso é produzir decisões judiciais não apenas orientadas para a coerência e em vistas do desvendamento da resposta correta, mas menos solipsistas – uma crítica da qual nem mesmo Hércules foi isento. A metodologia da ponderação, longe de se furtar a tal crítica, é dela o maior exemplo de aplicação, pelo caráter monológico e valorativo que sua operacionalização assume.

Por tornar-se dependente de juízos axiológicos, a ponderação poderia ser comparada à interpretação referida a um ato de vontade, como pretendeu Kelsen; pelo menos seu positivismo era bem franco quanto à discricionariedade da aplicação do Direito pelo juiz.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ÁVILA. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, Política e Filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Constitucional do Direito Penal: Contribuições a uma Reconstrução da Dogmática Penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica: Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O Império do Direito*. Trad. Jéferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*, Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

GRAU, Eros R. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre Facticidade e Validade*, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. vv.1 e 2, 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.

MOREIRA, Luiz. *Introdução*. In: GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*, Tradução de Cláudio Molz, Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004, pp. 9/18.

PINTO, Marília Muricy Machado. *Opensamento filosófico de A.L. Machado Neto e a nova hermenêutica jurídica*. In: Revista da Faculdade de Direito da Ufba, Salvador/BA, v. XXXVII, pp. 69/91, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade do positivismo jurídico*. In: LUCAS, Douglas César (org.) e SPAREMBERGER, Raquel Fabiana L. (org.): *Olhares Hermenêuticos sobre o Direito*, Ijuí: Unijuí, 2006.

Manifesta agressão ao princípio constitucional da proibição do retrocesso ecológico no projeto de instalação da Hidrelétrica Belo Monte na região amazônica brasileira

Souza Prudente*

Introdução

A Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, buscou inspiração efetiva no perfil da sustentabilidade traçado pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.983/1981) ao conferir, expressamente, *competência material-comum e gerencial – executiva às entidades federativas* (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para *proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; preservar as florestas, a fauna e a flora; conservar o patrimônio público; impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural, proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; estabelecer e implantar política de educação para segurança do trânsito, promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico e combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos*, estabelecendo que *leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar no âmbito nacional* (CF, art. 23, I a XII e respectivo parágrafo único).

A Carta Política Federal em vigor – ao determinar que a República Federativa do Brasil deve constituir-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamento a soberania, o pluralismo político, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a *dignidade da pessoa humana e a cidadania* (CF, art. 1º, I a V) e como objetivos fundamentais construir

uma sociedade solidária, justa e livre; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, regendo-se em suas relações internacionais pelos princípios da independência nacional; da prevalência dos direitos humanos; da autodeterminação dos povos; da não intervenção; da igualdade entre os Estados; da defesa da paz; da concessão de asilo político, da solução pacífica dos conflitos; do repúdio ao terrorismo e racismo e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (CF, arts. 3º, I a IV, e 4º, I a X), garantindo, difusamente, a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito fundamental à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, à educação, à cultura, à saúde, à previdência social, à moradia, ao lazer, com especial proteção à família e assistência aos desamparados – destacou o *direito humano fundamental de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações* (CF, art. 225, *caput*), com aplicação imediata (CF, art. 5º, § 1º), vinculando, de logo, todas as entidades públicas e privadas.

II – Os princípios constitucionais da precaução e da prevenção, como garantias de eficácia da Política Nacional do Meio Ambiente

A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*), já instrumentaliza, assim, em seus comandos normativos, o princípio da *precaução* (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação), e a consequente *prevenção* (pois

*Desembargador Federal do TRF 1ª Região. Graduado em Direito pelas Arcadas do Largo São Francisco (USP/SP). Mestre e Doutor em Direito Público-Ambiental pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Decano do Curso de Direito da Universidade Católica de Brasília (UCB).

uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada), exigindo-se, assim, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade (CF, art. 225, §1º, IV).

Essa tutela cautelar do meio ambiente, constitucionalmente estabelecida (CF, art. 225, *caput*) viabiliza a garantia fundamental e difusa do direito à vida, à liberdade e à segurança de todos (CF, art. 1º, *caput*) na instrumentalidade do fenômeno jurídico da biossegurança, caracterizada pelo conjunto de normas legais e regulamentares, com a finalidade de evitar danos ao meio ambiente e à saúde humana, no contexto amplo da diversidade biológica.

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente no Brasil (Lei 6.938, de 31/08/1981) inseriu como objetivos essenciais dessa política pública

a compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico [e] a preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida (art. 4º, incisos I e VI).

Dentre os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, exigem-se “a avaliação de impactos ambientais” e “o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras” (art. 9º, III e IV), estabelecendo-se, ainda, que “a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidoras, bem como os capazes sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente e do Ibama, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional” (art. 10 e respectivo § 4º, com a redação dada pela Lei 7.804, de 18/07/1989).

A Resolução Conama 237/1997 tratou de definir, no seu art. 1º, I, *licenciamento ambiental* como o “procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições

legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso”.

A Resolução Conama 237/1997 também definiu *licença ambiental* (art. 1º, II), ao preceituar que é o “ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental”.

Nos termos da referida resolução, o licenciamento ambiental é dividido em três fases: a) licença prévia (LP); b) licença de instalação (LI); e c) licença de funcionamento (LF). Observe-se, também, que durante essas fases podemos encontrar a elaboração do estudo prévio de impacto ambiental e o seu respectivo relatório (EIA/Rima), bem como a realização de audiência pública, em que se permite a efetiva participação da sociedade civil.

III – Razões do voto vencido na suspensão de segurança liminar dos efeitos da antecipação de tutela inibitória da licença prévia ambiental para implantação do empreendimento hidrelétrico Belo Monte, na região amazônica brasileira

No julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Segurança Liminar 0021954-88.2010.4.01.0000/PA, de que foi relator o eminente Des. Federal Olindo Menezes, na qualidade de presidente da Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, datado de 17/06/2010, proferi voto, que restou vencido, nos termos seguintes:

“Senhor Presidente, no julgamento do AgRSS 1149-9/PE, de que foi relator o eminente Min. Sepúlveda Pertence, Sua Excelência, na mais alta Corte do País, decidiu que a suspensão de segurança, deliberação cabível e necessária do mérito do processo principal, conforme precedente (AgSS 846, Pertence, DF 8.1196), ‘sendo medida de natureza cautelar, não há regra nem princípio segundo os quais a suspensão da segurança dever-se dispensar o pressuposto do *fumus boni juris*, que, no particular, se substantiva na probabilidade de que, mediante o futuro provimento do recurso, venha a prevalecer a resistência oposta pela entidade estatal à pretensão do impetrante.’

Como se vê, esta me parece ser a interpretação mais correta diante da excepcional figura da suspensão de segurança, que se embasa, logicamente, em questões relativas a interesses difusos da sociedade na preservação da ordem pública e da economia nacional. A todo modo, como observa o Min. Pertence nesse precedente, não há como se aferir a relevância da fundamentação da decisão de suspensão de segurança sem adentrar a análise substantiva da lide a que se reporta para aferir-se sobre a existência ou não do *fumus boni juris* que sustenta tal decisão.

Na decisão singular que foi objeto desta suspensão de segurança, o douto Ministério Público Federal, autor da Ação Civil Pública 411.57.2010.4.013903, em trâmite na Vara Federal de Altamira (PA), alegou que a norma do art. 17, § 1º, da Constituição Federal, é norma constitucional de eficácia limitada, e essa norma foi regulamentada parcialmente pelo legislador infraconstitucional através do Decreto Legislativo 788, de 2005.

A norma infraconstitucional não fixou as condições específicas para o desenvolvimento da atividade de potencial hidroelétrico em terras indígenas. Não é possível o desenvolvimento da atividade de geração de energia através de potenciais de energia hidráulica em terra indígena sem que seja editada a lei em comento e que as condições específicas nela previstas sejam observadas. O projeto AHE Belo Monte gerará energia, desenvolvendo atividade em terra indígena, e não é lícito o deferimento de licença prévia, execução de leilão ou qualquer ato administrativo que permita a construção do empreendimento AHE Belo Monte antes da regulamentação da norma constitucional supracitada, sob pena de nulidade absoluta. O Juízo singular acolheu integralmente essa fundamentação ministerial. No que tange ao citado entusiasmo do Ministério Público na defesa de sua tese nesta causa ambiental, com a devida vênia, não vejo entusiasmo do Ministério Público, mas, sim, o cumprimento de seu dever funcional, conforme determina o art. 129, III, da Constituição da República, que lhe atribui a competência funcional para 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. Esta, Senhor Presidente, não é uma causa comum. Não estamos aqui a apreciar uma questão que envolve apenas interesses intersubjetivos, ou uma questão que se resolve com as categorias jurídicas do direito privado romanístico. O Supremo Tribunal Federal, através de um precedente clássico da relatoria do Min. Celso de Mello, já firmou sólida jurisprudência no sentido de que *‘a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais, nem ficar dependente de motivações*

de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia ‘a defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, inc. VI), e traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção por justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, à invocação de se postular quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações’. (ADI-MC 3540/DF. Rel.: Min. Celso de Mello. DJU de 3 de fevereiro de 2006).

Senhor Presidente, ainda fora o Supremo Tribunal Federal que, no julgamento da Ação sob número 33.884/RR, por meio da relatoria do eminente Min. Carlos Britto, assim se expressou: ‘O usufruto dos índios não abrange a exploração mercantil dos recursos hídricos e dos potenciais energéticos, e sempre dependerá tal exploração de autorização do Congresso Nacional’. E, logo adiante, disse sua excelência sobre: ‘o falso antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento’: ‘Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios, dos entes federativos. O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontraram instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de desenvolvimento nacional ‘tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado de modo a incorporar a realidade vista’. E, logo adiante, ainda no mesmo precedente, a Suprema Corte conclui no entendimento de que ‘as terras inalienáveis dos índios merecem a proteção constitucional não só no que tange ao aspecto fundiário, mas também no que se refere às suas culturas, aos seus costumes e às suas tradições. A usina Belo Monte, que se pretende

instalar em terras indígenas, até porque não se pode, evidentemente, ignorar o impacto que essa obra, de uma dimensão que atinge a sua qualificação como a terceira maior usina hidrelétrica do planeta, certamente irá atingir as comunidades indígenas e ribeirinhas do rio Xingu não só nos aspectos de ordem de impacto físico-ambiental, mas também de ordem cultural e, finalmente, de ordem moral. Mais de vinte mil famílias serão atingidas pela dimensão da obra Hidrelétrica de Belo Monte, que, no estudo de impacto ambiental, a rigor, inconcluso, como bem demonstra esse estudo, não se levou em conta aquilo que o próprio *Congresso Nacional deliberou no já citado art. 2º do decreto legislativo*, quando diz: *‘Os estudos referidos no art. 1º deste decreto legislativo deverão abranger, dentre outros, os seguintes: inciso IV - estudo de natureza antropológica atinente às comunidades indígenas localizadas na área sob influência do empreendimento, devendo, nos termos do § 3º do art. 231 da Constituição Federal ser ouvidas as comunidades afetadas, inclusive as comunidades indígenas, que, a rigor, não foram devidamente ouvidas’*. Isso está dito em parecer do próprio Ibama, que observou o seguinte. *‘Há alguns impeditivos ao aceite do EIA/Rima: 1- estudo espeleológico, parte biótica, conforme termo de proteção e manejo de cavernas – Cecav – do Instituto Chico Mendes, de conservação da biodiversidade – ICMBIO. 2 – em relação aos estudos de qualidade da água (modelos preditivos), solicita-se que sejam apresentados os estudos de modelagem para os parâmetros descritivos do termo de referência, ou apresentar justificativa pela sua não realização. As informações sobre as populações indígenas, concernentes à análise do Ibama, devem estar no corpo do EIA, relacionados aos temas pertinentes, conforme solicitado no TR emitido pelo Ibama, ainda que copiladas em um único volume. O Rima deve ser-lhe apresentado.’*

No Parecer Técnico Ibama 06/2010, registrou-se a seguinte conclusão: *‘Considerando o exposto, conclui-se que:*

1- a vazão de cheia de 4.000 m³/s apresenta sérias restrições ambientais;

2- a vazão de cheia de 8.000m³/s, apesar de permitir a inundação de parte das planícies aluviais, já representa uma importante restrição face às condições atuais; e

3- a proposta do Hidrograma de Consenso, devido à existência de anos com vazões de cheia inferiores a 8.000m³/s, não apresenta segurança quanto à manutenção do ecossistema para o recrutamento da maioria das espécies dependentes do pulso de inundação, o que poderá acarretar severos impactos negativos, inclusive o

comprometimento da alimentação e do modo de vida das populações da Volta Grande

Há de se observar, ainda, Senhor Presidente, que a questão indígena será logicamente uma das mais importantes a ser esculpida nesse estudo prévio de impacto ambiental, que assim, inconcluso, não poderia ter obtido, como obteve, por força dessa suspensão de segurança, a licença prévia a permitir a licitação da obra, atropelando-se o devido processo legal, posto que, de acordo com a Resolução 6/1987, do Conama, somente seria possível a licitação dessa obra quando já houvesse sido autorizada a licença de instalação. E, logicamente, o açodamento do procedimento levou à quebra do devido procedimento legal.

Há de ver-se, ainda, que o já referido Parecer Técnico do Ibama 6, de 26/09/2010, aponta sérias irregularidades na licença prévia da hidrelétrica Belo Monte, na observação de que é *‘importante frisar que as informações contidas no EIA apontavam problemas de qualidade da água, relacionados à presença de metais, eutrofização, proliferação de vetores e mortalidade de peixes, notadamente no reservatório dos canais e nos braços a serem formados nos igarapés de Altamira (reservatório do Xingu). Desse modo, recomenda-se aguardar a manifestação de especialista contratado pelo Coppe.’*

Nesse contexto, registra-se, por oportuno, a autorizada observação do *Painel de Especialistas* sobre o assunto, com data de 11/2009, nos termos seguintes:

‘Não existem bases para previsão do que aconteceria com os ecossistemas aquáticos na região da Volta Grande. Os dados sobre reprodução de peixes são insuficientes, podendo haver sérias perdas, tanto em biodiversidade quanto em produção de pescado e de espécies ornamentais. O mesmo vale para os grupos de animais terrestres, sendo que todas as considerações encontradas no EIA quanto aos impactos sobre estes grupos preveem a perda dos habitats relacionados com a influência do rio, com ênfase para a floresta inundável. Dentre estes impactos, vale ressaltar a provável redução de abundância de espécies utilizadas como caça, que são favorecidas pela disponibilidade de alimento nas florestas inundáveis nos meses mais secos. As águas paradas podem se tornar fontes de insetos vetores de doenças que venham atingir populações inteiras de forma tão severa a ponto de obrigar sua realocação, como aconteceu como consequência de outros barramentos.’

Nessa linha de compreensão, *o próprio Ibama chegou à lamentável conclusão de que não tem certeza sobre a viabilidade ambiental do empreendimento*

hidroelétrico Belo Monte, quando afirma: 'A falta de critérios técnicos e legais que expressem a viabilidade ambiental, e os diversos interesses, legítimos, mas muitas vezes antagônicos, que encontram no âmbito do licenciamento ambiental um espaço de discussão política, não propiciam à equipe técnica uma tomada de posição segura sobre a viabilidade de empreendimentos de tamanha complexidade.' (Parecer Técnico Ibama 6/2010, 26/01/2010.)

A Constituição Federal, Senhor Presidente, estabelece em sua norma matriz que o meio ambiente é um bem de uso comum de todos e essencial à sadia qualidade de vida de todos, inclusive das comunidades indígenas, impondo-se, e não se facultando, ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Esta norma que traz um comando precautivo de tamanha dimensão, envolve também a atuação não só do Ministério Público, como de todas as entidades públicas, *a começar pelo Poder Legislativo, que exerce atividade legiferante no sentido de legislar somente em defesa do meio ambiente. Qualquer lei editada neste País que venha a permitir agressão à tutela do meio ambiente agride o princípio da oficialidade ecológica e também o princípio da proibição do retrocesso ecológico.* Mas esta imposição constitucional que impõe ao poder público adotar essas medidas de precaução (e nós estamos aqui diante de uma situação processual que exige observação do princípio da precaução), internacionalmente conhecido desde a Conferência de Estocolmo, em 1972, *impõe também ao Poder Executivo, e através de todos os seus segmentos administrativos, quer da administração direta, indireta ou fundacional, o cumprimento desse comando constitucional. Impõe-se também ao Poder Judiciário uma postura de uma jurisdição afirmativa do princípio da precaução,* decidindo as questões ambientais não como se decide um arresto, uma penhora de uma geladeira ou de um automóvel, mas dentro dessa visão de interesses difusos que interessam efetivamente à saúde até mesmo do juiz, de sua família e das futuras gerações. Essa é uma tutela jurisdicional transfronteiriça e intertemporal, portanto, a questão é muito séria, com dimensão infinita. E é nesta compreensão que o Supremo Tribunal Federal vem interpretando a norma do art. 225 da Carta Política Federal, como já visto.

Senhor Presidente, há uma outra questão importante a ser considerada nesse contexto. É que o Brasil, como bem observou o juízo singular, assinou e ratificou e promulgou duas convenções internacionais que trazem em seu conteúdo a obrigatoriedade do Brasil e dos brasileiros cumprirem o princípio da

precaução. E, com a devida vênia, esse princípio aqui está sendo violentado. A Convenção da Biodiversidade Biológica, assinada em 5 de julho de 1992 e ratificada pelo Decreto Legislativo 2, de 3 de fevereiro de 1994, e promulgada pelo Decreto 2.519, de 3 de março de 1998, registra, no seu preâmbulo: 'Observando, também, que, quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essas ameaças'. A Hidrelétrica de Belo Monte, na dimensão em que fora descrita no estudo prévio de impacto ambiental inconcluso é uma ameaça à preservação do maior bioma do planeta, o bioma amazônico. E o interesse difuso não é só dos brasileiros, mas de todos os habitantes da terra e do cosmos, se é que além da terra existem extraterrestres que terão também interesse em preservar a Amazônia. De outra parte, o Brasil esteve tão bem representado pelo nosso Presidente, Luiz Inácio Lula da Silva, em Copenhague, porque lá estive integrando a delegação brasileira, e, qual foi a satisfação de ouvir do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, numa liderança espetacular, perante todos os líderes dos países desenvolvidos e em desenvolvimento, conclamando todos para a observância da Convenção Quadro sobre mudança climática e para o cumprimento rigoroso do Protocolo de Kyoto. Aliás, no particular, a questão ambiental que ora se coloca no bojo desta suspensão de segurança há de ser questionada à luz do *princípio 3º da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em 9 de maio de 1992 e ratificada pelo Decreto Legislativo 1, de 3 de fevereiro de 1994, e ainda promulgada pelo Decreto Legislativo 2652, de 1º de julho de 1998, que assim observa e determina: 'As partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios e irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança de clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível.'*

Senhor Presidente, o Brasil compareceu em Copenhague e assinou, por comoção veemente do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o acordo de Copenhague, feito às pressas, é bem verdade, mas tão às pressas como têm sido feitos os estudos de impacto ambiental aqui no Brasil. Ordenou aquele acordo que 'os países desenvolvidos e em desenvolvimento deverão promover de maneira adequada recursos financeiros e tecnologia para que se implemente a adaptação desses paí-

ses em desenvolvimento e reconheça a importância de 'reduzir-se as emissões produzidas pelo desmatamento e degradação das florestas, promovendo-se o manejo florestal sustentável, a conservação e o aumento dos estoques de carbono (REDD+) com incentivos positivos para financiar tais ações com recursos do mundo desenvolvido'.

Ora, o que se vê com a aprovação do Projeto Hidrelétrico Belo Monte é exatamente uma postura governamental contrária a todos esses acordos firmados pelo Brasil. É um atentado ao Projeto REDD+, que combate o desmatamento não só no Brasil, como no planeta. É uma contradição. A nobre Min. Dilma Rousseff, quando abriu a manifestação brasileira em Copenhague, disse e, com a devida vênia, escandalizou, no seu discurso, que '*o meio ambiente atrapalha o progresso*'. E logo em seguida Sua Excelência afirmou que '*não há progresso sem hidrelétrica*'. Com a devida vênia, não posso concordar com essas colocações, como lá ninguém concordou com essas afirmações da Min. Dilma. Há progresso sim, com o respeito ao meio ambiente, e a forma está na Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 170 e incisos, como também na legislação ambiental infraconstitucional, sobretudo nas normas da Lei 6.938/1981, que estabelecem a política nacional do meio ambiente.

O Professor Manuel Paulo de Oliveira, que é um estudioso da matéria, tratando do meio ambiente e da energia (assunto de que é especialista a Senhora ex-ministra Dilma Rousseff e hoje candidata à Presidência da República), apregoa que, '*pela notoriedade manifesta, para a satisfação das necessidades humanas, o uso de energia é fundamental. Ao longo das gerações, o homem é o único animal que vem mudando a satisfação dessas necessidades. Até a época da chamada Revolução Industrial, a humanidade evoluiu com o crescimento moderado do consumo energético, entretanto, com a introdução de escravos mecânicos do homem, tal moderação de consumo energético se rompe. Saímos, então, da lenha ao carvão, no século XIX, para a generalização do uso do petróleo e da eletricidade após 1930, consagrando a base assentada na moderna civilização industrial sobre o consumo de combustíveis fósseis, que a própria natureza havia levado milhões de anos para disponibilizar para a humanidade. Após a 2ª Guerra Mundial, segundo as estatísticas disponibilizadas, a celebração sem precedentes do ritmo de crescimento do consumo de energias, entre 1900 e 1965, foi aproximadamente sete vezes. Dizia também que a rapidez e a amplitude desse desenvolvimento, com os efeitos cumulativos e a ultrapassagem de certos limites que tal padrão de*

consumo acarreta, estão colocando em perigo a própria sobrevivência da humanidade e da vida sobre a Terra. Segundo os especialistas do meio ambiente, defronta-se hoje com riscos intimamente associados à elevação do consumo de energia, dando margem a reservas quanto às consequências de seu prosseguimento, indefinidamente no futuro. Destes riscos, quatro se destacam por sua dimensão global: 1) efeito estufa – aquecimento da atmosfera devido à emissão de gases, sobretudo de dióxido de carbono (CO₂), poderá causar perigosas alterações climáticas; 2) poluição do ar urbano – produzida pelas indústrias e veículos de transportes; 3) até mesmo a chuva ácida – os impactos sobre o solo, os recursos hídricos, a vegetação; 4) riscos de acidentes em reatores nucleares – dos problemas originados pela disposição dos seus resíduos e pela desativação dos reatores após o seu tempo de vida útil.¹

Senhor Presidente, a obra da Hidrelétrica de Belo Monte, diante de um sério estudo de impacto ambiental, não poderia ser liberada com tanta pressa, com tantos atropelamentos, como bem observou o douto Ministério Público Federal, em parecer distribuído a todos os membros desta Corte. Causa-me também estranheza o fato de que uma obra desse porte imenso, já tendo sido objeto de tantas cogitações e estudos há mais de trinta anos, desde o Regime Militar, possa ter um desfecho tão apressado, às vésperas da mudança de governo – e aí ninguém sabe qual será o eleito que irá governar este País. No mínimo, a precaução já caminharia por esses atalhos a fim de evitar um prejuízo iminente para a sociedade brasileira, posto que é fato público e notório que o Banco Nacional de Desenvolvimento Social desembolsará a quantia inicial, provavelmente, de vinte e três bilhões de reais para enfrentar os custos dessa obra, que, certamente, não ficará pronta apenas com tal quantia que será derramada dos cofres públicos.

No mínimo, a ética na política e a ética ambiental recomendam que esse estudo prévio de impacto ambiental e as licenças de instalação, de operação e de funcionamento de uma obra dessa dimensão observem o princípio da precaução, para que mais tarde, não só Vossa Excelência e eu próprio, como os demais pares, mas os nossos filhos e todos os seres vivos, não venhamos realmente a reclamar, porque talvez não tenhamos chances de reclamação, pelo erro jurispruden-

¹ OLIVEIRA, et al., 2010, pp. 75/77.

cial que ora se pratica em liberar uma obra que poderá trazer impactos ambientais tão sérios e graves não só para o Brasil e os brasileiros, mas para toda a humanidade, num processo de desmatamento com consequências outras que irão assolar a Região Amazônica sem perspectivas de prevenção. Os projetos alternativos e o estudo prévio de impacto ambiental já realizados até o presente não nos dão a mínima segurança de que tais projetos serão concretizados. Com estas considerações, Senhor Presidente, e pedindo vênias à Corte, que, quase à unanimidade, mantém a decisão do eminente ex-Presidente Jirair Aram Meguerian, no sentido de cassar a decisão inibitória do licenciamento ambiental da Hidrelétrica de Belo Monte (lamento muito que o Des. Federal Jirair Aram Meguerian, que, em momentos históricos, plantou e divulgou tantas plantinhas em prol da conservação do meio ambiente, tenha autorizado o maior desmatamento do planeta, e, por isso, Sua Excelência não está aqui, pois está de férias).

Senhor Presidente, *eu não sei falar sem a alma e, em matéria ambiental, com a devida vênias, minha alma cresce, porque sempre lembro dos versos de Fernando Pessoa, em momentos como este de tamanha grandeza e dimensão: 'Tudo vale a pena quando a alma não é pequena'. Eu dou provimento ao agravo regimental e caso esta suspensão de segurança que vai viabilizar uma tragédia ambiental no planeta.'*

Senhor Presidente, já que os demais acompanham Vossa Excelência, peço a palavra para acrescentar, ainda, que a suspensão de segurança, que se embasa em fundamentos de ordem pública, *no caso em exame, é a própria decisão de suspensão de segurança que agride essa ordem pública diante da supremacia do interesse público que deve ser observada em obras desse porte e no cenário de um bioma que é responsável pelo equilíbrio ecológico do planeta. Portanto, se há uma decisão que deveria ser cassada neste momento, é exatamente a decisão que suspendeu o decisum monocrático do Juízo Federal de Altamira. É totalmente inverso o papel dessa suspensão de segurança no atual contexto de proteção do meio ambiente.*

Ademais, o Governo Federal possui um projeto denominado MacroZEE da Amazônia Legal e neste projeto o Governo Federal estabelece estratégias comuns para toda a Amazônia, dentre as quais a criação e o fortalecimento da gestão das unidades de conservação da natureza, o reconhecimento das territorialidades de comunidades tradicionais e povos indígenas e também o fortalecimento de uma política de Estado para o planejamento integrado das redes logísticas e para a promoção do desenvolvimento

sustentável. Portanto, o projeto que tramita por Belo Monte agride até mesmo o projeto MacroZEE da Amazônia Legal, lançado pelo Governo Federal.

Por último, no âmbito da ética na política e da ética ambiental, que aqui se entrelaçam, Senhor Presidente, usar bens públicos durante o ano eleitoral tem óbice legal. Tal procedimento encontra óbice no art. 73, I, da Lei 9.504/1997, e no art. 50, I, da Resolução – TSE 23.191, de 16 de dezembro de 2009. E, até por esse motivo, esse estudo prévio de impacto ambiental não poderia liberar uma licença prévia de uma obra pública dessa dimensão, em ano eleitoral. Com estas considerações e aquelas outras por mim já expostas, dou provimento ao agravo regimental, também por este fundamento, para cassar a decisão, que suspendeu a segurança outorgada pelo nobre juiz federal de Altamira(PA), em 1ª instância.

Por último, merecem destaque, neste cenário de apressado e irregular licenciamento ambiental, as observações críticas de Maria Gracinda Teixeira, Rita Cerqueira de Souza, Alessandra Magrini e Luiz Piguelli Rosa na 'Análise dos Relatórios de Impactos Ambientais de grandes Hidrelétricas no Brasil', com a seguinte redação: 'Os Rimas das hidrelétricas da Amazônia consideram as populações como tendo a mesma história em Rondônia, Roraima e Pará. Os diversos fatores (isto é, história, patrimônio cultural herdado, organização territorial das forças produtivas, condição de reprodução dos diversos grupos sociais, organização do trabalho social, diferenciações territoriais de raiz étnico-cultural, tipo de ocupação econômica) e influências sofridas em contato com outros grupos que marcaram de maneira singular cada grupo social que hoje habita a Amazônia são excluídos desse enfoque homogeneizador. O resultado é a tendência a padronizar as formas de aculturação que sofreram os povos indígenas de Roraima e Rondônia, assim como equiparar as culturas camponesas dos diversos estados que compõem a Amazônia.

As culturas desses povos, que aparecem picotadas nos Rimas, não permitem uma mínima aproximação com as múltiplas formas de organização social e cultural. Ocultando-se os agentes constitutivos dos diferentes territórios, anulam-se automaticamente as diferenciações intrarregionais e inter-regionais, e conseqüentemente torna-se impossível o conhecimento da lógica da organização territorial que sofrerá alterações com o empreendimento. Do ponto de vista dos aspectos de saúde e educação dos Rimas, ficam acessíveis apenas informações demográficas padronizadas, que não permitem conhecer as

tendências estruturais local e territorialmente diferenciadas, o que dificulta a percepção das bases que sustentam o delineamento dos planos e programas geralmente propostos nos relatórios'.²

Conclusão

O Texto Constitucional brasileiro ao estabelecer novos paradigmas de sustentabilidade, exigindo de todos (*Poder Público e coletividade*) *posturas de governabilidade afirmativa*, no que resulta a imposição de deveres constitucionais negativos (*non facere*: abstenção) e *positivos* (*facere*: ação) em defesa do *meio ambiente ecologicamente equilibrado* e do *desenvolvimento sustentável, como direito humano fundamental das presentes e futuras gerações* (CF, art. 225, *caput* e suas extensões constitucionais correlatas, tais como vida, biota (flora e fauna), saúde, educação, cultura, dignidade da pessoa humana, trabalho e bem-estar social e familiar, dentre outros), a exigir, na espécie, a aplicação imediata e dirigente dos *princípios da informação e da educação ambiental, da participação democrática, da oficialidade ecológica, da precaução, da prevenção, do limite e do equilíbrio ecológico, do poluidor-pagador, da ubiquidade, da responsabilidade ambiental e da cooperação internacional*, e, também, dos *princípios que estão sendo adotados*, com inegável sucesso, na *Comunidade Europeia*, sob a denominação do *nível elevado de proteção ambiental*, combinado com a previsão de prazos flexíveis de adaptação aos regimes nacionais e de natureza hierárquica nos domínios da proteção de bens jurídicos emergentes a prevalecer sobre outros bens jurídicos clássicos e conflituosos, bem assim o *princípio da proibição do retrocesso ecológico, que resulta, em termos universais, do princípio da maximização de eficácia de todas as normas de direitos fundamentais*, como ocorre, aqui, no Brasil, em que o art. 5º, § 1º, de nossa Carta Magna impõe a

proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional (em combinação com o art. 60, que dispõe a respeito dos limites formais e materiais às emendas da Constituição), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais. De notar-se que medidas administrativas e decisões judiciais também podem atentar contra o sistema de biosegurança ambiental, os quais, além de estarem incumbidos, constitucionalmente, de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais (de modo particular da defesa e proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado – CF, art. 225, *caput*), não podem, em qualquer hipótese suprimir pura e simplesmente, por ação ou omissão, como no caso da liberação apressada e irresponsável da Hidrelétrica Belo Monte, na região amazônia brasileira, sem a rigorosa observância dos princípios que garantem a tutela constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou mesmo restringir o sistema de proteção constitucional do meio ambiente essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações, posto que estamos todos vinculados pelo Texto Magno ao fiel cumprimento dos *princípios do progresso e da proibição do retrocesso ecológico, como garantias fundamentais de um desenvolvimento sustentável, para todos*.

Referências bibliográficas

OLIVEIRA, Manoel Paulo de. *Congresso de Copenhague (COP 15) ou La fábula del Tiburón y las Sardinas?* Revista Fórum de Direito Urbano e Ambiental 50. Editora Fórum – Belo Horizonte – março/abril/2010.

TEIXEIRA, Maria Gracinda; et al. *Análise dos Relatórios de Impactos ambientais de Grandes Hidrelétricas no Brasil – Previsão de Impactos*. O Estudo de Impacto ambiental no Leste, Oeste e Sul. Experiências no Brasil, na Rússia e na Alemanha. EDUSP em cooperação com a Fundação Leben und Umwelt. Orgs. Clarita Muller – Plantenberg e Aziz Nacib Ab Súber, SP, 2ª ed., 2006.

² TEIXEIRA, 2006, p. 181.

Possibilidade ou não da regra de incidência da impenhorabilidade em cadernetas de poupança com valores depositados acima de 40 salários-mínimos

Alexandre Pontieri*

Sumário

Introdução. 2. O art. 649, X, do CPC; 3. Posicionamento dos tribunais sobre o art. 649, X, do CPC; 4. Possibilidade ou não da regra de incidência da impenhorabilidade em cadernetas de poupança com valores depositados acima de 40 salários-mínimos; Conclusão.

Introdução

O objetivo deste breve artigo é fazer uma análise, com base na jurisprudência, sobre a questão da possibilidade ou não da regra de incidência da impenhorabilidade em cadernetas de poupança com valores depositados acima de 40 salários-mínimos.

2. O art. 649, X, do CPC

Inicialmente cabe destacar o art. 649, X, Código de Processo Civil que assim dispõe:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:
(....)

X – até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança. (com redação dada pela Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006.) (Grifos nossos.)

Da doutrina mais moderna dos professores Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa se extrai:

Entendendo que o limite de 40 salários-mínimos não pode ser flexibilizado, na medida em que “a quantia disposta na lei já revela que este é o mínimo valor que deva ser garantido ao devedor para a preservação de sua dignidade”. RT 871/273 (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor / Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa; com a colaboração de Luis Guilherme Aidar Bondioli – 41ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 874).

Em face de nos autos ter sido demonstrado, pelo extrato de conta, que o devedor não utiliza sua conta-poupança como conta-corrente, descabida a penhora sobre todo o valor ali depositado, sendo necessária a observância do estatuído no art. 649, inciso X, do

CPC (Bol. AASP 2.609: TJDF, AI 2008.00.2.001441-1). (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor/Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, loc. cit.)

3. Posicionamento dos tribunais sobre o art. 649, X, do CPC

A posição nos tribunais, principalmente no egrégio Superior Tribunal de Justiça, é firme em seguir o que está disciplinado no art. 649, X, do Código de Processo Civil, ou seja, o entendimento é no sentido da impenhorabilidade de quantias depositadas em caderneta de poupança até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos, conforme se vê da decisão abaixo:

Execução Fiscal. Depósito em poupança inferior a 40 salários-mínimos. Impenhorabilidade. Aplicação do art. 649, inciso X, do CPC.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que são absolutamente impenhoráveis quantias depositadas em caderneta de poupança até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos, nos termos do art. 649, inciso X, do CPC.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AgRg no REsp 1096337/SP, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 20/08/2009, DJe 31/08/2009.) (Grifos nossos.)

No mesmo sentido:

Processual Civil. Violação dos arts. 458 e 535 do CPC. Inocorrência. Execução fiscal. Convênio Bacen-Jud. Penhora. Depósitos bancários. Lei 11.382/2006.

I. Inexiste ofensa aos arts. 458 e 535 do Código de Processo Civil – CPC quando o Tribunal analisa, ainda que implicitamente, a tese sobre a qual gravitam os dispositivos legais tidos por violados de modo integral, suficiente e adequado.

II. Esta Corte admite a expedição de ofício ao Bacen para se obter informações sobre a existência de ativos financeiros do devedor, desde que o exequente comprove ter exaurido todos os meios de levantamento de dados na via extrajudicial.

III. No caso concreto, a decisão indeferitória da medida executiva requerida ocorreu depois do advento da Lei 11.382/2006, a qual alterou o Código de Processo Civil para: a) incluir os depósitos e aplicações em instituições financeiras como bens preferenciais na ordem de penhora, equiparando-os a dinheiro em espécie (art. 655, I) e; b) permitir a realização da constrição por meio eletrônico (art. 655-A). Aplicação do novel art. 655 do CPC. Precedentes de ambas as Turmas da Primeira Seção.

*Advogado em São Paulo; Pós-Graduado em Direito Tributário pelo CPPG – Centro de Pesquisas e Pós-Graduação da UniFMU, em São Paulo; Pós-Graduado em Direito Penal pela ESMP/SP – Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.

IV. Todavia, deve ser observada a relação dos bens absolutamente impenhoráveis, previstos no art. 649 do CPC, especialmente, 'os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social' (inciso VIII), bem como a quantia depositada em caderneta de poupança até o limite de quarenta (40) salários-mínimos (X).

V. Recurso especial provido.

(REsp 1088237/MT, rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 03/03/2009, DJe 25/03/2009.) (Grifos nossos.)

Processual Civil. Execução fiscal. Convênio Bacen-Jud. Penhora. Depósitos bancários. Lei 11.382/2006.

I. Esta Corte admite a expedição de ofício ao Bacen para se obter informações sobre a existência de ativos financeiros do devedor, desde que o exequente comprove ter exaurido todos os meios de levantamento de dados na via extrajudicial.

II. No caso concreto, a decisão indeferitória da medida executiva requerida ocorreu depois do advento da Lei 11.382/2006, a qual alterou o Código de Processo Civil para: a) incluir os depósitos e aplicações em instituições financeiras como bens preferenciais na ordem de penhora, equiparando-os a dinheiro em espécie (art. 655, I) e; b) permitir a realização da constrição por meio eletrônico (art. 655-A). Aplicação do novel art. 655 do CPC. Precedentes de ambas as Turmas da Primeira Seção.

III. Existe, assim, a necessidade de observância da relação dos bens absolutamente impenhoráveis, previstos no art. 649 do CPC, especialmente, 'os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social' (inciso VIII), bem como a quantia depositada em caderneta de poupança até o limite de quarenta (40) salários-mínimos (X).

IV. Agravo regimental provido.

(AgRg no REsp 1077240/BA, rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19/02/2009, DJe 27/03/2009.) (Grifos nossos.)

E mais:

Processual Civil. Execução fiscal. Convênio Bacen-Jud. Penhora. Depósitos bancários. Lei 11.382/2006.

I. Esta Corte admite a expedição de ofício ao Bacen para se obter informações sobre a existência de ativos financeiros do devedor, desde que o exequente comprove ter exaurido todos os meios de levantamento de dados na via extrajudicial.

II. No caso concreto, a decisão indeferitória da medida executiva requerida ocorreu depois do advento da Lei 11.382/2006, a qual alterou o Código de Processo Civil para: a) incluir os depósitos e aplicações em instituições financeiras como bens preferenciais na ordem de penhora, equiparando-os a dinheiro em espécie (art. 655, I) e; b) permitir a realização da constrição por meio eletrônico (art. 655-A). Desse modo, o recurso especial deve ser analisado à luz do novel regime normativo. Precedentes de ambas as Turmas da Primeira Seção.

III. De qualquer modo, há a necessidade de observância da relação dos bens absolutamente impenhoráveis, previstos no art. 649 do CPC, especialmente, 'os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social' (inciso VIII), bem como a quantia depositada em caderneta de poupança até o limite de quarenta (40) salários-mínimos (X).

IV. Recurso especial provido.

(REsp1070308/RS, rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 18/09/2008, DJe 21/10/2008) (Grifos nossos)

E o mesmo Superior Tribunal de Justiça analisando a questão da impenhorabilidade de poupança vinculada diretamente à aquisição do bem de família:

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Penhora. Poupança vinculada diretamente à aquisição do bem de família. Impenhorabilidade.

I. O Tribunal de origem indeferiu a penhora de dinheiro aplicado em poupança, por verificar a sua vinculação ao financiamento para aquisição de imóvel caracterizado como bem de família.

II. Embora o dinheiro aplicado em poupança não seja considerado bem absolutamente impenhorável – ressalvada a hipótese do art. 649, X, do CPC –, a circunstância apurada no caso concreto recomenda a extensão do benefício da impenhorabilidade, uma vez que a constrição do recurso financeiro implicará quebra do contrato, autorizando, na forma do Decreto-Lei 701966, a retomada da única moradia familiar.

III. Recurso Especial não provido.

(REsp 707623/RS, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/04/2009, DJe 24/09/2009.) (Grifos nossos.)

Vale destacar a regra do limite de 40 (quarenta) salários-mínimos da quantia depositada em caderneta de poupança.

4. Possibilidade ou não da regra de incidência da impenhorabilidade em cadernetas de poupança com valores depositados acima de 40 salários-mínimos

Porém, ainda há um ponto a questionar: e se o valor da poupança for superior a 40 (quarenta) salários-mínimos, mas, alimentada por salário. Há a possibilidade da regra da incidência da impenhorabilidade?

O art. 649, IV, Código de Processo Civil que dispõe:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:
(...)

IV – os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo; (Redação dada pela Lei 11.382, de 2006).

Para bem esclarecer essa dúvida, colacionamos as lições do Professor Demócrito Reinaldo Filho¹, em artigo que muito bem responde a essa questão central:

1. O inciso IV do art. 649 do CPC, que prevê a impenhorabilidade de verbas remuneratórias e de pensionamento, não deve ser interpretado em sentido literal, sob pena de criar um alargamento impróprio da garantia processual e privilegiar de forma injustificada o devedor. Uma interpretação excessivamente abrangente em termos de restrição à penhora de bens do devedor acaba por criar proteções excessivas, diminuindo a responsabilidade pelo pagamento de dívidas e comprometendo a própria tutela jurisdicional executiva.

2. Os valores obtidos a título de salário, vencimentos, proventos e pensões são impenhoráveis somente nos limites do eventual comprometimento da receita mensal necessária à subsistência do devedor e de sua família. Preserva-se, dessa forma, um mínimo para a sua sobrevivência, mas ao mesmo tempo entrega-se a prestação jurisdicional pleiteada pelo exequente. Interpretação contrária provocaria evidentes distorções e criaria indevida proteção ao executado.

3. Se os rendimentos salariais deixam de ser utilizados e permanecem por algum tempo em conta-corrente, não sendo consumidos no mês do recebimento, ou são revertidos para aplicação financeira, ou lhes são dada qualquer outra destinação, tal circunstância é indicativa da perda da sua natureza alimentar. Não é o simples fato de o salário se encontrar depositado em conta bancária (conta-corrente comum) que deixa de ser impenhorável. Um grande número de pessoas (empregados do setor privado e funcionários públicos) recebe salários mediante depósito em conta-corrente comum, daí porque a constrição pode alcançar os valores salariais no momento ou poucos dias após de ser creditado na conta do executado, impedindo o beneficiário de se utilizar dessa verba para o seu próprio sustento e manutenção de suas obrigações básicas. É a mudança de destinação, caracterizada pelo depósito da verba em poupança ou outra aplicação financeira, bem como a permanência do numerário sem utilização por prazo considerável que indica a perda da natureza alimentar dos rendimentos salariais.

4. Com o veto presidencial ao parágrafo 3º do art. 649 o juiz permanece impossibilitado de realizar penhora de recebimentos futuros de verbas salariais. A única exceção é na execução de sentença ou decisão que condena ao pagamento de prestação alimentícia, uma vez que já existe no ordenamento jurídico regra (art. 734 do CPC) que o permite mandar descontar em folha de pagamento a importância correspondente ao título exequendo.

5. Há uma necessidade de compatibilização da regra do inciso IV do art. 649 com o inciso X desse mesmo artigo, o qual somente protege da constrição judicial a quantia depositada em caderneta de poupança até o limite de 40 salários-mínimos. Acima desse limite, pouco importa a origem ou natureza do restante da verba depositada, que pode ser penhorada.'

E decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

Esta Corte já decidiu diversas vezes ser 'indevida penhora de percentual de depósitos em conta-corrente, onde depositados os proventos da aposentadoria de servidor público federal', por ser 'uma das garantias asseguradas pelo art. 649, IV, do CPC' (AgRg no REsp 969.549/DF, 4ª Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 19/11/2007). Todavia, há na espécie peculiaridade que torna inaplicável tal entendimento.

Como bem salientado pelo juiz de primeiro grau de jurisdição, no particular "o próprio executado reconhece que mantinha a quantia bloqueada como uma espécie de reserva, do que se infere que não depende da mesma para sobreviver" (fls. 171) (grifei).

Nesse aspecto, Araken de Assis anota que a impenhorabilidade de vencimentos deve ficar restrita "àquela quantia necessária para sua (do devedor) subsistência até o próximo encaixe" (*Manual da Execução*. São Paulo: RT, 2004, 9ª ed., p. 215).

Com efeito, tendo o salário entrado na esfera de disponibilidade do recorrente sem que tenha sido consumido integralmente para o suprimento de necessidades básicas, vindo a compor o que ele próprio denomina de *reserva disponível*, a verba perde seu caráter alimentar, tornando-se penhorável.

O acolhimento da tese do recorrente viabilizaria, no extremo, a esdrúxula situação de que qualquer trabalhador contraia empréstimos para cobrir seus gastos mensais, indo inclusive além do suprimento de necessidades básicas, de modo a economizar integralmente seu salário, o qual não poderia jamais ser penhorado. Considerando que, de regra, cada um paga suas dívidas justamente com o fruto do próprio trabalho, no extremo estar-se-ia autorizando a maioria das pessoas a simplesmente não quitar suas obrigações.

Aliás, ao que tudo indica a intenção do recorrente é essa mesmo, pois ele próprio reconhece que *passou a ser uma pessoa econômica e manter em sua conta um saldo pomposo, para não se submeter a juros exorbitantes, não saber o dia de amanhã e ter adquirido o entendimento de que sempre deve ter a*

¹ (REINALDO FILHO, Demócrito. *Da possibilidade de penhora de saldos de contas bancárias de origem salarial. Interpretação do inciso IV do art. 649 do CPC em face da alteração promovida pela Lei 11.382, de 06/12/2006*). Disponível no site *Jus Vigilantibus* em: <<http://jusvi.com/arts/33940/2>>.

disposição uma quantia razoável para suprir qualquer necessidade emergencial (fls. 8). Em outras palavras, o recorrente vem economizando seu salário em detrimento da dívida contraída frente ao banco recorrido.

Evidentemente, não é este o espírito norteador do art. 649, IV, do CPC, que estabelece a impenhorabilidade de vencimentos somente para garantir ao trabalhador meios de subsistência.

Foi justamente este o raciocínio desenvolvido pelo relator, ao consignar que “se o impetrante se utilizou da conta para manutenção de saldo *pomposo*, fazendo economia às custas dos credores, há, inegavelmente, desvirtuamento da natureza alimentar das verbas recebidas a título de salários. Tal verba passa a ter o caráter de poupança e/ou investimento, não mais destinada à subsistência do impetrante, o que a *mens legis* visa a proteger” (fls. 215/216).

(Recurso em Mandado de Segurança 25.397/DF – 2007/0238865-6; rel. Min. Nancy Andrichi, de 14/10/2008.)

Conclusão

Diante do tema em debate, qual seja, analisar de forma breve a questão da possibilidade ou não da regra

de incidência da impenhorabilidade em cadernetas de poupança com valores depositados acima de 40 salários-mínimos, podemos concluir que:

Conforme análise da legislação processual civil e da jurisprudência, com especial destaque para o entendimento do STJ – Superior Tribunal de Justiça chega-se à conclusão *que as poupanças bancárias até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos da quantia depositada são impenhoráveis*.

Já em relação ao valor *excedente dos 40 (quarenta) salários-mínimos da poupança* poderá haver a penhora, desde que seja feita a verificação do comprometimento da receita mensal necessária à subsistência do devedor e de sua família, sempre com proporcionalidade e razoabilidade e a observância aos preceitos constitucionais da dignidade e respeito à pessoa humana.

Caso haja desvio da natureza alimentar do salário, passando este a ter caráter de poupança e não mais de subsistência, será possível a penhora do excedente, observando-se para isso cada caso isoladamente.

Essas as breves considerações.

O aviso prévio indenizado e a ilegalidade da incidência de contribuição previdenciária

Daniel Carneiro Machado*

Introdução; 2. Breve contexto normativo – das normas constitucionais ao decreto regulamentador da previdência social; 3. A natureza jurídica do aviso prévio indenizado – ilegalidade da incidência da contribuição previdenciária; 4. *O Decreto 6.727/2009 e sua ilegalidade; Conclusão; Bibliografia.*

Introdução

O presente artigo tem por objeto o estudo da controvérsia acerca da incidência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado.

Sem o propósito de esgotar o tema, pretende-se realizar uma interpretação sistemática das normas regedoras da questão, apontando os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da natureza jurídica do aviso prévio, bem como da hipótese de incidência da contribuição previdenciária.

Pretende-se, ao final, demonstrar que a incidência de contribuição previdenciária sobre a referida parcela não possui amparo na lei previdenciária e tampouco na Constituição.

2. Breve contexto normativo – das normas constitucionais ao decreto regulamentador da Previdência Social

A matriz das contribuições previdenciárias está prevista no art. 195, inciso I, da Constituição Federal, que assim estabelece:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício (...)

A alteração introduzida pela Emenda Constitucional 20/1998 no art. 195, inciso I, da Constituição da República, a qual acrescentou a expressão *os demais rendimentos do trabalho*; à hipótese antes prevista, não acarretou alargamento da base de cálculo em relação aos empregados. Visou somente a expressar de forma explícita o conteúdo do conceito de folha de salários, de forma a afastar qualquer controvérsia sobre a matéria. O que a emenda modificou, efetivamente, foi o âmbito de incidência da contribuição quanto aos trabalhadores que não mantêm vínculo empregatício com a empresa, mas são por ela remunerados.

A determinação constitucional restou observada na Lei 8.212/1991, sendo arrolados os casos em que não está presente a natureza salarial ou remuneratória no § 9º do art. 28 do referido diploma legal. Esse rol, porém, não pode ser considerado exaustivo, podendo ocorrer situação não prevista pelo legislador que também não enseje a cobrança da contribuição, por não restar caracterizada a hipótese de incidência do tributo.

No que se refere especificamente ao *aviso prévio indenizado*, objeto da presente pesquisa, a referida Lei 8.212/1991 previu expressamente no art. 28, § 9º, alínea e, em sua redação original, que a referida parcela não deveria integrar o salário de contribuição.

Com o advento da Lei 9.528, de 10 de dezembro de 1997, resultante da conversão da Medida Provisória 1.596-14, de 10 de novembro de 1997, foi alterada a referida alínea e, suprimindo-se a exclusão do aviso prévio indenizado da base de cálculo da contribuição previdenciária. Posteriormente, o Decreto Regulamentador 3.048/1999 determinou no art. 214, § 9º, inciso V, letra f, a exclusão da referida parcela da base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Recentemente, todavia, o novel Decreto 6.727, de 12 de janeiro de 2009 *revogou* a alínea f do inciso V do § 9º do art. 214 do Decreto 3.048. O Governo Federal

* Juiz Federal Substituto da 21ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais. Mestre em Direito Processual pela PUC Minas, professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e do Centro Universitário Newton Paiva.

manifestou por meio do referido ato normativo a defesa da incidência das contribuições previdenciárias sobre o aviso prévio indenizado.

Diante do referido contexto normativo, surgiu a controvérsia acerca da legalidade ou não da nova norma regulamentadora e se o aviso prévio indenizado pode ser considerado como salário de contribuição a partir da nova regulamentação.

3. A natureza jurídica do aviso prévio indenizado – ilegalidade da incidência da contribuição previdenciária

De acordo com o art. 28, inciso I, da Lei 8212/1991, entende-se por salário de contribuição, *in verbis*:

I – para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a *totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho*, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, *quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa*; (destaquei).

É cediço que, para se aplicar a legislação tributária, exigir a contribuição social e definir a natureza jurídica do aviso prévio indenizado, o intérprete não pode ficar adstrito à determinação literal do decreto regulamentar, senão que exige uma interpretação teleológica e sistemática dos dispositivos constitucionais e legais acerca da matéria.

O método teleológico refere-se à interpretação pela busca da finalidade ou do espírito da lei, procura revelar o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito¹.

No tocante à interpretação sistemática, o incomparável hermeneuta Carlos Maximiliano ensinava a forma como se deve analisar uma lei ou artigo, consistindo o *processo sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto*.

Enriquecendo o estudo, completava que

já não se admitia em Roma que o juiz decidisse tendo em mira apenas uma parte da lei; cumpria examinar a norma em conjunto: *Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel responderere — é contra Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte da mesma*².

Como se pode observar, a interpretação teleológica leva à possibilidade de o aplicador do direito, em caso de norma que conduza a mais de uma interpretação, optar pela interpretação que melhor corresponda ao seu objetivo, desde que consentânea com os fins pretendidos pelo legislador. No caso da interpretação sistemática, esta pressupõe, no que se refere ao objeto da presente pesquisa, que os conceitos de rendimentos do trabalho ou para retribuir o trabalho não se encontram isolados, devendo ser compreendidos em relação às normas do regime previdenciário e trabalhista em vigência e, em última análise, em relação à finalidade da contribuição previdenciária.

Pois bem. Conforme já dito, devem ser excluídas da base de cálculo das contribuições previdenciárias devidas pelo empregador as parcelas expressamente mencionadas no art. 28, § 9º, da Lei 8.212/1991, ou parcelas que evidentemente não se caracterizam como *remuneração* ou *rendimento destinado a retribuir o trabalho*.

Dentro desta ótica, importa, para elucidar a inteligência do art. 195, inciso I, da Constituição, apenas verificar a natureza dos pagamentos feitos ao empregado, *não a denominação da parcela integrante da remuneração*. Se tiver caráter salarial ou remuneratório, sendo paga com habitualidade e como contraprestação do serviço, enquadra-se na hipótese de incidência da norma prescrita na Constituição; se não o tiver, o legislador ordinário não pode elencá-lo como fato gerador da contribuição previdenciária, — incorrendo em inconstitucionalidade caso o faça —, e tampouco o decreto regulamentar, em face do princípio da estrita legalidade tributária.

A propósito, é oportuno destacar o conceito de salário e de remuneração dado pelo professor Arnaldo Süssekind:

(...) salário, é a retribuição dos serviços prestados pelo empregado, por força do contrato de trabalho, sendo devido e pago diretamente pelo empregador que dele se utiliza para a realização dos fins colimados pela empresa; remuneração é a

1 BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 138;

2 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 17ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, p.128.

resultante da soma do salário percebido em virtude do contrato de trabalho e dos proventos auferidos de terceiros, habitualmente, pelos serviços executados por força do mesmo contrato.³

Quanto ao regramento acerca do aviso prévio, dispõe o art. 487, da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 487 Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:

I – oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior;

II – trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa.

§ 1º *A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço.*

§ 2º *A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.*

§ 3º *Em se tratando de salário pago na base de tarefa, o cálculo, para os efeitos dos parágrafos anteriores, será feito de acordo com a média dos últimos 12 (doze) meses de serviço.*

§ 4º *É devido o aviso prévio na despedida indireta.*

§ 5º *O valor das horas extraordinárias habituais integra o aviso prévio indenizado.*

§ 6º *O reajustamento salarial coletivo, determinado no curso do aviso prévio, beneficia o empregado pré-avisado da despedida, mesmo que tenha recebido antecipadamente os salários correspondentes ao período do aviso, que integra seu tempo de serviço para todos os efeitos legais. (Parágrafo incluído pela Lei 10.218, de 11/04/2001) (destaquei).*

Percebe-se da leitura desse dispositivo legal que o aviso prévio é, na verdade, a notificação que uma das partes do contrato de trabalho, seja o empregador, seja o empregado, faz à parte contrária, comunicando-lhe a intenção de rescisão do vínculo, que se dará em data certa e determinada, observado o prazo determinado em lei.

É certo que o período que o empregado trabalha após ter dado ou recebido o aviso prévio será remunerado da forma habitual, por meio do salário, sobre o qual incide a contribuição previdenciária, já que recebe em função da prestação do serviço.

Por sua vez, o aviso prévio, previsto no art. 487, § 1º, da CLT, constitui o *pagamento substitutivo do tempo*

que o empregado trabalharia se cumprisse o aviso prévio em serviço e, a toda evidência, não se enquadra como salário ou remuneração já que pago *sem a contraprestação e habitualidade* inerentes a estes.

Amauri Mascaro Nascimento ensina que

(...) a indenização colima recompor um bem jurídico ou um patrimônio. O salário não tem tal finalidade, mas sim, a de remunerar um serviço prestado pelo trabalhador, aumentando, assim, o seu patrimônio⁴.

Com efeito, o pagamento do aviso prévio acompanhado da dispensa de seu cumprimento objetiva disponibilizar mais tempo ao empregado para a procura de novo emprego, possuindo *nítida feição indenizatória* em razão do término do contrato de trabalho.

Nesse ponto, impende destacar a lição do professor Maurício Godinho Delgado, que define e diferencia com precisão a natureza jurídica dos pagamentos realizados no aviso prévio, de acordo com o trabalho ou não no período, *in verbis*:

(...) o pagamento do aviso prévio prestado em trabalho tem natureza nitidamente salarial: o período de seu cumprimento é retribuído por meio de salário, o que lhe confere esse inequívoco caráter (...) contudo, não se tratando de pré-aviso laborado, mas somente indenizado, não há como insistir-se em sua natureza salarial. A parcela deixou de ser adimplida por meio de labor, não recebendo a contraprestação inerente a este, o salário. Nesse caso, sua natureza indenizatória inequivocamente desponta (...)⁵ (destaquei).

O entendimento de que a verba paga a título de aviso prévio indenizado não tem natureza salarial e, como tal, não está sujeita à incidência de contribuição previdenciária também encontra amparo na jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais, *in verbis*:

Tributário. Contribuição previdenciária. Aviso prévio indenizado. Não incidência. Custas e honorários advocatícios. Sucumbência mínima do INSS. Condenação da autora.

I. Decisão do Supremo Tribunal Federal em medida cautelar na ADIn 1.659-6 quanto à não incidência de contribuição previdenciária sobre aviso prévio indenizado não afasta o interesse processual da parte autora.

³ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*, 14ª ed. São Paulo: LTr, 1994. p. 320.

⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Manual do Salário*. São Paulo: LTr, 1985, pp. 54/55.

⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 2ª ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 1.171.

II. Não incide contribuição previdenciária sobre verbas pagas a título de aviso prévio, por não comportarem natureza salarial, mas terem nítida feição indenizatória.

III. Tendo o INSS sucumbido de parte mínima do pedido, correta a condenação da parte autora no ônus da sucumbência.

IV. Apelação da sociedade, apelação do INSS e remessa oficial a que se nega provimento.⁶

Tributário: mandado de segurança. Contribuição previdenciária. Suspensão do recolhimento. Parcelas indenizatórias. Natureza. Não incidência. Medidas Provisórias 1.523/1996 e 1.596/1997. Lei 8.212/1991, arts. 22, § 2º e 28, §§ 8º e 9º. Revogação. Lei 9.528/1997. ADIn 1.659-8/DF. Concessão parcial da ordem.

I. O mandado de segurança preventivo é adequado para suspender a exigibilidade de contribuição social incidente sobre verbas de natureza indenizatória pagas aos empregados, bem como declarar incidentalmente a inconstitucionalidade ou ilegalidade de medida provisória (MP's 1.523/1996 e 1.596/1997).

II. Os pagamentos de natureza indenizatória tais como aviso prévio indenizado, indenização adicional prevista no art. 9º Lei da 7.238/1984 (dispensa nos 30 dias que antecedem o reajuste geral de salários) e férias indenizadas não compõem a remuneração, donde inexigível a contribuição previdenciária sobre essas verbas. Precedentes.

III. O colendo STF suspendeu liminarmente em ação direta de inconstitucionalidade (ADIn 1.659-8) os dispositivos previstos nas MP's 1.523/1996 e 1.596/1997, os quais cuidam da incidência da contribuição previdenciária sobre parcelas indenizatórias, além de terem sido revogados pela Lei de conversão 9.528/1997, embora a referida ADIn tenha sido julgada prejudicada a final, em virtude da perda de objeto da mesma.

IV. Destarte, a impetrante possui o direito líquido e certo de suspender a exigibilidade das contribuições, especialmente o aviso prévio indenizado e a indenização adicional da Lei 7.238/1984, cuja concessão parcial do mandamus foi correta e deve ser mantida, negando-se provimento à apelação e à remessa oficial.

V. Apelação do INSS e remessa oficial improvidas.⁷

As verbas indenizatórias não compõem parcela do salário do empregado, posto que não têm caráter de habitualidade, pagas com a finalidade de recompor o patrimônio do empregado desligado sem justa causa e, por esse motivo, não estão sujeitas à incidência da contribuição.

⁶ TRF 1ª Região, AC 1997.38.00.061675-1/MG, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, e-DJF1 de 27/03/2009, p. 79.

⁷ TRF 3ª Região, MS 191811, rel. Juíza Cecília Mello, DJ 20/04/2007.

No mesmo sentido, é o entendimento da Suprema Corte, segundo a qual apenas as verbas incorporáveis aos salários e que não sejam indenizatórias sofrem a incidência da contribuição previdenciária, conforme precedentes abaixo aplicáveis *mutatis mutandis*:

Ementa: Tributário. Imposto de Renda Sobre a parcela do adicional de férias. Impossibilidade. Agravo Improvido. I – A orientação do Tribunal é no sentido de que as contribuições previdenciárias não podem incidir em parcelas indenizatórias ou que não incorporem a remuneração do servidor. II – Agravo regimental improvido.⁸

Por fim, o fato de o período de aviso ser computado no tempo de serviço para todos os efeitos legais, de acordo com o que estabelece o art. 487 da CLT, não torna o valor da indenização a ele referente passível de incidência de contribuições previdenciárias.

Conforme demonstrado nesta pesquisa, a verba em questão não se enquadra na definição de salário de contribuição, feita pelo inciso I do art. 28 da Lei 8.212/1991, que abrange somente os rendimentos pagos como contraprestação pelo trabalho, entre os quais não se inclui o valor do aviso prévio indenizado, porque não se trata de rendimento pago pela execução de serviço ou trabalho.

Assim, no inciso I do art. 150 da CF,

a norma instituidora de tributo incide somente sobre as hipóteses nela especificadas, não havendo espaço para interpretação que inclua no seu raio de ação os fatos não definidos por ela como geradores do crédito tributário.⁹

4. O Decreto 6.727/2009 e sua ilegalidade

Conforme dispõe o art. 84, inciso IV, da Constituição Federal, compete ao chefe do Poder Executivo expedir decretos e regulamentos para fiel execução das leis.

Para Diógenes Gasparini, poder regulamentar consiste na

atribuição privativa do chefe do Poder Executivo para, mediante decreto, expedir atos normativos,

⁸ STF-AgRg, AI 712880 AgR/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe-113/Divulg. 18/06/2009, p. 2352/STF, AgRg-AI 727.958-7, rel. Min. Eros Grau, DJe 27/02/2009, p. 91.

⁹ TRT3 4ª Turma, RO 01064-2007-067-03-00-4, rel. Des. Federal Luiz Otávio Linhares Renault, DJU 26/04/2008; Precedentes também do TST: 2ª Turma, RR 792/2004-009-04-00.0, rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, DJU 19/12/2008; 8ª Turma, RR 330/1996-001-04-00.0, rel. Min. Dora Maria da Costa, DJU 12/12/2008.

*chamados regulamentos, compatíveis com a lei e visando desenvolvê-la*¹⁰.

O Decreto Regulamentador 6.727, de 12 de janeiro de 2009, está eivado de ilegalidade na parte que revogou a alínea *f* do inciso V do § 9º do art. 214 do Decreto 3.048/1999, pois não poderia impor a exação tributária em afronta à inteligência da norma legal.

Com efeito, os decretos devem restringir-se ao fim precípuo de facilitar a aplicação e execução da lei que regulamenta e nada mais.

No Estado Democrático de Direito, portanto, em razão do princípio da estrita legalidade tributária, os atos regulamentares não podem estender a incidência ou forma de cálculo de contribuição sobre parcela de que não cogitou a lei ou que pela sua natureza jurídica indenizatória não caracteriza hipótese de incidência.

Conclusão

O presente estudo visou demonstrar a ilegalidade do Decreto 6.727, de 12 de janeiro de 2009, na parte que revogou a alínea *f* do inciso V do § 9º do art. 214 do Decreto 3.048/1999.

De acordo com a inteligência do art. 195, I, da Constituição, não há relação jurídica tributária que obrigue os contribuintes ao recolhimento da contribuição social previdenciária incidente sobre as parcelas pagas a *título de aviso prévio indenizado*.

Destarte, somente as verbas pagas com habitualidade e que remuneram os serviços prestados podem ser integradas ao salário de contribuição, a teor do referido dispositivo constitucional e art. 28, I, da Lei 8.212/1991, não podendo o ato regulamentador, ao seu alvedrio, alterar a natureza jurídica das parcelas para ora tributá-las ora não.

Bibliografia

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 2ª ed., São Paulo: LTr, 2004.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 17ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Manual do Salário*. São Paulo: LTr, 1985.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*, 14ª ed. São Paulo: LTr, 1994.

Site <www.cjf.jus.br>. Acesso em fev. 2010.

Site <www.stf.jus.br>. Acesso em fev. 2010.

Site <www.camara.gov.br>. Acesso em fev. 2010.

¹⁰ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 117.

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos
Lei 12.336, de 26 de outubro de 2010

Altera as Leis 4.375, de 17 de agosto de 1964, que dispõe sobre o serviço militar, e 5.292, de 8 de junho de 1967, que dispõe sobre a prestação do serviço militar pelos estudantes de Medicina, Farmácia, Odontologia e Veterinária e pelos médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários.

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

Art. 1º Os arts. 17, 29, 30 e 75 da Lei 4.375, de 17 de agosto de 1964, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 17.

§ 1º Os brasileiros das classes anteriores ainda em débito com o serviço militar, bem como os médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários possuidores de Certificado de Dispensa de Incorporação, sujeitam-se às mesmas obrigações impostas aos da classe convocada, sem prejuízo das sanções que lhes forem aplicáveis na forma desta Lei e de seu regulamento.

.....” (NR)

“Art. 29.

.....

e) os que estiverem matriculados ou que se candidatarem à matrícula em institutos de ensino (IEs) destinados à formação, residência médica ou pós-graduação de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários até o término ou a interrupção do curso.

.....” (NR)

“Art. 30.

.....

§ 6º Aqueles que tiverem sido dispensados da incorporação e concluírem os cursos em IEs destinados à formação de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários poderão ser convocados para a prestação do serviço militar.” (NR)

“Art. 75.

.....

§ 3º Para os concluintes de curso de ensino superior de Medicina, Farmácia, Odontologia e Veterinária, o Certificado de Dispensa de Incorporação de que trata a alínea *d* do *caput* deste artigo deverá ser revalidado pela região militar respectiva, ratificando a dispensa, ou recolhido, no caso de incorporação, a depender da necessidade das Forças Armadas, nos termos da legislação em vigor.” (NR)

Art. 2º A Lei 4.375, de 1964, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 40-A:

“Art. 40-A. O Certificado de Isenção e o Certificado de Dispensa de Incorporação dos brasileiros concluintes dos cursos de Medicina, Farmácia, Odontologia e Veterinária terão validade até a diplomação e deverão ser revalidados pela região militar competente para ratificar a dispensa ou recolhidos, no caso de incorporação, a depender da necessidade das Forças Armadas.”

Art. 3º Os arts. 1º, 4º, 9º, 12, 23 e 45 da Lei 5.292, de 8 de junho de 1967, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º Em tempo de paz, o serviço militar prestado nas Forças Armadas – Marinha, Exército e Aeronáutica - pelos brasileiros regularmente matriculados em institutos de ensino

(IEs), oficiais ou reconhecidos, destinados à formação, residência médica ou pós-graduação de médicos, farmacêuticos, dentistas ou veterinários (IEMFDV), ou diplomados pelos referidos estabelecimentos, obedecerá às prescrições desta Lei e à sua regulamentação.

§ 1º Na mobilização, o serviço militar prestado pelos brasileiros referidos no *caput* deste artigo compreenderá todos os encargos de defesa nacional determinados por legislação especial.

§ 2º Os brasileiros que venham a ser diplomados por IEs congêneres, de país estrangeiro, sujeitam-se ao disposto neste artigo, desde que os diplomas sejam reconhecidos pelo Governo brasileiro.

§ 3º As mulheres diplomadas pelos IEs citados são isentas do serviço militar em tempo de paz e, de acordo com as suas aptidões e especialidades, sujeitas aos encargos do interesse da mobilização.” (NR)

“Art. 4º Os concluintes dos cursos nos IEs destinados à formação de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários que não tenham prestado o serviço militar inicial obrigatório no momento da convocação de sua classe, por adiamento ou dispensa de incorporação, deverão prestar o serviço militar no ano seguinte ao da conclusão do respectivo curso ou após a realização de programa de residência médica ou pós-graduação, na forma estabelecida pelo *caput* e pela alínea *a* do parágrafo único do art. 3º, obedecidas as demais condições fixadas nesta Lei e em sua regulamentação.

.....
§ 2º (Revogado).

.....” (NR)

“Art. 9º Os MFDV de que trata o art. 4º são considerados convocados para a prestação do serviço militar no ano seguinte ao da conclusão do curso, pelo que, ainda como estudantes do último ano, deverão apresentar-se, obrigatoriamente, para fins de seleção.

.....” (NR)

“Art. 12. A seleção dos MFDV de que tratam o *caput* e o § 3º do art. 4º será realizada dentro dos aspectos físico, psicológico e moral.

.....” (NR)

“Art. 23. Consideram-se excedentes e, em consequência, dispensados da prestação do serviço militar sob a forma de Estágio de Adaptação e Serviço (EAS), a que se refere a alínea *a* do parágrafo único do art. 3º, os MFDV de que trata o art. 4º:

.....” (NR)

“Art. 45. Os MFDV que sejam servidores públicos federais, estaduais, distritais ou municipais, bem como empregados, operários ou trabalhadores, qualquer que seja a natureza da entidade em que exerçam as suas atividades, quando incorporados em Organização Militar das Forças Armadas para a prestação do EAS de que tratam o *caput* e o § 1º do art. 4º, desde que para isso tenham sido forçados a abandonar o cargo ou emprego, terão assegurado o retorno ao cargo ou emprego respectivo, dentro dos 30 (trinta) dias que se seguirem ao licenciamento, salvo se declararem, por ocasião da incorporação, não pretender a ele voltar.

.....” (NR)

Art. 4º Revoga-se o § 2º do art. 4º da Lei 5.292, de 8 de junho de 1967.

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

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

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Nelson Jobim

Corte Especial

Numeração única: 0034369-74.2008.4.01.0000

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 2008.01.00.034078-6/PA

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes
Requerente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Requerido: Juízo Federal da 5ª Vara/PA
Autor: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Daniel César Azevedo Avelino
Publicação: e-DJF1 de 05/11/2010, p. 4

Ementa

Processual Civil. Tutela antecipada. Suspensão da execução. Pressupostos específicos da contracautela. Benefício previdenciário. Desconto de empréstimo consignado.

I. Para a suspensão de execução de liminar ou de sentença, nos termos da Lei 8.437/1992 (art. 4º), torna-se necessário, apenas, que o requerente demonstre que a decisão impugnada tem aptidão para acarretar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

II. A insurgência contra a decisão que suspende a execução da liminar deve ater-se aos seus pressupostos específicos. A incursão no mérito é admitida somente em nível mínimo de deliberação ou de descrição do cenário maior do caso, se necessária para se demonstrar a razoabilidade do deferimento ou do indeferimento do pedido.

III. Eventuais erros de mérito, em suposta ofensa à ordem jurídica, devem ser discutidos e resguardados, sendo o caso, nas vias recursais ordinárias, no plano do juízo natural. O exame pela Presidência do Tribunal limita-se aos pressupostos específicos da contracautela, segundo a legislação de regência: ocorrência de “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”. (Cf. Lei 8.437/1992 – art. 4º e § 1º; e art. 15 e §§ da Lei 12.016/2009.)

IV. A decisão que determina a sustação dos descontos efetuados sobre a aposentadoria ou pensão dos beneficiários que aleguem não ter realizado empréstimo consignado, com a consequente averiguação pelo INSS da regularidade da cobrança mediante procedimento administrativo, não tem aptidão para causar danos graves à ordem pública.

V. Improvimento do agravo regimental.

Acórdão

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

Corte Especial do TRF 1ª Região – 21/10/2010.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Trata-se de agravo regimental interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra decisão do então Presidente deste Tribunal, Des. Federal Jirair Aram Meguerian, que indeferiu a suspensão dos efeitos da decisão proferida pelo Juízo da 5ª Vara Federal – PA, nos autos da Ação Civil Pública 2008.39.00.003206-2/PA, que determinara a suspensão dos descontos de

empréstimos realizados em benefícios previdenciários, sem que os titulares houvessem realizado, com a instituição financeira responsável, o contrato de mútuo.

Sustenta que a decisão atenta contra a ordem pública e administrativa, e que “a lesão à ordem pública (entendida como ‘lesão à ordem estabelecida para a ação da Administração Pública, por força da lei, nas suas múltiplas manifestações’) é manifesta, na

medida em que o Juiz Federal da 5ª Vara alterou todo o procedimento administrativo, sem que ao menos tenha estabelecido um prazo razoável para o cumprimento da decisão” (cf. fls. 153).

Afirma que é mantenedor e gestor dos benefícios do RGPS, não se preocupando com relações jurídicas outras firmadas entre o beneficiário e instituições financeiras; que, juntamente com o Ministério da Previdência, regulamenta a forma de contratação de empréstimos consignados em folha, bem como os limites de comprometimento do benefício; e que respeita a relatividade da relação contratual, sem permitir a violação ao direito constitucional à previdência social; que não se imiscui nas relações jurídicas instauradas entre o próprio beneficiário e a instituição financeira.

Alega que a Instrução Normativa 28/2008 traçou um procedimento de análise de reclamações pertinentes a tais empréstimos que não comprometesse as normais atividades administrativas de suas agências; e que a decisão de 1ª instância gerou uma sobrecarga de atividade administrativa que não se coaduna com a sua finalidade institucional, “ao determinar que funcione como entidade fiscalizadora das relações jurídicas creditícias firmadas entre o beneficiário da previdência social e as instituições financeiras, extrapolando a mera gestão do benefício” (cf. fls. 155/156), dificultando os procedimentos administrativos, em prejuízo de sua função típica de autarquia previdenciária.

Assevera, por fim, que os mutuários se utilizam do instrumento da “suspensão imediata do benefício” apenas para influenciar na sua relação jurídica com a instituição financeira e que o novo procedimento, além de não trazer nenhum benefício aos mutuários, dificulta a sua atuação administrativa.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — 1. A decisão ora agravada está fundamentada nos seguintes termos (cf. fls. 140/147):

(...)

15. No particular, observo que a decisão de primeira instância apenas determinou que a autarquia suspendesse os descontos efetuados

em benefícios da Previdência Social, quando os beneficiários alegarem que não realizaram o respectivo contrato de mútuo e que foram vítimas de fraude.

16. A possibilidade de que o *decisum* possa vir a acarretar danos à continuidade e à eficiência do serviço prestado pela autarquia previdenciária, não ficou suficientemente demonstrada, visto que o INSS se limitou a tecer considerações genéricas vinculadas à mera possibilidade de que, em persistindo os efeitos da liminar, haveria lesão aos atos da Administração Pública.

17. No que se refere à necessidade de demonstração concreta de que a decisão causará lesão grave aos bens tutelados pelas normas de regência, o colendo Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando da seguinte forma:

Suspensão de liminar. Requisitos. Lesão à ordem econômica não demonstrada. Pedido indeferido. Agravo regimental.

I. A existência de situação de grave risco ao erário público, trazida como justificativa da pretensão, há de resultar concretamente demonstrada, não bastando, para tanto, a mera e unilateral declaração de que da decisão impugnada resultarão comprometidos os valores sociais protegidos pela medida excepcional.

II. Não demonstrado o risco de dano alegado, impõe-se o indeferimento de pedido de suspensão proposto como sucedâneo recursal. Precedentes.

III. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg na SL 20/RO, rel. Min. Edson Vidigal, Corte Especial, DJ 07/06/2004, p. 145).

Agravo interno. Suspensão de liminar e de sentença. Empresa concessionária de serviço público. Fornecimento de energia elétrica. Pessoa jurídica de direito privado. Interesse particular. Ilegitimidade. Discussão sobre o mérito da controvérsia. descabimento.

– São partes legítimas para pleitear suspensão de liminar ou de sentença proferidas contra o Poder Público ou seus agentes o Ministério Público ou a pessoa jurídica de direito público interessada (Lei 8.437/1992, art. 4º). A concessionária de serviço público, atuando na defesa de interesses particulares, não tem legitimidade para pedir a suspensão de liminar (precedentes).

– “Não se admite, na via excepcional da suspensão, discussão sobre o mérito da controvérsia, eis que não se trata de instância recursal, devendo os argumentos que não infirmem a ocorrência de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas ser analisados nas vias recursais ordinárias” (AgRg na SLS 1.355/DF, rel. Min. Edson Vidigal).

– A existência de situação de grave risco ao interesse público, trazida como justificativa da pretensão, há de resultar concretamente

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves, Assusete Magalhães, Mário César Ribeiro, Cândido Ribeiro, Hilton Queiroz, José Amílcar Machado, Souza Prudente, Fagundes de Deus, Maria do Carmo Cardoso, Neuza Alves e Reynaldo Fonseca.

demonstrada, não bastando, para tanto, a mera e unilateral declaração de que da decisão impugnada resultarão comprometidos os valores sociais protegidos pela medida excepcional (AgRg na SLS 191/PE, rel. Min. Edson Vidigal).

Agravo não provido. (STJ, AgRg na SLS 357/GO, rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* 27/08/2007, p. 156)

18. Frise-se, ainda, que a suspensão de segurança constitui-se em medida excepcional, de cunho político, destinada à paralisação da eficácia de uma decisão com vistas a evitar grave lesão ao interesse público, mais especificamente a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas. Em seu restrito âmbito não há espaço para discussões afetas ao mérito da demanda principal, as quais devem ser tratadas no juízo de cognição plena inerente às instâncias ordinárias. Nesse sentido:

Agravo regimental. Suspensão de liminar. Discussão sobre o mérito da controvérsia. Descabimento.

– “Não se admite, na via excepcional da suspensão, discussão sobre o mérito da controvérsia, eis que não se trata de instância recursal, devendo os argumentos que não infirmem a ocorrência de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas ser analisados nas vias recursais ordinárias” (AgRg na SLS 1.355/DF, rel. Min. Edson Vidigal).

Agravo regimental improvido. (STJ, Corte Especial, AgRg na SLS 237/DF, rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* 09/10/2006, p. 242)

19. Desse modo, não vislumbro a existência de razões jurídicas suficientes a justificar a paralisação da liminar em questão, porquanto, não cabe discutir, em sede de suspensão de segurança, se a decisão do juízo de origem foi acertada ou não. Questionamentos dessa natureza encontram espaço em sede de agravo de instrumento. A competência do presidente do Tribunal restringe-se às hipóteses consignadas no art. 4º da Lei 8.437/1992, ou no art. 4º da Lei 4.348/1964, conforme o caso.

Pelo exposto, de acordo com os fundamentos deduzidos acima, Indefero o pedido formulado nestes autos.

Comunique-se.

Publique-se. Intimem-se.

Após os trâmites legais, arquivem-se.

Brasília, 13 de abril de 2009.

2. Relembro, para evitar discussões inoportunas de mérito, que, em suspensão de execução de liminar ou de sentença em mandado de segurança¹, ou de execução de liminar ou de sentença em ação cautelar

inominada, em ação popular e em ação civil pública², não cabe a discussão sobre o acerto ou o desacerto jurídico da decisão, na perspectiva da ordem jurídica, matéria que deve ser tratada nas vias recursais ordinárias.

Admite-se somente, a título de delibação ou de descrição do cenário maior do caso, se necessário para se demonstrar a razoabilidade do deferimento ou do indeferimento do pedido, um juízo mínimo a respeito da questão jurídica deduzida na ação principal³, tendo em vista que a matéria de fundo será devolvida ao órgão julgador natural do Tribunal, caso seja interposto recurso.

Consoante se constata por meio de pesquisa realizada no *site* deste Tribunal, a decisão em tela, proferida em 30/05/2008, na Ação Civil Pública 2008.39.00.003206-2/PA, já foi impugnada por meio dos Agravos de Instrumento 2008.01.00.033629-6, 2008.01.00.036556-4, 2008.01.00.038250-9, 2008.01.00.040359-5, 2008.01.00.040260-3, 2008.01.00.040323-5, 2008.01.00.043093-1, 2008.01.00.042820-5, 2009.01.00.003980-1, 2008.01.00.046834-6 e 2008.01.00.030266-6, todos julgados, sob a relatoria do Des. Federal Fagundes de Deus, que deu parcial provimento aos recursos, adotando os fundamentos expendidos na decisão proferida no AI 2008.01.00.030266-6 — interposto pelo INSS —, que deferiu parcialmente o pedido de efeito suspensivo. Na essência, a aludida decisão foi prolatada nos seguintes termos:

(...)

Sobre a questão posta em relevo, cabe anotar que a autorização para descontos de prestações em folha de pagamento dos titulares de benefícios de aposentadoria e pensão, pertencentes ao Regime Geral de Previdência Social, encontra-se prevista na Lei 10.820/2003, na redação dada pela Lei 10.953/2004, sendo os critérios e procedimentos operacionais disciplinados pela Instrução Normativa/INSS/PRES 28/2008.

Nos termos da aludida instrução normativa, o segurado que, a qualquer momento, sentir-se prejudicado por operações irregulares ou inexistentes deverá registrar sua reclamação no sítio eletrônico da Previdência Social, na Central de

disposto no art. 4º da Lei 4.348, de 26/06/1964, revogada pela nova lei.

²Lei 8.437, de 30/06/1992 (que disciplina sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público), art. 4º, com a redação da Medida Provisória 2.180, de 24/08/2001.

³STF – SS 846 – AgR/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence (*DJ* 29/05/1996), e SS 1.272 – AgR, rel. Min. Carlos Velloso (*DJ* 18/05/2001).

¹Lei 12.016, de 07/08/2009 (que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo), art. 15, que reproduz, com alterações, o

Atendimento da Previdência, ou, excepcionalmente, nas Agências da Previdência Social – APS (art. 46, incisos I a III).

É de se ressaltar que todas as reclamações acerca das irregularidades são recebidas pela Ouvidoria Geral da Previdência Social – OGPS, que, à sua vez, encaminha a questão à Diretoria de Benefícios (Dirben), que solicita às instituições financeiras a documentação referente à consignação no prazo de até dez dias úteis. Somente após o recebimento e análise das respostas encaminhadas pelas instituições financeiras e a verificação da procedência da reclamação é que são adotados os procedimentos para excluir a operação de crédito considerada irregular.

Embora o agravante alegue que o prazo de dez dias não é longo para a prática dos procedimentos administrativos, é certo que esse prazo destina-se apenas à instituição financeira para o encaminhamento da cópia do contrato de crédito e da autorização prévia e expressa da consignação (IN INSS/PRESI 28/2008, art. 47). Após isso, cabe ao órgão competente do INSS (Dirben) analisar o assunto e adotar as providências pertinentes, não havendo previsão de prazo específico para tanto (art. 47, III).

Nessas circunstâncias, não considero plausível que, no período de apuração administrativa interna no âmbito do INSS, continuem ocorrendo descontos no benefício do segurado, que afirma, expressamente, não ter autorizado tal consignação. A mora da administração deve, pois, ser suportada por ela própria.

De qualquer sorte, foi o julgador *a quo* atento quando garantiu, no caso de ser apurada a legitimidade da consignação, que fosse reativado o desconto no benefício previdenciário.

Nesses moldes, legítima a determinação judicial de suspensão do desconto a partir da simples reclamação do aposentado ou pensionista – que deve, porém, ser manifestada por escrito –, porque, a meu sentir, merecem presunção de veracidade as declarações prestadas pelos segurados perante o INSS acerca da não contratação do empréstimo, sendo desarrazoado presumir que os declarantes forneceram falsa declaração, assumindo riscos desnecessários.

A referida decisão se legitima também, porque não se pode olvidar que o valor da maioria dos benefícios previdenciários é irrisório, pelo que sua redução, de forma fraudulenta, pode comprometer o sustento próprio e da família dos segurados.

Plausível, entretanto, a alegação do INSS de que os descontos não podem, em todos os casos, ser interrompidos imediatamente, pois, caso a reclamação do segurado seja feita quando já promovido o fechamento dos dados para a realização do pagamento (*maçica*), torna-se administrativamente inviável a suspensão. Nesses

casos, qualquer modificação somente poderá ser efetivada no mês subsequente.

Considero que também assiste razão ao INSS quando se insurge contra a imposição de cumprimento imediato do ato judicial *a quo*, uma vez que é necessária a implementação de medidas administrativas para ultimá-la, mormente no que diz respeito à adequação do sistema de informática.

Razoável, pois, me parece a pretendida suspensão da exigibilidade da multa imposta pelo Juízo de 1º grau, o que, todavia, não impede sua aplicação na hipótese de descumprimento da presente deliberação no prazo de 10 (dez) dias, a contar da intimação deste *decisum*.

Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido de efeito suspensivo da decisão agravada, para:

a) desobrigar o INSS de suspender os descontos em benefícios previdenciários quando não houver expresso requerimento do segurado alegando que não autorizou a consignação (solicitação por escrito). Observe-se que, nesse caso, o INSS deverá, ante a assertiva do segurado, tomar-lhe declaração escrita;

b) desobrigar a autarquia, ora agravante, de proceder à imediata suspensão dos descontos nos casos em que já promovido o fechamento da *maçica*, caso em que a interrupção deverá ser realizada apenas no mês subsequente, e

c) suspender a exigibilidade da multa imposta na decisão agravada e conceder ao INSS o prazo de 10 (dez) dias para tomar as providências necessárias ao cumprimento da presente decisão. Após esse prazo, deverá ser aplicada multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) em caso de descumprimento.

O mencionado relator, ao apreciar o AI 2008.01.00.040323-5/PA, acrescentou:

Por fim, ressalto que, diferentemente do que se alega, a decisão judicial não “distorce sobremaneira o crédito consignado” (fls. 877), mas tem por escopo fazer cessar atuação administrativa ilegítima e lesiva ao segurado, consistente na continuidade de descontos em benefícios previdenciários mesmo após a declaração do segurado de que não autorizou a consignação em folha de pagamento, situação em que se presume a fraude. É certo, de outra parte, que, na hipótese de eventual declaração falsa do segurado, deverão ser retomados os descontos, arcando este com todas as consequências jurídicas da suspensão da consignação, incluindo o eventual encarecimento da operação contratual celebrada com a instituição financeira, decorrente do aumento de seu prazo.

3. Em face do *decisum* acima citado, eventual dano decorrente da decisão originária foi mitigado, mormente no tocante à alegação de que houve alteração no procedimento administrativo, sem que ao menos tenha sido estabelecido um prazo razoável para o cumprimento da determinação judicial — cf. itens

b e c. O aludido relator ressaltou, ainda, as possíveis consequências advindas de eventual declaração falsa por parte do segurado, o que, a meu ver, inibe o uso do instrumento da *suspensão imediata do benefício* pelos mutuários apenas para influenciar na sua relação jurídica com a instituição financeira.

Na suspensão de segurança (genericamente denominada), a discussão deve limitar-se aos pressupostos específicos da contracautela, expressos no manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade, no objetivo de se evitar “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”. (Cf. Lei 8.437, de 30/06/1992, art. 4º, *caput* e § 1º; e Lei 12.016, de 07/08/2009, art. 15.)

Assim vista a temática, é de concluir-se que o agravo regimental também não é capaz de infirmar a decisão atacada. Como já assinalado na decisão ora agravada, o INSS não se desincumbiu de demonstrar que o deferimento da antecipação de tutela poderá acarretar graves danos à continuidade e à eficiência de seus serviços, limitando-se a tecer considerações genéricas vinculadas à mera possibilidade de que, em persistindo os efeitos do *decisum* de 1º grau, haveria lesão aos atos da administração pública. Tal o contexto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

Primeira Seção

Numeração única: 0015997-82.2005.4.01.0000

Ação Rescisória 2005.01.00.036810-6/MG

Relator: Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado)
 Autor: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Réus: Ormy Nogueira Freire Batista e outro
 Curadora: Dra. Maria Susana Minaré Braúna
 Publicação: e-DJF1 de 11/10/2010, p. 6

Ementa

Processual Civil. Previdenciário. Ação rescisória. Art. 485, V e VII, do CPC. Documento emitido após o trânsito do julgado rescindendo. Não caracterização de documento novo. Violação a literal disposição de lei. Inocorrência.

I. Documento novo, para fins de ação rescisória, é aquele capaz, por si só, de assegurar ao autor pronunciamento favorável e cuja existência era ignorada no curso do processo de que resultou o julgado rescindendo (CPC, art. 485, VII).

II. Não constitui documento novo ensejador da ação rescisória aquele produzido após o trânsito em julgado ao acórdão rescindendo.

III. A responsabilidade pelo pagamento da pensão estatutária permanece sendo do INSS até o momento em que comprovada, efetivamente, a transferência do encargo ao órgão de origem do instituidor da pensão, nos termos do art. 248 da Lei 8.112/1990.

IV. No presente caso, o INSS não comprovou a efetiva transferência do encargo à UFMG senão após o trânsito em julgado do acórdão rescindendo, daí porque ser a autarquia previdenciária parte legítima a figurar no polo passivo.

V. Pedido rescisório a que se julga improcedente

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, julgar improcedente o pedido rescisório.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 21/09/2010.

Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa:
— Trata-se de ação rescisória proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) objetivando a desconstituição do acórdão prolatado pela Primeira Turma Suplementar deste Tribunal, nos autos da Apelação 93.01.25152-3/MG, que deu provimento à apelação para

(....) condenar o INSS a recalculer o valor da pensão, a partir de 05/10/1988, para que passe a corresponder ao total dos vencimentos do servidor falecido como se na ativa estivesse, nos termos do art. 40, § 5º, da Constituição Federal, dividida essa parcela por igual entre as suplicantes. Correção monetária na forma das Súmulas 43 e 148, do STJ.

Juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação (Súmula 204/STJ: “Os juros de mora, nas ações relativas a benefícios previdenciários, incidem a partir da citação válida.”), haja vista o caráter alimentar da dívida e a reiterada e pacífica jurisprudência do STJ e desta Corte Regional Federal (cf. STJ, ERESp 58.337/SP, rel. para o acórdão Min. Fernando Gonçalves, DJU, I, 22/09/1997; TRF 1ª Região, AC 1997.01.00.038031-9/BA, Primeira Turma Suplementar, rel. Juiz Antonio Claudio Macedo da Silva (convocado), DJ de 28/08/2003, p. 77).

Condeno, ainda, a autarquia ao pagamento de honorários de advogado, que fixo em 15% (quinze por cento) do valor da condenação, conforme precedentes desta Corte (EDAC 95.01.11111-3/DF, Primeira Turma Suplementar, rel. Juiz João Carlos Mayer Soares (convocado), DJU, II, de 07/11/2002), excluídas as parcelas vencidas (Súmula 111, do STJ), pelo que deverá incidir a verba honorária tão somente sobre as parcelas vencidas até o julgamento em 2ª instância.

Arcará, ainda, o INSS com o pagamento de custas e despesas processuais em reembolso.

Invocando como fundamento rescisório a disposição inscrita no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil (CPC), alega haver violação literal ao art. 47 do CPC e art. 248 da Lei 8.112/1990, pois, com o advento da Lei 8.112/1990, o pagamento das pensões das rés foi transferido para a UFMG, que o mantém desde 1991, não podendo ser atribuído ao INSS o dever de proceder à revisão das referidas pensões, o que acarreta na declaração de nulidade processual insanável, por falta de citação da UFMG para figurar na lide como litisconsorte passivo necessário.

Aduz ainda que o Ofício DP/UFMG 656/2005 (fls. 49), de 03/05/2005, constitui documento novo capaz, por si só, de assegurar pronunciamento favorável ao INSS, por comprovar que os benefícios das rés

foram transferidos para a UFMG, dando ensejo à ação rescisória com fulcro no art. 485, inciso VII, do CPC.

Citadas as rés por edital (fls. 99/114), foi nomeada como curadora especial a Dra. Maria Susana Minaré Braúna (fls.138), apresentando contestação às fls. 155/163.

Apresentadas as razões finais, sobreveio parecer do Ministério Público Federal, às fls. 179/183, pela improcedência do pedido rescisório.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa: — A presente ação rescisória funda-se em dois argumentos: (I) que o v. acórdão teria violado o art. 47 do CPC e o art. 248 da Lei 8.112/1990; e (II) na existência de documento novo capaz de assegurar à parte pronunciamento favorável.

No tocante à existência de documento novo, faz-se mister que sua existência fosse ignorada ou seu uso não pudesse ser feito até a prolação da última decisão de mérito, bem como, por si só, seja capaz de assegurar ao autor pronunciamento favorável, nos termos do art. 485, inciso VII, do CPC, o que não é o caso dos autos.

Primeiro, por não constituir o Ofício DP/UFMG 656/2005 um documento novo, haja vista ser uma resposta ao Ofício 20/PFE/INSS/BH, datado de 13/04/2005, ou seja, produzido após o trânsito em julgado (09/03/2004) do acórdão rescindendo, conforme arestos a seguir reproduzidos:

Processual Civil. Ação rescisória de ação rescisória. Art. 485, V e VII, do CPC. Documento emitido após a prolação do acórdão rescindendo. Não caracterização de documento novo. Violação a literal disposição de lei: incorrência. Ação rescisória improcedente.

I. Documento novo, para fins de ação rescisória, é aquele capaz, por si só, de assegurar ao autor pronunciamento favorável e cuja existência era ignorada no curso do processo de que resultou o aresto rescindendo (CPC, art. 485, VII).

II. Os documentos exibidos pelo autor não dão ensejo à rescisão do julgado, tendo em vista que produzidos posteriormente à sentença e ao acórdão rescindendo.

(....)

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Neuza Alves, Francisco de Assis Betti, Mônica Sifuentes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Charles Renaud Frazão de Moraes (convocado).

VII. Ação rescisória a que se julga improcedente.

(AR 0026891-15.2008.4.01.0000/AM, Primeira Seção, rel. Juiz Federal convocado Miguel Ângelo Alvarenga Lopes, e-DJF1 de 18/06/2010.)

Ação rescisória. Prático ou oficial de farmácia. Art. 485, VII, do Código de Processo Civil. Documento novo posterior ao trânsito do julgado rescindendo. Impossibilidade.

I. Para que seja configurado o documento novo apto a aparelhar a ação rescisória, nos termos do art. 485, VII, do Código de Processo Civil, o documento deve ser anterior ao julgado que se pretende rescindir, mas sua existência era ignorada pelo autor ou, ainda, dele não pôde fazer uso quando do julgamento inicial. Além disso, há de ser capaz, por si só, de assegurar pronunciamento jurisdicional favorável.

II. Não constitui documento novo ensejador da ação rescisória aquele elemento de prova constituído após o trânsito em julgado da sentença que se pretende rescindir.

III. Ação rescisória julgada improcedente.

(AR 2002.01.00.030522-4/MG, Corte Especial, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, e-DJF1 de 08/06/2009.)

Quanto à alegada violação literal de disposição de lei, não há qualquer reparo a fazer no acórdão rescindendo, pois a jurisprudência do STJ e desta Corte estabelecem que, nos termos do art. 248 da Lei 8.112/1990, a responsabilidade do INSS pelo pagamento da pensão estatutária permanece até o momento da efetiva comprovação de que sua manutenção passou ao órgão de origem do instituidor da pensão, sendo que o referido Ofício DP/UFMG 656/2005 não faz menção à data em que a UFMG passou a ser responsável pelo pagamento das pensões das rés, mas tão somente informa os valores pagos por esta em 2005, ou seja, após o trânsito em julgado do acórdão rescindendo, daí porque ser a autarquia previdenciária parte legítima a figurar no polo passivo da demanda.

Nesse sentido, os seguintes precedentes do STJ e deste Tribunal:

Agravo regimental. Processo Civil, Administrativo e Previdenciário. Complementação integral de aposentadoria. Violação do art. 535 do CPC. Inocorrência. Pensão. Revisão. Legitimidade. Art. 248 da Lei 8.112/1990. Agravo regimental improvido.

(...)

II. O INSS possui legitimidade passiva *ad causam* para responder pelo pagamento das diferenças de pensão verificadas até a data da

transferência do encargo para o órgão de origem. Inteligência do art. 248 da Lei 8.112/1990.

III. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no Ag 501.534/RJ, Sexta Turma, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 27/03/2006.)

Constitucional e Administrativo. Pensão por morte. Servidor público federal falecido antes da vigência da Lei 8.112/1990. Observância dos arts. 37, XI e 40, § 7º da CF/1988, 74, 215 e 248 da Lei 8.112/1990. Legitimidade passiva do INSS até que comprovadamente a manutenção da pensão tenha sido repassada à União.

(...)

II. A Lei 8.112/1990, nos termos do seu art. 248, determina que permanece a responsabilidade do INSS pelo pagamento da pensão estatutária até o momento em que comprovada, efetivamente, que a sua manutenção passou ao órgão de origem do instituidor da pensão.

(...)

VII. Apelação não provida.

VIII. Remessa oficial parcialmente provida.

(AC 2000.01.99.119354-0/MG, Segunda Turma, rel. Juíza Federal convocada Kátia Balbino de Carvalho Ferreira, e-DJF1 de 19/06/2008.)

Administrativo, Constitucional e Processual Civil. Pensão por morte de funcionário público. Valor. Art. 4º da Lei 3.373, de 12/03/1958 e art. 40, § 5º, da CF/1988. Habilitação às pensões vitalícia e temporária. Forma de pagamento. art. 6º, II, da Lei 3.373/1958 e art. 218, § 2º, da Lei 8.112/1990. Responsabilidade pela manutenção. Art. 248 da Lei 8.112/1990. Correção monetária. Súmula 71 do TFR. Insustentabilidade.

(...)

IV. Permanece a responsabilidade do INSS pelo pagamento da pensão estatutária das autoras até o momento em que, comprovada e efetivamente, a sua manutenção passou ao órgão de origem do instituidor da pensão, nos termos do art. 248 da Lei 8.112/1990.

(...)

VII. Preliminares rejeitadas. Apelação parcialmente provida.

(AC 95.01.04269-3/MG, Segunda Turma, rel. Des. Federal Assusete Magalhães, DJ de 30/04/1998.)

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido rescisório.

Condene o autor ao pagamento de custas processuais e em pagamento de honorários advocatícios, que fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

É como voto.

Segunda Seção

Numeração única : 0040449-88.2007.4.01.0000

Petição Criminal 2007.01.00.039883-6/DF

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães
Requerente: Ilko Machado de Carvalho
Advogado: Dr. Benjamin Dourado de Moraes
Requerido: Leonandes Santana da Silva
Publicação: e-DJF1 de 18/10/2010, p. 121

Ementa

Penal e Processual Penal. Queixa-crime. Calúnia (CP, art. 138) c/c o art. 141, II, do CP (condição de servidor público do ofendido). Crime contra a honra de servidor público federal, no exercício da função. Competência da Justiça Federal. Súmula 147 do Superior Tribunal de Justiça. Prefeito municipal. Competência do TRF 1ª Região. Art. 29, IX, da CF/1988 c/c Súmula 702 do STF. Prescrição da pretensão punitiva, pela pena in abstracto. Inocorrência. Legitimação concorrente do Ministério Público e do ofendido propter officium. Art. 145, parágrafo único, do CPP. Súmula 714 do STF. Queixa-crime subscrita apenas por advogado sem poderes especiais e sem menção ao fato criminoso, no instrumento de mandato. Art. 44 do CPP. Omissão não sanada, dentro do prazo decadencial. Rejeição da queixa-crime.

I. Compete à Justiça Federal o processo e o julgamento de crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função, consoante enunciado da Súmula 147 do egrégio STJ. Sendo o querelado prefeito, competente é o TRF 1ª Região para processar e julgar o feito, a teor do art. 29, IX, da CF/1988 e da Súmula 702 do colendo STF.

II. "Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função." (Súmula 147 do STJ)

III. "A competência do Tribunal de Justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da Justiça Comum Estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo Tribunal de segundo grau." (Súmula 702 do STF.)

IV. Inocorrência, na espécie, de prescrição da pretensão punitiva, pela pena *in abstracto*, quanto ao crime tipificado no art. 138 c/c art. 141, II, do Código Penal, pois não transcorrido, desde a data do suposto fato delituoso, em 07/02/2007, o prazo prescricional de oito anos, em face da pena máxima em abstrato de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses, cominada ao referido delito.

V. O art. 38 do CPP estabelece o prazo de seis meses, contado do dia em que o ofendido vier a saber quem é o autor do crime, para o exercício do direito de representação ou de queixa. Dos elementos constantes dos autos não é possível precisar quando o querelante teve notícia acerca das acusações que lhe foram imputadas, afigurando-se temerário, nessa fase processual, reconhecer, com base em tal fundamento, que decaiu ele do direito de queixa.

VI. A regra geral, para a tutela penal da honra – como ocorre, *in casu* – é a ação penal privada, nos termos do art. 145, *caput*, do Código Penal. Assim, a admissão da ação penal pública, condicionada à representação do ofendido, servidor público, quando se cuida de ofensa *propter officium* – como previsto no art. 145, parágrafo único, do Código Penal –, há de ser entendida como alternativa à disposição do ofendido, e não como privação do seu direito de queixa. Precedentes do STF.

VII. "É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções." (Súmula 714 do STF.)

VIII. No caso presente, a queixa-crime foi subscrita apenas pelo advogado do querelante, ao qual ele outorgou procuração com poderes genéricos da cláusula *ad iudicia et extra*, sem menção a poderes especiais para a propositura de ação penal privada, por determinado fato criminoso, desatendendo, assim, às prescrições insertas no art. 44 do CPP.

IX. Conquanto o art. 568 do CPP disponha que “a nulidade por ilegitimidade do representante da parte pode ser a todo tempo sanada, mediante ratificação dos atos processuais”, doutrina e jurisprudência inclinam-se no sentido de que, em se tratando de ação penal privada, a legitimidade do representante do querelante deve ser sanada antes de findo o prazo de decadência.

X. “A falta de menção do fato criminoso no instrumento de mandato, com vistas à propositura de queixa-crime, que também não vai assinada pelo querelante juntamente com o advogado constituído, é omissão que, se não sanada dentro do prazo decadencial, constituiu óbice ao regular desenvolvimento da ação penal, tendo em vista que o disposto no art. 44 do Código de Processo Penal tem por finalidade apontar a responsabilidade penal em caso de denúncia caluniosa, razão pela qual, mesmo que não se exija exaustiva descrição do fato delituoso na procuração outorgada, não pode ser dispensada pelo menos uma referência ao *nomen iures* ou ao artigo do estatuto penal, além da expressa menção ao nome do querelado. Portanto, conjugando o disposto nos arts. 43, inc. III, 44 e 568, todos do Código de Processo Penal, a falha na representação processual do querelante pode ser sanada a qualquer tempo, desde que dentro do prazo decadencial, sob pena de transformar a exigência legal em letra morta, sem qualquer sentido prático.” (STJ, HC 39047/PE, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, unânime, DJU de 1º/08/2005, p. 532.)

XI. Ademais, para a configuração do crime de calúnia é necessário que se impute falsamente a alguém a prática de fato, concreto e determinado, definido como crime. Narrações genéricas sobre possíveis condutas de alguém não se subsumem ao tipo penal.

XII. “A completa ausência dos elementos constitutivos do delito de calúnia, por não haver imputação à querelante, no documento que deu origem à instauração do inquérito policial, de ocorrência definida como crime, restringindo-se apenas à requisição genérica de apuração dos fatos, desnatura o ato, tornando-o sem potencial ofensivo, com autorização, portanto, de rejeição da queixa-crime” (STJ, APN 199700886247, rel. Min. Fernando Gonçalves, Corte Especial, unânime, DJU de 07/05/2001)

XIII. Queixa-crime rejeitada.

Acórdão

Decide a Seção rejeitar a queixa-crime, à unanimidade.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 06/10/2010.

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães:
— Trata-se de queixa-crime, apresentada por Ilko Machado de Carvalho, na qualidade de servidor público do Supremo Tribunal Federal, em desfavor de Leonandes Santana da Silva, Prefeito do Município de Central/BA, pela prática do crime previsto no art. 138 (calúnia) c/c o art. 141, II (condição de servidor público do ofendido) do Código Penal (fls. 2/4).

Narra o querelante que é técnico judiciário do STF e que “tem denunciado o querelado em diversas instâncias, pela prática de desvio de recursos públicos, em especial da merenda escolar, no Município de Central/BA, entre outras práticas de corrupção” (fls. 2); que “o querelante teve notícia de que o querelado encaminhou ofício à diretora de Recursos Humanos do Supremo Tribunal Federal, no qual, dissimuladamente, calunia o querelante, imputando-lhe falsamente prática

de crime de tráfico de influência ou exploração de prestígio, conquanto afirmou que o querelante havia lhe procurado se dizendo advogado e ser próximo de componentes da Corte Suprema de Justiça” (fls. 2); que, entretanto, em pesquisa realizada no sítio do STF na internet, o Município de Central/BA figura como parte apenas na Reclamação 3.050, que se encontra arquivada desde 28/04/2005, demonstrando a ausência de qualquer possibilidade do fato mencionado pelo querelado, no ofício de fls. 5, encaminhado à Diretoria de Recursos Humanos do STF; que a conduta imputada ao querelante está prevista no art. 332 do Código Penal; que “o querelado quis causar danos à honra do querelante, como represália às diversas denúncias de corrupção que o querelante tem feito contra sua gestão no Município de Central”, dirigidas “à Polícia Federal, à Procuradoria-Geral de Justiça da Bahia, à Procuradoria Regional da República da 1ª Região, à Procuradoria da República na Bahia, ao Tribunal de Contas da União

– TCU, ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, entre outros órgãos de controle” (fls. 3); que o querelado cometeu o crime de calúnia, previsto no art. 138 do Código Penal, com a causa de aumento do art. 141, II, do mesmo Código, “uma vez que o querelante é servidor público e a calúnia atinge também a própria lisura do serviço público, ainda mais, quando se trata dos serviços públicos prestados pela mais alta Corte de Justiça do País, o Supremo Tribunal Federal” (fls. 3). Pede, a final, a condenação do querelado pelo delito do art. 138 c/c art. 141, II, do Código Penal (fls. 2/4).

Queixa-crime instruída com os documentos de fls. 5/27.

Distribuído o feito, no TRF 1ª Região, em 06/09/2007 (fls. 28), o então rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, declinou da competência em prol do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, sob o fundamento de tratar-se de queixa-crime contra prefeito municipal, que, nos termos do art. 29, X, da Constituição Federal, tem prerrogativa de foro, nos casos de crime comum, no Tribunal de Justiça (fls. 35).

Recebidos os autos no TJBA, em 11/01/2008 (fls. 42), o Des. Carlos Alberto Dutra Cintra determinou a notificação do querelado para o oferecimento de resposta (fls. 45).

Leonandes Santana da Silva apresentou resposta, arguindo prescrição da pretensão punitiva, decadência – porque oferecida a queixa-crime em 06/09/2007 (fls. 2), mais de 6 (seis) meses após o ofício de fls. 5, datado de 07/02/2007 –, além de ilegitimidade de parte, por falta de representação do ofendido ao Ministério Público, nos termos do art. 145, parágrafo único, do Código Penal. Arguiu, ainda, com fulcro na Súmula 147 do STJ, incompetência da Justiça Estadual para processar e julgar o feito, considerando tratar-se de crime praticado contra servidor público federal e relacionado ao exercício da função. Sustenta, em síntese, que não teve intenção de ofender ou caluniar o querelante, estando ausente o dolo específico, agindo, no ofício de fls. 5, com *animus narrandi*; que não divulgou ou propalou os fatos mencionados no ofício de fls. 5; que não ofendeu a honra objetiva do querelante; que, “para caracterizar ofensa à qualidade de funcionário público, seria necessário que a ofensa tivesse sido dirigida a pessoa que ostentasse aquela qualidade e que houvesse a conexão entre aquela e o exercício funcional (CP, art. 327), o que não ocorreu”. Por fim, requereu a rejeição da queixa-crime (fls. 50/54).

Resposta instruída com os documentos de fls. 55/110.

Instado a se manifestar sobre a resposta preliminar (fls. 114), o Ministério Público Estadual, considerando a arguição de incompetência da Justiça Estadual, oferecida pelo querelado, com base na Súmula 147 do STJ, bem como a anterior declinação de competência, pelo eminente Des. Federal do TRF 1ª Região, Luciano Tolentino Amaral, requereu fosse oficiado ao STF, para informar a atual situação funcional do querelante (fls. 128/131).

O STF, mediante o Ofício 836/2008/SRH, informou que Ilko Machado de Carvalho exerceu atividades de técnico judiciário, naquele Tribunal, no período de 22/05/2000 até 19/11/2007, ocasião de seu desligamento (fls. 143).

O Ministério Público Estadual opinou no sentido de que fosse suscitado conflito negativo de competência perante o STJ, ante as Súmulas 702 do STF e 147 do STJ, por entender que “o fato, supostamente ofensivo à honra do querelante, tem correlação com o exercício da função junto àquele Tribunal”, sendo competente, assim, o TRF 1ª Região (fls. 151/152).

O relator do feito, no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, acatando o opinativo ministerial e invocando a Súmula 147 do STJ, declinou da competência para o processo e julgamento do feito, determinando o retorno dos autos a esta Corte Regional Federal, para que, caso se entendesse necessário, fosse suscitado conflito negativo de competência perante o STJ (fls. 156/157).

Recebidos os autos nesta Corte, em 05/05/2009 (fls. 158), foram encaminhados à PRR 1ª Região, que pugnou pela competência federal, “porque a suposta calúnia sofrida pelo querelante relaciona-se à sua condição de funcionário público federal” (fls. 163). No mérito, opinou pelo não recebimento da queixa, pois, “para a configuração do crime de calúnia é necessário que se impute falsamente a alguém a prática de fato, concreto e determinado, definido como crime. Narrações genéricas sobre possíveis condutas de alguém não se subsumem ao tipo penal” (fls. 162/165).

O então rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, determinou a redistribuição do feito à 2ª Seção, nos termos do art. 12, parágrafo único, I, do RITRF 1ª Região (fls. 167), o que ocorreu em 24/06/2009 (fls. 169).

É o relatório.

Distribuem-se cópias aos desembargadores federais integrantes da 2ª Seção do TRF 1ª Região (art. 249 do RITRF/1ª Região).

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Assuete Magalhães: — Como se viu do relatório, trata-se de queixa-crime apresentada por Ilko Machado de Carvalho, na qualidade de servidor público do Supremo Tribunal Federal, em desfavor de Leonandes Santana da Silva, Prefeito do Município de Central/BA – reeleito em 2008 –, pela prática do crime previsto no art. 138 (calúnia) c/c o art. 141, II (condição de servidor público do ofendido) do Código Penal (fls. 2/4).

Incompetência da Justiça Federal

Ao prefeito do Município de Central/BA é imputado o crime de calúnia, tipificado no art. 138 do Código Penal, com a causa de aumento do art. 141, II, do mesmo Código, que teria sido praticado contra Ilko Machado de Carvalho, técnico judiciário do Supremo Tribunal Federal.

A respeito da competência, assim se manifesta a douta PRR/1ª Região, *in verbis*:

A despeito de tecnicamente inapropriada – uma vez que o não reconhecimento da competência pelo Tribunal de Justiça da Bahia impunha suscitar conflito de competência – *deve-se acolher a competência federal para o caso. Isso porque a suposta calúnia sofrida pelo querelante relaciona-se à sua condição de funcionário público federal. De fato, o ofício de folha 5 lança dúvidas sobre a regularidade da situação funcional do querelante e sobre supostas ações, que teriam sido praticadas tendo como pano de fundo sua condição de funcionário público. Aplica-se, no caso, a Súmula 147 do Superior Tribunal de Justiça.*¹
² (fls. 163)

A Súmula 147 do egrégio STJ dispõe:

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto e os Exmos. Srs. Juízes Federais Marcus Vinicius Reis Bastos, Guilherme Mendonça Doehler e Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocados).

¹“Súmula 147 – Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função” (STJ, publicada no DJ em 18/12/1995, p. 44.864).

²Conforme já decidiu este Tribunal: *Penal e Processual Penal. Condutas delituosas tipificadas nos arts. 138 e 139 do CP, contra funcionário público federal, no exercício de suas funções e em razão delas. Competência da Justiça Federal.*

I. O crime foi cometido contra funcionário público federal, no exercício de suas funções e também em razão delas. Assim constitui infração em detrimento de interesse da União, o que leva à competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal.

II. O delito do art. 139, *caput*, do Código Penal é o de “caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime”, o que incorreu na espécie.

Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função.

A jurisprudência uniforme do egrégio STJ, cristalizada na aludida Súmula 147, bem como a do TRF 1ª Região, assim se posiciona sobre o assunto:

Conflito positivo de competência. Crime contra a honra de servidor público federal no exercício da função. Competência da Justiça Federal. Súmula 147 do Superior Tribunal de Justiça.

I. *Funcionário público federal no exercício da função quando vítima de crime, o processo correrá junto à Justiça Federal.*

II. Conflito conhecido para declarar competente o juízo suscitante. (STJ, CC 35.397/AM, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 3ª Seção, unânime, DJU de 09/05/2005, p. 293.)

Crime contra a honra de funcionário público federal, em razão de suas funções. Competência da Justiça Federal. Súmula 147 do STJ. Recurso desprovido.

– *O processo e julgamento de crimes praticados contra a honra de funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função, compete à Justiça Federal, conforme enunciado contido na Súmula 147, desta Corte. - Precedentes.*

– *Recurso desprovido.* (STJ, RHC200300276334, rel. Min. Jorge Scartezini, 5ª Turma, unânime, DJU de 19/12/2003, p. 497.)

Habeas corpus. Calúnia, difamação e injúria. Ofensas perpetradas contra ministro do Superior Tribunal de Justiça. Competência.

I – Tendo sido a vítima ofendida na qualidade de ministro do Superior Tribunal de Justiça, aplica-se a Súmula 147 do STJ que determina que, “*compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício do cargo*”.

III. O delito do art. 139, *caput*, por sua vez, consiste na imputação de fato ofensivo à reputação, caracterizada, *in casu*, com a afirmação de ser, a ofendida, delegada de Polícia, amiga de contrabandista, de ter perseguido pessoas e denunciado injustamente alguém.

IV. Recurso parcialmente provido. (ACR 9401243956, publicada no DJ em 12/03/1998, p. 84).

Habeas corpus. Calúnia, difamação e injúria. Ofensas perpetradas contra ministro do Superior Tribunal de Justiça. Competência.

I – Tendo em vista a vítima ofendida na qualidade de ministro do Superior Tribunal de Justiça, aplica-se a Súmula 147 do STJ que determina que, “*compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício do cargo*”.

II – Ordem denegada. (HC 200701000512082, publicado no DJ em 1º/02/2008, p. 1.445.)

II – Ordem denegada. (TRF 1ª Região, HC 200701000512082, rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, 3ª Turma, unânime, DJU de 1º/02/2008, p. 1.445.)

É o caso dos autos. O crime foi supostamente cometido contra funcionário público federal, relacionado ao seu exercício funcional, consistente no encaminhamento, pelo querelado, de ofício à diretora de Recursos Humanos do STF, no qual são solicitadas informações acerca da situação funcional do querelante, com o intuito de averiguar a prática de eventual tentativa de tráfico de influência do querelante, no âmbito do STF, e de possível exercício irregular da profissão, porquanto ele se intitularia advogado (fls. 5).

Tendo a conduta apontada como delituosa sido perpetrada em detrimento de funcionário público federal, em razão da função por ele exercida, a competência para processar e julgar a respectiva ação penal é da Justiça Federal.

Ressalte-se que a circunstância de o servidor ter-se desligado do Supremo Tribunal Federal em 19/11/2007 – após a prática, pelo querelado, do ato supostamente delituoso, em 07/02/2007 (fls. 5), e após o oferecimento da presente queixa-crime, em 06/09/2007 (fls. 2/4), consoante se verifica pelo Ofício 836/2008/SRH (fls. 143) –, não altera a competência, pois, à época dos fatos imputados na inicial acusatória, o querelante era servidor público federal, e o interesse público na apuração dos fatos, pela Justiça Federal, permanece inalterado, na medida em que os apontados fatos, supostamente delituosos, constantes do ofício de fls. 5, se verdadeiros, comprometeriam o agente e a instituição federal onde exercia suas funções, à época.

Por outro lado, o querelado ainda é prefeito, conforme informação extraída do site do TSE, pelo que, firmada a competência da Justiça Federal, competente é o TRF 1ª Região para processar e julgar o feito, a teor do art. 29, IX, da CF/1988 e da Súmula 702 do colendo STF, que assim dispõe:

A competência do Tribunal de Justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da Justiça Comum Estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo Tribunal de Segundo Grau. (Súmula 702 do STF.)

Descabe, assim, suscitar conflito negativo de competência, como alvitrado a fls. 152 e 157, seja porque não houve decisão colegiada sobre a competência, no TRF 1ª Região ou no TJ/BA, seja porque a competência, à luz dos documentos de fls. 2/5 e 143, é, efetivamente,

da Justiça Federal, e, no caso, do TRF 1ª Região, eis que o querelado é prefeito.

Prescrição da pretensão punitiva e decadência

Relativamente à prescrição da pretensão punitiva, inoocorre ela, *in casu*.

Examinando a questão da prescrição e da decadência, o Ministério Público do Estado da Bahia (fls. 128/131), corretamente, ponderou que:

A prescrição também não se operou. O crime imputado ao querelado, punido com pena máxima privativa de liberdade de 2 anos e 8 meses, só prescreve em 8 anos (art. 109, IV, do CP), tempo ainda não transcorrido. Vale ressaltar, todavia, que o querelado invoca o advento da prescrição alegando não ter o ofendido exercido o direito de queixa no prazo de 6 meses, que é de decadência, e não de prescrição. Ocorre, entretanto, que o prazo decadencial se conta da data em que o querelante tomou conhecimento da ofensa e de quem é seu autor, e os elementos até então existentes nos autos não deixam claro esse momento, razão pela qual, nesta fase processual, não há como se reconhecer ter o autor decaído do direito de queixa. (fls. 131.)

Com efeito, o ordenamento jurídico pátrio dispõe expressamente que “o prazo prescricional, antes da sentença condenatória, será regulado pela pena máxima cominada abstratamente para o delito, nos termos do art. 109 do Código Penal (...)” (STJ, HC 48.374/RO, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJU de 30/10/2006).

Como se vê dos autos, o fato, que ensejou o oferecimento da queixa-crime, ocorreu em 07/02/2007 (fls. 5), com o envio de ofício, pelo prefeito municipal de Central/BA, à Diretoria de Recursos Humanos do STF, solicitando informações sobre a situação funcional do querelante, com o intuito de apurar a prática, por ele, de eventual tentativa de tráfico de influência, no âmbito do STF, e de possível exercício irregular da profissão.

Está sendo imputado ao querelado, prefeito de Central/BA, a suposta prática do delito capitulado no art. 138 c/c art. 141, II, do Código Penal.

Na espécie, a pena máxima, em abstrato, cominada ao aludido crime, é de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção, nos termos dos arts. 138 e 141, II, do Código Penal, computado o aumento de 1/3 (um terço), do art. 141, II, do mesmo Código:

Art. 138 Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Art. 141 As penas cominadas neste capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:

(...) II – contra funcionário público, em razão de suas funções.

Portanto, à luz do art. 109, IV, do Código Penal, a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença, ocorreria, pela pena em abstrato, em 8 (oito) anos. Ocorrido o fato em 07/02/2007 (fls. 5), não decorreram 8 (oito) anos, desde então, pelo que inoocorre a prescrição da pretensão punitiva, pela pena *in abstracto*, descabendo falar-se, ainda, em prescrição em perspectiva, em face da Súmula 438 do egrégio STJ.

Quanto à decadência, não socorre o querelado a assertiva de que o querelante teria perdido o prazo para o oferecimento da queixa. O art. 38 do CPP estabelece o prazo de seis meses, contado do dia em que o querelante vier a saber quem é o autor do crime, para o exercício do direito de representação ou de queixa.

Dos elementos constantes dos autos não é possível precisar quando o querelante teve notícia acerca das acusações que lhe foram imputadas, afigurando-se temerário, nessa fase processual, reconhecer, com base em tal fundamento, que decaiu ele do direito de queixa.

Ilegitimidade de parte, por falta de representação do ofendido (art. 145, parágrafo único, do CP)

A regra geral, para a tutela penal da honra – como ocorre, *in casu* – é a ação penal privada, nos termos do art. 145, *caput*, do Código Penal. Assim, a admissão da ação penal pública, condicionada à representação do ofendido, servidor público, quando se cuida de ofensa *propter officium* – como previsto no art. 145, parágrafo único, do Código Penal –, há de ser entendida como alternativa à disposição do ofendido, e não como privação do seu direito de queixa.

Este é o entendimento que vem sendo esposado pelo colendo Supremo Tribunal Federal, consoante os seguintes precedentes:

Ação penal: *legitimação alternativa do Ministério Público e do ofendido propter officium*: interpretação do art. 145, parágrafo único, CP e do art. 40, I, b, da Lei de Imprensa, conforme o art. 5º, X, da Constituição.

I. *Se a regra geral para a tutela penal da honra é a ação privada, compreende-se, não obstante, que, para desonerar, dos seus custos e incômodos, o funcionário ofendido em razão da função, o Estado, por ele provocado, assumia a iniciativa da repressão*

da ofensa delituosa; o que não se compreende, porém, é que só por ser funcionário e ter sido moralmente agredido em função do exercício do cargo público – o que não ilide o dano a sua honorabilidade pessoal –, o ofendido não possa defender pessoalmente em juízo – como se propicia a qualquer outro cidadão –, mas tenha de submeter previamente a sua pretensão de demandar a punição do ofensor ao juízo do Ministério Público.

II. *Por isso, a admissão da ação penal pública quando se cuida de ofensa propter officium, para conformar-se a Constituição (art. 5º, X), há de ser entendida como alternativa à disposição do ofendido, jamais, como privação do seu direito de queixa.*

III. *Consequente revisão de jurisprudência mais recente do Tribunal, para o restabelecimento de precedentes (v.g., APCR. 932, 12/04/1924 – caso Eptácio Pessoa – rel. Min. Geminiano da Franca; RE 57.729, 2.4.65, Min. Hahnemann Guimarães, RTJ 32/586), não só por seus fundamentos persistentes, mas também pelo advento do art. 5º, X, da vigente Constituição da República.*

IV. *Conclusão pela legitimação concorrente do MP ou do ofendido, independentemente de as ofensas, desde que propter officium, ou a propositura da consequente ação penal serem, ou não, contemporâneas ou posteriores a investidura do ofendido. (STF, AGRINQ-726/RJ, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJU de 29/04/1994, p. 9.730.)*

Habeas corpus. *Queixa crime oferecida pelo crime calúnia e recebida, pelo tribunal coator, pelo de injúria. Ação penal privada e ação penal pública condicionada, no caso de ofensa propter officium: Legitimidade ativa concorrente.*

I. *Não pode o juiz, na fase processual do recebimento da queixa, desclassificar o crime nela indicado, dando nova definição jurídica ao fato, pois só o autor da ação penal tem poderes para tanto; pode o magistrado, contudo, fazê-lo ao proferir a sentença (CPP, art. 383). Precedentes.*

II. *Têm legitimidade concorrente para propor a ação penal por crime contra a honra, no caso de ofensa propter officium, tanto o ofendido, por meio de queixa-crime (ação penal privada), como o Ministério Público, acolhendo representação (ação penal pública condicionada). Precedentes.*

III. *O rito especial e sumário do habeas corpus não se compadece com o reexame de fatos e provas.*

IV. *Habeas corpus conhecido e deferido, em parte. (STF, HC 76024, rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJU de 12/03/1999, p. 3)*

A matéria é objeto da Súmula 714 do colendo STF, que assim dispõe:

É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor

público em razão do exercício de suas funções. (Súmula 714 do STF.)

Como se vê, o Excelso Pretório admite a legitimação concorrente do órgão ministerial, condicionada à representação do ofendido, e do próprio ofendido, para o desencadeamento da ação penal, quando se cuida de crime contra a honra de servidor público, em razão do exercício de suas funções, pelo que rejeito a arguição de ilegitimidade ativa do ofendido, ora querelante.

Ilegitimidade do mandato do representante legal do querelante

Examino, de ofício, a legitimidade do representante legal do querelante.

Dispõe o art. 44 do CPP:

Art. 44. A queixa poderá ser dada por procurador com poderes especiais, devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante (sic – querelado) e a menção do fato criminoso, salvo quando tais esclarecimentos dependerem de diligências que devem ser previamente requeridas pelo juízo criminal.

No caso presente, a queixa-crime foi subscrita apenas pelo advogado do querelante (fls. 4), ao qual ele outorgou, pela procuração de fls. 6, poderes genéricos da cláusula *ad juditia et extra*, sem menção a poderes especiais para a propositura de ação penal privada, por determinado fato criminoso, sequer nela se fazendo alusão a feito criminal, *in verbis*:

Ilko Machado de Carvalho, brasileiro, funcionário público federal, RG 6448810 SSP-BA, domiciliado na Av. Central, 71, em Central/BA. Nomeia e constitui como seu bastante procurador o advogado Benjamim Dourado de Moraes, brasileiro, maior, regularmente inscrito na OAB BA sob o nº 8882, com escritório na Rua Cel. Terêncio Dourado, 380, Irecê/BA, a quem confere os mais amplos poderes da cláusula *ad juditia et extra*, para o foro em geral e especialmente para propor contra quem de direito as ações judiciais cabíveis, acompanhando-as em todos os seus termos, defendendo nas contrárias, até o final, conferindo-lhe ainda os poderes especiais para desistir, firmar compromissos, proceder ou não a conciliação, retificar e/ou ratificar atos podendo ainda reconvir, opor embargos, agravar, apelar, interpondo os recursos cabíveis, enfim, tudo o que se fizer necessário para o fiel cumprimento do presente mandato, podendo substabelecer a presente, com ou sem reservas de iguais poderes. (fls. 6)

Quanto ao assunto, adverte Mirabete, em comentários ao art. 44 do CPP:

Além de preencher os mesmos requisitos da denúncia (art. 41), a queixa deve ser apresentada pelo ofendido ou seu representante legal mediante procurador com poderes especiais, ou seja, com instrumento de mandato em que conste cláusula específica a respeito da propositura da ação privada por determinado fato criminoso. É compreensível a exigência de mandato com poderes especiais, uma vez que entre as sérias consequências de uma ação penal está, inclusive, a possibilidade de ser imputada ao querelante a prática do crime de denúncia caluniosa (art. 339 do CP). Não é idônea para a propositura a procuração com a simples cláusula *ad juditia*, ou a outorgada apenas para acompanhar o inquérito policial. As omissões, entretanto, consideram-se sanadas se o querelante assinar a queixa conjuntamente com o procurador. Ressalte-se que a queixa pode ser oferecida pelo próprio ofendido se ele possuir habilitação técnica; caso contrário deve constituir um advogado com poderes especiais expressos. (Julio Fabbrini Mirabete, Código de Processo Penal Interpretado, 9ª ed., p. 223.)

Conquanto o art. 568 do CPP disponha que “a nulidade por ilegitimidade do representante da parte pode ser a todo tempo sanada, mediante ratificação dos atos processuais”, doutrina e jurisprudência inclinam-se no sentido de que, em se tratando de ação penal privada, a legitimidade do representante do querelante deve ser sanada antes de findo o prazo de decadência:

Quanto à falta de legitimidade *ad processum*, ou seja, de capacidade para estar em juízo, bem como à falta de capacidade postulatória (itens 43.3, 43.4 e 564.4), é possível a ratificação dos atos já praticados pela regularização da representação em juízo. A omissão da representação do ofendido pode ser sanada até a sentença (item 39.2). Quanto à ação privada, a ilegitimidade de representante do querelante deve ser sanada antes de findo o prazo de decadência. (op. cit., p. 1.395.)

Queixa-crime. Mandato judicial. Queixa firmada por procurador sem poderes especiais para oferecê-la. Hipótese de não conhecimento. (STF, Inq 169/DF, rel. Min. Francisco Rezek, Pleno, unânime, DJU de 14/09/1984, p. 1.413.)

Processual Penal. Recurso especial. Crimes contra a honra. Queixa-crime. Rejeição. Irregularidade do instrumento de mandato. Art. 44 do CPP. Decadência.

I – A falha na representação processual do querelante pode ser sanada a qualquer tempo, desde que dentro do prazo decadencial (Precedentes do STJ e do STF).

II – *In casu*, verifica-se que o instrumento procuratório juntado aos autos não contém a descrição das condutas delituosas, a tipificação

dos crimes, nem a indicação dos querelados, em desatendimento ao disposto no art. 44 do CPP.

III – Recurso especial provido. (STJ, REsp 879.749/BA, rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, unânime, DJU de 03/09/2007, p. 214)

Habeas corpus. *Atentado violento ao pudor. Queixa-crime. Procuração irregular. Ordem concedida.*

I. Constituiu óbice ao regular desenvolvimento da ação penal, a falta de menção do fato criminoso no instrumento de mandato visando à propositura da queixa-crime, que também não foi assinada pela querelante com o advogado constituído.

II. Segundo os arts. 43, III, 44 e 568, todos do Código de Processo Penal, a citada omissão só pode ser suprida dentro do prazo decadencial, tendo em vista que a expressão “a todo tempo” significa “enquanto for possível”.

III. Ordem concedida, declarando-se extinta a punibilidade. (STJ, HC 45017/GO, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª Turma, unânime, DJU de 27/03/2006, p. 339.)

Processual Penal. Habeas corpus. Queixa-crime assinada somente pela advogada constituída. Instrumento de mandato sem menção ao fato criminoso. Omissões não sanadas dentro do prazo decadencial. Extinção da punibilidade. Ordem concedida.

I. A falta de menção do fato criminoso no instrumento de mandato, com vistas à propositura de queixa-crime, que também não vai assinada pelo querelante juntamente com o advogado constituído, é omissão que, se não sanada dentro do prazo decadencial, constituiu óbice ao regular desenvolvimento da ação penal, tendo em vista que o disposto no art. 44 do Código de Processo Penal tem por finalidade apontar a responsabilidade penal em caso de denúncia caluniosa, razão pela qual, mesmo que não se exija exaustiva descrição do fato delituoso na procuração outorgada, não pode ser dispensada pelo menos uma referência ao nomen iures ou ao artigo do estatuto penal, além da expressa menção ao nome do querelado.

II. Portanto, conjugando o disposto nos arts 43, inciso III, 44 e 568, todos do Código de Processo Penal, a falha na representação processual do querelante pode ser sanada a qualquer tempo, desde que dentro do prazo decadencial, sob pena de transformar a exigência legal em letra morta, sem qualquer sentido prático.

III. Ordem concedida para restabelecer os efeitos da sentença que declarou a extinção da punibilidade. (STJ, HC 39047/PE, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, unânime, DJU de 1º/08/2005, p. 486.)

Recurso especial. Penal e Processo Penal. Crime de imprensa. Queixa-crime. Ausência do instrumento de mandato. Decadência.

“A falha na representação processual do querelante pode ser sanada a qualquer tempo, desde que dentro do prazo decadencial.”

Recurso conhecido, mas desprovido. (STJ, REsp 442.772/DF, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, unânime, DJU de 23/06/2003, p. 41.)

Dispõe o art. 38 do CPP que,

Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

Embora não haja notícia, nos autos, da data em que o querelante teve ciência do ofício de fls. 5 – datado de 07/02/2007 e no qual teria sido veiculada a alegada calúnia –, certo é que, desde a data em que oferecida a presente queixa-crime, em 06/09/2007, até o momento presente já decorreu prazo em muito superior a 6 (seis) meses, dentro do qual poderia ter sido sanada a irregularidade do representante do querelante, o que, porém, não ocorreu.

Portanto, não sanada a irregularidade do mandato do representante legal do querelante, dentro do prazo de 6 (seis) meses, a contar do oferecimento da queixa-crime, deve ser ela considerada como inoperante, consumando-se a decadência, pelo que a presente queixa-crime merece rejeição.

Ainda que assim não fosse, no mérito não assiste razão ao querelante.

Como visto, Ilko Machado de Carvalho, técnico judiciário do STF, imputa, ao querelado, a conduta descrita no art. 138 (calúnia) c/c art. 141, II (condição de servidor público do ofendido) do Código Penal (fls. 2/4), ante o fato de este ter enviado ofício, à Diretoria de Recursos Humanos do STF, no qual solicita informações sobre a situação funcional do querelante, com o objetivo de verificar eventual tentativa de tráfico de influência pelo servidor – que estaria se apresentando como advogado e afirmando proximidade com integrantes daquela Corte – e possível exercício irregular da profissão (fls. 5).

O referido ofício encontra-se assim redigido:

Ilustríssimo Senhor Diretor de Recursos Humanos do Supremo Tribunal Federal.

O Município de Central – Estado da Bahia, pessoa jurídica de direito público interno, com sede

na Praça José de Castro Dourado, 22, Centro, Central – Bahia, CEP 44940-000, por seu representante legal, Prefeito Municipal Leonandes Santana da Silva, fulcrado no quanto autorizado pela Carta Magna, *seja informado a esse Município a situação funcional do Sr. Ilko Machado de Carvalho, que se apresenta como serventuário desse STF, junto à municipalidade, dizendo-se próximo a componentes dessa Corte.*

Outrossim, há de se ressaltar que o referido cidadão costumeiramente permanece por longos períodos nesse Município de Central – Bahia, colocando em dúvida sua condição de serventuário, já que não trabalha na sede dessa Corte Superior.

Visando identificar possível exercício irregular da profissão, já que o mesmo se intitula como advogado, bem como possível tentativa de tráfico de influência, serve o presente expediente tão somente para saber se o referido cidadão é serventuário ativo deste Supremo Tribunal Federal.

Pede deferimento.

Central/Bahia, 7 de fevereiro de 2007.

Município de Central

Prefeito Municipal (fls. 5).

No que pertine à ocorrência, na hipótese, de imputação, ao querelante, de conduta tipificada como crime de calúnia, todavia, verifica-se não assistir razão ao querelante.

Comungo, no particular, da opinião do Ministério Público Federal, que, em parecer da lavra do eminente Procurador Regional da República, Dr. Marcus da Penha Souza Lima (fls. 162/165), pronunciou-se pelo não recebimento da queixa, nos seguintes termos, *in verbis*:

A queixa deve ser rejeitada. Para a configuração do crime de calúnia é necessário que se impute falsamente a alguém a prática de fato, concreto e determinado, definido como crime. Narrações genéricas sobre possíveis condutas de alguém não se subsumem ao tipo penal.

Com efeito, o simples fato de o querelado solicitar informações ao STF, visando esclarecer se o querelante era servidor público federal, bem como a afirmação genérica de que o objetivo da medida seria “identificar possível exercício irregular da profissão”, ou, ainda, “possível tentativa de tráfico de influência”, não caracteriza ânimo de caluniar, até porque não foi apontado qualquer fato concreto e determinado, no ofício subscrito pelo prefeito, com descrição de data e circunstâncias, que pudesse enquadrar o querelante em eventual tipo penal.

Ao contrário, infere-se, da leitura do ofício de fls. 5, que o pedido de informações sobre o querelante seria para verificar se teria eventualmente ocorrido, genericamente, a possibilidade de prática de exercício irregular da profissão ou de tentativa de tráfico de influência.

Em tal sentido orienta-se a jurisprudência:

Ação penal originária. Calúnia. Não recebimento da queixa-crime.

I. *A completa ausência dos elementos constitutivos do delito de calúnia, por não haver imputação à querelante, no documento que deu origem à instauração do inquérito policial, de ocorrência definida como crime, restringindo-se apenas à requisição genérica de apuração dos fatos, desnatura o ato, tornando-o sem potencial ofensivo, com autorização, portanto, de rejeição da queixa-crime.*

II. *Queixa-crime rejeitada. (STJ, APN 199700886247, rel. Min. Fernando Gonçalves, Corte Especial, unânime, DJU de 07/05/2001.)*

Criminal. HC. Trancamento da ação penal. Calúnia. Inexistência de elemento subjetivo a respeito da falsidade das afirmações. Difamação. Atribuição de fatos genéricos e indeterminados. Atipicidade das condutas. Ordem concedida.

Para a caracterização do delito de calúnia é necessária a configuração do elemento subjetivo, qual seja, a vontade livre e consciente de estar imputando, falsamente, a outrem, fato definido como crime. Se evidenciado, nos autos, que o paciente não tinha condições de avaliar a veracidade das afirmações veiculadas no jornal do qual era radialista, pois somente teria repassado notícias obtidas pela repórter, não há que se falar em crime de calúnia. Se o paciente limitou-se a proferir, de forma genérica, expressões desrespeitosas em relação à vítima, sem, contudo, especificar as imputações, não se configura o delito de difamação, pois, para tanto, é necessário que o fato ofensivo seja preciso, concreto e determinado. Ordem concedida para, cassando-se o acórdão recorrido, determinar-se o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente. (STJ, HC 200100526322, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, unânime, DJU de 22/04/2002.)

Em face do exposto, *rejeito* a presente queixa-crime, ofertada em desfavor de Leonandes Santana da Silva, determinando o arquivamento dos presentes autos.

É como voto.

Terceira Seção

Conflito de Competência 0015740-81.2010.4.01.0000/TO

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida
 Autor: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Réu: Mauro Boaventura de Souza
 Suscitante: Juizado Especial Federal Cível e Criminal/TO – 3ª Vara
 Suscitado: Juízo Federal da 1ª Vara/TO
 Publicação: e- DJF1 de 25/10/2010, p. 10

Ementa

Processual Civil. Conflito negativo de competência entre juiz federal e juiz de Juizado Especial Federal. Apreciação do conflito. Competência do TRF 1ª Região. Julgamento do Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral. Mérito. A execução de composição dos danos civis aviada em ação criminal deve ser processada perante juízo cível. Lei 10.259/2001 e Lei 9.099/1995. Competência do juízo suscitado.

I. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, estabeleceu que compete ao Tribunal Regional Federal o julgamento de conflito de competência estabelecido entre Juizado Especial Federal e juiz de primeiro grau da Justiça Federal da mesma seção judiciária (RE 590.409/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Sessão Plenária de 26/08/2009, Informativo STF 557 – período de 24 a 28/08/2009).

II. No mérito, discute-se a competência para processar e julgar ação de execução de composição civil aviada nos autos de ação criminal proposta pelo Ibama e processada perante Juizado Especial Federal.

III. Embora o art. 3º da Lei 10.259/2001 estabeleça ser da competência do Juizado Especial Federal Cível executar as suas sentenças, o art. 74 da Lei 9.099/1995 dispõe que a composição dos danos civis terá eficácia de título a ser executada no juízo civil competente.

IV. A Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, ao instituir os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, salientou a aplicabilidade da Lei 9.099/1995, quando não houver conflito com a nova legislação. A Lei 9.099/1995 não vinculou o cumprimento da composição do dano civil ao juízo criminal onde o acordo foi firmado. Precedente.

V. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 1ª Vara da Seção Judiciária do Tocantins, o suscitado.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conhecer do conflito e, por maioria, declarar competente o Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Tocantins, suscitado.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 28/10/2010.

Desembargadora Federal *Selene Almeida*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 3ª Vara da Seção Judiciária de Tocantins – Juizado Especial Federal Cível em face do Juízo da 1ª Vara da mesma seção judiciária nos autos de ação de execução de composição civil aviada nos autos de ação

criminal proposta pelo Ibama em desfavor de Mauro Boaventura de Souza.

O Ibama, na ação originária, requereu a condenação do executado e cumprir obrigação de fazer imposta pelo título judicial consistente na retirada de um muro de arrimo nas margens do lago da Usina Luís Eduardo Magalhães, de uma construção de madeira com cobertura de telha de 213,6m², localizada dentro da APP, e de uma construção dentro do lago em pedra

e solo compactado com área aproximada de 142,29m². Alega, em síntese, o seguinte:

(...)

2. Em maio de 2007, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia em desfavor do requerido, imputando-lhe o crime tipificado no art. 60 da Lei 9.605/1998, por ter o mesmo construído chácara nas margens do Lago da Usina Luís Eduardo Magalhães, área de preservação permanente, sem a licença devida.

3. A ação penal foi autuada sob o nº 2007.43.00.0903803-4, tendo o d. Juízo da 3ª Vara da Seção Judiciária do Tocantins designado audiência de conciliação.

4. Na audiência, realizada em 22 de outubro de 2007, o Ibama fez proposta de composição civil do dano ambiental nos termos do art. 27 da Lei 9.605/1998, aceita pelo acusado, consistente na obrigação de o executado:

i. proceder à retirada de um muro de arrimo nas margens do lago, de uma construção de madeira com cobertura de telha de 213,06m² localizada dentro da APP e de uma construção dentro do lago em pedra e solo compactado com área aproximada de 142,29m², no prazo de seis meses;

ii. recuperar o local afetado de acordo com os critérios técnicos definidos pelo Ibama, no prazo de três anos.

5. Na ocasião, a proposta de transação penal formulada pelo Ministério Público Federal foi aceita pelo réu, tendo o MM. juiz proferido decisão homologatória.

6. Em 19 de junho de 2008, equipe de servidores do Ibama realizou vistoria na chácara do réu, constatando que não houve o cumprimento do acordo firmado com o Ibama na audiência de transação penal, conforme se pode ver da informação em anexo. (fls. 7, grifos no original)

Distribuída a ação para o Juízo da 1ª Vara da SJTO, foi determinada a remessa do feito a uma das varas dos Juizados Especiais Federais (fls. 26/7). Redistribuídos os autos à 3ª Vara SJTO (Juizado Especial Federal Cível), o referido juízo suscitou conflito de competência, ao argumento de que a composição dos danos civis, após homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, tem eficácia de título “a ser executado no juízo civil competente”, a teor do disposto no art. 74 da Lei 9.099/1995, fls. 68/70.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela competência do suscitado (fls. 124/6).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — A divergência posta do presente conflito se dá entre juiz de vara federal e juiz de vara de Juizado Especial Federal Cível.

O Supremo Tribunal Federal, em recente julgado, datado de 26/08/2009 e proferido em sede de repercussão geral, estabeleceu que compete ao Tribunal Regional Federal (e não mais ao Superior Tribunal de Justiça) o julgamento de conflito de competência estabelecido entre Juizado Especial Federal e juiz de primeiro grau da Justiça Federal da mesma seção judiciária. Confira-se o teor do julgado:

Conflito negativo de competência. Juizado Especial e juízo federal de primeira instância, pertencentes à mesma seção judiciária. Julgamento afeto ao respectivo Tribunal Regional Federal. Julgamento pelo STJ. Inadmissibilidade. Reconhecido e provido.

I. A questão central do presente recurso extraordinário consiste em saber a que órgão jurisdicional cabe dirimir conflitos de competência entre um Juizado Especial e um juízo de primeiro grau, se ao respectivo Tribunal Regional Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça.

II. A competência STJ para julgar conflitos dessa natureza circunscreve-se àqueles em que estão envolvidos tribunais distintos ou juizes vinculados a tribunais diversos (art. 105, I, d, da CF).

III. Os juizes de primeira instância, tal como aqueles que integram os Juizados Especiais estão vinculados ao respectivo Tribunal Regional Federal, ao qual cabe dirimir os conflitos de competência que surjam entre eles.

IV. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(STF, RE 590409, rel.: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, Repercussão Geral – Mérito DJe-204, publ. 29/10/2009 Ement V. 2380-07 p. 1.403.)

Diante do entendimento exposto, passo à apreciação do presente conflito.

No mérito, discute-se a competência para processar e julgar ação de execução de composição civil aviada nos autos de ação criminal proposta pelo Ibama.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Francisco Neves da Cunha e Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (convocados).

O art. 3º da Lei 10.259/2001 estabelece que compete ao Juizado Especial Federal Cível executar as suas sentenças.

No entanto, o art. 74 da Lei 9.099/1995 dispõe que a composição dos danos civis terá eficácia de título a ser executada no juízo civil competente. Transcrevo:

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executada no juízo civil competente. (grifos acrescidos)

Correto o juízo suscitante. De fato, a lei não vinculou o cumprimento da composição do dano civil ao juízo criminal onde o acordo foi firmado.

Cumpra transcrever, sobre o tema, trecho do parecer do MPF:

Cabe, nesse passo, lembrar que a Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, ao instituir os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, salientou a aplicabilidade do diploma acima mencionado (Lei 9.099/1995), quando não conflitar com a novel legislação. É o que sói ocorrer na hipótese telada, pois não se vislumbra incompatibilidade entre os dois corpos legais quanto a esse ponto.

O entendimento da nossa melhor doutrina não discrepa dessa conclusão, como atesta o seguinte excerto da obra *Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei 9.099, de 26/09/1995, litteris*:

“Quer se trate de título executivo judicial (supra, n.2), quer se trate de título executivo extrajudicial (supra, n. 3), a competência para a execução é do juízo civil e o processo seguirá as normas do Código de Processo Civil, qualquer que seja o tipo de obrigação a ser executada (obrigação de pagar, de entregar coisa, de fazer ou não fazer, etc.). Tratando-se de execução de obrigação de pagar, no caso de a obrigação ser ilíquida, será necessário o prévio processo de liquidação. Enfim, tudo se regerá pelo Estatuto Processual Civil. (...)” (GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099, de 26/09/1995* – 5ª ed. Rev. at. e amp. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 144). (fls. 124/6)

A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região já apreciou o tema:

Conflito de competência. Dissenso entre os juízos da 1ª e 2ª Varas Federais da Subseção Judiciária de São José do Rio Preto/SP em execução promovida pelo Ministério Público Federal para executar obrigação de reparar dano ambiental assumida pelos compromissários-réus no termo de compromisso de ajustamento de conduta, instrumento que serviu de substrato para a homologação da transação penal no juízo suscitante. Resolução do conflito através da consideração sobre a natureza jurídica da sentença

que é prolatada segundo o art. 76 da Lei 9.099/1995. Caráter condenatório e não meramente homologatório dessa sentença. Competência do juízo cível. Aplicação do inciso IV do art. 575 do Código de Processo Civil. Conflito procedente.

I. Denunciados em processo criminal, em trâmite no juízo suscitante, por cometimento em crimes ambientais, flagrados por fiscais do Departamento Nacional de Produção Mineral, extraindo basalto sem a devida autorização legal, aceitaram proposta ofertada pelo Ministério Público Federal para recomposição dos danos provocados, calcada em parecer técnico, disso originando-se o Termo de Compromisso de imprescindível Ajustamento de Conduta destinado a indenização de prejuízos cíveis para possibilitar a transação nos moldes do art. 76 da Lei 9.099/1995 combinado com o art. 27 da Lei 9.605/1998.

II. A homologação da transação penal – consistente, no caso, em aplicação de multa acrescida de compromisso de recomposição do dano ambiental – e a fixação da pena de multa fixada no valor de dez salários-mínimos deu-se no juízo suscitante.

III. Perante aquele juízo manifestou-se o *Parquet* Federal noticiando-lhe o pagamento da multa, bem como que, na seara criminal, não se oporia à extinção da punibilidade dos acusados. Na mesma oportunidade, constatou o Ministério Público Federal que os acusados não cumpriram o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta no sentido de que não fora implantado nenhum projeto de recuperação florestal na área degradada o que levou o *Parquet* Federal a pleitear ao juízo suscitante o desentranhamento de peças com o propósito de promover a execução, agora na esfera cível, da obrigação de reparar o dano ambiental assumida pelos compromissados.

IV. A execução foi distribuída livremente ao d. juízo suscitado o qual se deu por incompetente com arrimo nos arts. 575, inciso II e 584, inciso III, ambos do Código de Processo Civil.

V. A resolução do presente conflito se faz conforme seja deslindada a natureza jurídica da sentença proferida segundo o art. 76 da Lei 9.099/1995.

VI. A sentença proferida nos moldes do art. 76 da Lei 9.099/1995 tem caráter condenatório e não meramente *homologatório* do acordo de composição de prejuízo. Se a decisão aplica uma pena, é porque houve condenação embora inapta a gerar reincidência. O art. 27 da Lei 9.605/1998 estabelece uma condição sem a qual é inviável a proposta de transação em face de crimes ambientais; essa condição é que haja composição do dano ambiental. Destarte, há indissociabilidade entre a oferta de transação e a composição da lesão ambiental, ou um acordo de reparação no curso do tempo.

VII. A sentença que aplica uma pena criminal mitigada e cuja existência só é possibilitada em virtude de um acordo prévio entre as partes para composição de prejuízo é amplamente condenatória pois impõe ao infrator também o ônus de honrar o compromisso que lhe possibilitou receber pena mais benigna.

VIII. Consagrado o entendimento de que a sentença proferida por força da conjugação do art. 76 da Lei 9.099/1995 com o art. 27 da Lei 9.605/1998 é integralmente condenatória, afastada a idéia de que possa ser condenatória quanto a multa e meramente homologatória quanto ao acordo de reparação de prejuízos, esse título judicial – sentença penal condenatória – deve ser executado no juízo cível competente, como reza o inciso IV do art. 575 do Código de Processo Civil.

IX. Não se entrevê anomalia de incompetência da 2ª Vara Federal já que não se firmou qualquer vinculação da 1ª Vara Federal para processar execução de natureza cível emergente de sentença condenatória nela proferida, sendo de se ressaltar que a expressão do título exequendo escapa do Juizado Especial.

X. Conflito julgado procedente para fixar a competência no Juízo da 2ª Vara Federal.

(TRF 3ª Região, CC 7085, 2005.03.00.023723-8/SP, rel. Des. Federal Johansom Di Salvo, Primeira Seção, DJU 23/02/2006, p. 257)

Em face do exposto, conheço do conflito e julgo-o procedente, para declarar a competência do Juízo da 1ª Vara da Seção Judiciária de Tocantins, o suscitado.

É como voto.

Voto-Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo Navarro: — Senhor Presidente, vou respeitosamente pedir licença à eminente relatora para divergir de Sua Excelência, porque entendo que a norma do art. 74 da Lei 9.099/1995 conflita com a norma do art. 3º da Lei 10.259/2001. Nesse caso, não vejo nenhuma razão para que não seja aplicada essa norma que estabelece que a competência é do Juizado para executar as próprias sentenças. Por esse motivo, peço vênua à Sua Excelência para conhecer do conflito e declarar competente o Juízo da 3ª Vara da Seção Judiciária de Tocantins, o suscitante.

Quarta Seção

Numeração única: 0006823-82.2002.4.01.4000

Embargos Infringentes na Apelação Cível 2002.40.00.006826-5/PI

Relator: Juiz Federal Eduardo José Corrêa (convocado)
Embargante: União Federal (Fazenda Nacional)
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
Embargada: Câmara Municipal do Município de Patos do Piauí/PI
Advogados: Dr. Augusto Regis e Silva e outro
Publicação: e-DJF1 de 05/10/2010, p. 426

Ementa

Embargos infringentes. Tributário. Processual Civil. Contribuição previdenciária. Impedimento de cobrança de valores incidentes sobre a remuneração de servidores. Lei 9.876/1999. Câmara municipal. Ilegitimidade ativa ad causam.

a) Recurso – Embargos infringentes interpostos pela União Federal (Fazenda Nacional).

b) Decisão de origem – Provimento, por maioria, ao recurso de apelação da autora para declarar indevida a exação fiscal discutida.

I. A Câmara Municipal não tem personalidade jurídica, podendo agir, apenas, em defesa dos seus direitos institucionais. Consequentemente, somente o Município detém legitimidade ativa *ad causam* para propor medida judicial com o objetivo de sustar contribuição previdenciária incidente sobre remuneração de seus servidores.

II. Ilegitimidade ativa *ad causam* da Câmara Municipal reconhecida.

III. Embargos infringentes providos.

IV. Processo extinto sem julgamento de mérito.

V. Acórdão embargado reformado.

Acórdão

Decide a Seção, à unanimidade, dar provimento aos embargos infringentes, para conhecer da ilegitimidade ativa *ad causam* da Câmara Municipal e julgar extinto o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 15/10/2010.

Juiz Federal *Eduardo José Corrêa*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Eduardo José Corrêa: —

Vistos, etc.

A Câmara Municipal do Município de Patos do Piauí/PI, qualificada nos autos, moveu ação declaratória tributária ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e à União Federal, pretendendo compeli-los a absterem-se de exigir-lhe contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração de seus servidores, ao argumento de inconstitucionalidade da Lei 9.876/1999, que a instituiu.

Citada a ré, contestado e julgado improcedente, o pedido foi reexaminado, em grau de recurso, pela 8ª Turma desta Egrégia Corte, que, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias (fls. 150/152), reformou a decisão primitiva, dando provimento ao apelo, com fundamento no voto vencedor proferido pelo Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim (fls. 155/158).

Lastreando-se no voto vencido, a ré, por meio de embargos infringentes, admitidos e impugnados, pretende modificação da decisão embargada ao argumento de que a Câmara Municipal não possui legitimidade para ajuizar demanda em que se discute a exigibilidade de contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração de seus servidores.

É o relatório.

Voto*

O Exmo Sr. Juiz Federal Eduardo José Corrêa: — Verifica-se, pelo exame dos autos, que a Câmara Municipal de Patos do Piauí/PI não possui legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar ação, objetivando

suspender incidência de contribuição previdenciária sobre remuneração de seus servidores, porque ela não tem personalidade jurídica, podendo agir, apenas, em defesa dos seus direitos institucionais. Consequentemente, somente o Município detém legitimidade na espécie. Com muito mais razão, portanto, lhe falta competência para pleitear semelhante direito em relação aos servidores do Município. É o que se constata nas razões apresentadas pela própria Câmara Municipal na ação originária (fls. 24, 25 e 28):

Assim, como se discute, nesta ação, a cobrança de tal contribuição, quer parecer à autora plausível o direito do Município de Patos do Piauí (PI) não ser incluído no Cadin, bem como não se lhe ser negada a CND pelo INSS, daí, inclusive, seu interesse legítimo para figurar ao lado da autora, na forma do art. 46, do CPC, uma vez que, estando em discussão o débito, é abusiva e ilegal a inscrição no referido cadastro.

Isto posto (...) que os réus se abstenham de cobrar a contribuição previdenciária prevista na Lei 9.876/1999, haja vista sua manifesta inconstitucionalidade, por ofender os princípios acima, bem como se abstenham de inscrever o Município de Patos do Piauí (PI), por dívida da autora, no Cadin, enquanto não transitar em julgado a decisão judicial (...)

Outro não é o entendimento deste egrégio Tribunal:

Contribuição Social. Exercente (sic) de mandato eletivo federal, estadual ou municipal. Legitimidade da Câmara Municipal para propor ação. Leis 9.506/1997 e 10.887/2004.

I. As Câmaras Municipais não têm personalidade jurídica, mas, apenas, personalidade judiciária, sendo sua capacidade processual limitada às demandas judiciais que objetivam defender direitos institucionais próprios e vinculados à sua independência e funcionamento (Precedentes do STJ).

*Participaram do julgamento os Exmos Srs. Des. Federais Tolentino Amaral, Maria do Carmo Cardoso e Reynaldo Fonseca e o Exmo Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado).

II. A Câmara Municipal não tem legitimidade para propor ação em que se discute o pagamento da contribuição previdenciária de 20% (vinte por cento), incidente sobre a folha de pagamento de seus membros (vereadores) e de seus servidores.

III. A denunciação da lide ao Município para ingressar no polo ativo da ação pela Câmara Municipal não tem o condão de suprir sua ilegitimidade ativa *ad causam*, até por que, além de não ser caso de denunciação da lide, à luz do art. 70 do CPC, o Município intimado do teor da inicial, manifestou desinteresse em integrar a lide.

IV. Apelação improvida. (AC 2003.40.00.000647-9/PI – Rel. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva – Sétima Turma – Unânime – DJ 07/04/2006 – p. 97.)

Processual Civil, Tributário e Constitucional – Contribuição sobre subsídio dos ocupantes de mandato eletivo (§ 13 do art. 40 da CF/1988 – EC 20/1998): Ilegitimidade da Câmara Municipal para propositura da ação.

I. A Câmara Municipal detém apenas personalidade judiciária, que restringe sua capacidade processual à defesa de suas prerrogativas funcionais (Precedentes do STJ e TRF1).

II. A Câmara Municipal não tem legitimidade para propor ação que visa suspender a cobrança de contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração paga aos exercentes (*sic*) de mandato eletivo.

III. Remessa oficial provida: extinto o processo sem julgamento do mérito. Prejudicada a apelação.

IV. Peças liberadas pelo relator, em 13/03/2006, para publicação do acórdão. (AMS 2004.37.00.002122-5/MA – Rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral – Sétima Turma – Unânime – DJ 24/03/2006 – p. 111.)

Idêntico é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Processual Civil. Contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração paga a vereadores. Ação ordinária inibitória de cobrança proposta contra a União e o INSS. Ilegitimidade ativa da Câmara de Vereadores.

I. A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária, de modo que somente pode demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais, entendidos esses como sendo os relacionados ao funcionamento, autonomia e independência do órgão.

II. Para se aferir a legitimação ativa dos órgãos legislativos, é necessário qualificar a pretensão em análise para se concluir se está, ou não, relacionada a interesses e prerrogativas institucionais.

III. No caso, a Câmara de Vereadores do Município de Lagoa do Piauí/PI ajuizou ação ordinária

inibitória com pedido de tutela antecipada contra a Fazenda Nacional e o INSS, objetivando afastar a incidência da contribuição previdenciária sobre os vencimentos pagos aos próprios vereadores.

IV. Não se trata, portanto, de defesa de prerrogativa institucional, mas de pretensão de cunho patrimonial.

V. Recurso especial provido. (REsp 1.164.017/PI – Rel. Min. Castro Meira – 1ª Seção – Unânime – DJe 06/04/2010 – p. 204.)

Tributário. Processual Civil. Recurso especial. Mandado de segurança. Contribuição previdenciária incidente sobre subsídios de agentes políticos. Ilegitimidade ativa ad causam da Câmara Municipal. Precedentes. Recurso especial provido.

I. Cuida-se originariamente de mandado de segurança proposto pela Câmara Municipal de Barra de São Miguel/AL contra o INSS objetivando a declaração de inexigibilidade de contribuição previdenciária sobre os subsídios dos agentes políticos municipais.

II. Entendimento deste Tribunal de que as Câmaras Municipais possuem capacidade processual limitada à defesa de seus direitos institucionais, ou seja, aqueles vinculados à sua independência, autonomia e funcionamento.

III. Por versar a presente demanda sobre a exigibilidade de contribuição previdenciária dos agentes políticos municipais, a Câmara recorrida é parte ilegítima ativa *ad causam*.

IV. Nesse sentido, a linha de pensar de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ: – A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária, de modo que só pode demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais, entendidos esses como sendo os relacionados ao funcionamento, autonomia e independência do órgão. – Referido ente não detém legitimidade para integrar o polo ativo de demanda em que se discute a exigibilidade de contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração paga aos exercentes (*sic*) de mandato eletivo no Município. Precedentes. (REsp 730.979/AL, rel. Min. Castro Meira, DJ de 02/09/2008). – A despeito de sua capacidade processual para postular direito próprio (atos *interna corporis*) ou para defesa de suas prerrogativas, a Câmara de Vereadores não possui legitimidade para discutir em juízo a validade da cobrança de contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de pagamento dos exercentes (*sic*) de mandato eletivo, uma vez que desprovida de personalidade jurídica, cabendo ao Município figurar no polo ativo da referida demanda (REsp 696.561/RN, rel. Min. Luiz Fux, DJ de 24/10/2005).

V. Recurso especial provido. (REsp 1.109.840/AL – Rel. Min. Benedito Gonçalves – 1ª Turma – Unânime – DJe 17/06/2009.)

Diante disso, o voto vencedor, ao examinar os elementos de convicção trazidos aos autos, destoou da jurisprudência deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça:

Ocorre que, efetivamente, a sentença impugnada reconheceu a legitimidade *ad causam* da parte autora, e, adentrando no mérito, julgou o pedido improcedente, não obstante a afirmativa daquela, em suas razões recursais, de que fora reconhecida sua ilegitimidade.

Decidiu com acerto aquele magistrado *a quo* ao entender pela legitimidade da Câmara Municipal de Patos do Piauí/PI. (Voto vencedor, fls. 155.)

De outro lado, verifica-se que constou em equívoco o voto vencido, legitimador dos embargos infringentes, mas tão somente em parte da conclusão,

e não na fundamentação, quando diz *O MM. juiz a quo em decisum bem fundamentado, não diviso o interesse institucional da Câmara e, ipso facto, reconheceu sua ilegitimidade ativa ad causam* (fls. 152; destaquei). Não obstante, realmente, a fundamentação é toda no sentido da ilegitimidade ativa *ad causam*, caracterizando-se, apenas, mero erro material no voto vencido, incapaz, no entanto, de afastar a adequação do entendimento de direito nele aplicado.

Pelo exposto, diante da evidente ilegitimidade ativa *ad causam* da Câmara Municipal do Município de Patos do Piauí, dou provimento aos embargos infringentes de fls. 169/171 para, reformando o acórdão embargado, julgar extinto o processo, sem exame do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

É o meu voto.

Primeira Turma

Numeração única: 0030371-73.2000.4.01.3300

Apelação/Reexame Necessário 2000.33.00.030374-6/BA

Relator: Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado)
 Apelante: Universidade Federal da Bahia – UFBA
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Apelados: Adarcy Maria Penna Costa e outros
 Advogados: Dr. Álvaro Fernando Reis Dultra e outro
 Remetente: Juízo Federal da 14ª Vara/BA
 Publicação: e-DJF1 de 13/10/2010, p. 5

Ementa

Administrativo. Servidores públicos. Professores universitários. GED – Gratificação de Estímulo à Docência. Inclusão na base de cálculo de quintos/décimos incorporados. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. Precedentes. Segurança denegada.

I. A Gratificação de Estímulo à Docência – GED, instituída pela Lei 9.678/1998 com o objetivo de incentivo ao aprimoramento técnico dos professores universitários, tem critério próprio de cálculo e é paga de forma não cumulativa com quaisquer outras parcelas, sujeitando-se, ademais, a revisão segundo os índices gerais de reajuste concedidos aos servidores públicos civis. Precedentes.

II. Não há fundamento legal a sustentar a pretensão de inclusão da GED na base de cálculo de quintos/décimos incorporados. Entendimento contrário desrespeitaria, inclusive, não somente o critério legal de reajuste fixado para tais parcelas, mas também a própria Lei 9.678/1998, na medida em que desvirtuaria os fins para os quais foi instituída a vantagem. Precedentes.

III. Apelação da UFBA e remessa oficial providas.

Acórdão

Decide a Turma dar provimento à apelação da UFBA e à remessa oficial, por unanimidade.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 15/09/2010.

Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa: — Trata-se de apelação interposta pela Universidade Federal da Bahia contra sentença, proferida em mandado de segurança impetrado por Adarcy Maria Penna Costa e outros, professores universitários, que julgou procedente pedido por eles formulado no sentido da inclusão da GED – Gratificação de Estímulo à Docência, instituída pela Lei 9.678/1998, na base de cálculo de suas funções comissionadas incorporadas (quintos/décimos).

Sustenta a apelante que a legislação de regência da matéria não ampara a pretensão deduzida.

Em contrarrazões, a parte impetrante pugna pelo improvimento do recurso.

Parecer do Ministério Público Federal pela acolhida do apelo e da remessa oficial.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa: — Verifico que a sentença recorrida deve ser reformada, uma vez que destoante da jurisprudência desta Corte acerca da matéria *sub judice*, a qual orienta no sentido de que é impróprio o cômputo da GED na base de cálculo dos quintos/décimos incorporados, conforme se vê dos arestos a seguir transcritos:

Administrativo. Servidor público inativo. Vantagens remuneratórias. VPNI derivada da transformação de quintos/décimos. Cômputo da GED. Gratificação de Estímulo à Docência. Impossibilidade ausência de previsão legal. Sentença mantida.

I. Com a edição da Lei 9.527/1997, os quintos incorporados foram transformados em VPNI, cujo valor é reajustado tão somente quando da revisão geral dos vencimentos dos servidores públicos.

II. A Gratificação de Estímulo à Docência – GED, instituída pela Lei 9.678/1998, era percebida como contraprestação pelo desempenho do docente de 3º grau, segundo aferição da quantidade de horas-aula lecionadas e qualidade das atividades de docência, pesquisa e extensão desenvolvidas. Sujeitava-se a critério próprio de cálculo, inacumulável com qualquer outra parcela pecuniária, paga em rubrica específica e reajustada, igualmente, quando da revisão geral da remuneração dos servidores.

III. Revela-se impróprio o cômputo da GED na base de cálculo dos quintos/décimos incorporados, uma vez que os diplomas normativos que as regulamentam não previram essa possibilidade. Entendimento contrário viola não somente o critério legal de reajuste fixado para tais parcelas, mas também a Lei 9.678/1998, instituidora da GED, na medida em que desvirtua os fins para os quais foi ela instituída.

(...)

(AC 2001.33.00.016877-4/BA, Primeira Turma, rel. Des. Federal José Amilcar Machado, DJ de 25/11/2008.)

Administrativo. Servidor público. Quintos/décimos incorporados. Inclusão da Gratificação de Estímulo à Docência (GED) na base de cálculo. Impossibilidade. Sobreposição de reajustes. Jurisprudência do STJ. Preliminar de ilegitimidade afastada. Apelação e remessa oficial providas.

(...)

II. A Gratificação de Estímulo à Docência (GED), instituída pela Lei 9.678, de 3 de julho de 1998, que pretende incentivar o aprimoramento do trabalho técnico dos professores de 3º Grau, desfruta de um critério próprio de cálculo, e é paga de forma não cumulativa com qualquer outra parcela, sujeitando-se ainda aos índices de reajuste geral concedido aos servidores públicos federais civis.

III. Não há sustentação legal que permita a inclusão da GED no valor dos quintos e décimos incorporados, uma vez que tal expediente implicaria em indevida cumulação de reajustes, que incidiriam sobre a GED, destacadamente, e sobre o valor total dos quintos, que a englobaria.

(...)

(AMS 2000.33.00.030372-0/BA, Segunda Turma, rel. Juiz Federal André Prado de Vasconcelos, DJ de 18/08/2008.)

Na mesma linha: AMS 2006.33.00.017534-1/BA, Primeira Turma, rel. Juiz Federal Guilherme Doehler (convocado), DJ de 14/07/2009; e AMS 2000.33.00.030368-5/BA, Primeira Turma, rel. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (convocado), DJ de 23/09/2008.

No mesmo sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: REsp 549899/RS, Quinta Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 07/10/2004.

Ante o exposto, dou provimento à apelação da UFBA e à remessa oficial, para, reformando a sentença monocrática, denegar a segurança. Custas *ex lege*. Sem honorários advocatícios.

É como voto.

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Francisco de Assis Betti e o Exmo. Sr. Juiz Federal Charles Renaud Frazão de Moraes (convocado).

Segunda Turma

Numeração única: 0006004-21.2001.4.01.3600

Apelação/Reexame Necessário 2001.36.00.006004-3/MT

Relator: Desembargador Federal Francisco de Assis Betti
 Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Apelado: Williams Roberto Pereira Tocantins
 Advogados: Dr. Samir Hammoud e outros
 Remetente: Juízo Federal da 5ª Vara/MT
 Publicação : e-DJF1 de 07/10/2010, p. 1.375

Ementa

Previdenciário. Processual Civil. Remessa oficial. Contagem de tempo de serviço. Aluno-aprendiz. Escola Técnica Federal de Mato Grosso. Retribuição pecuniária à conta de dotação global da União. Apelação e remessa oficial improvidas.

I. A ação mandamental foi impetrada contra ato do gerente executivo da agência do Instituto Nacional do Seguro Social em Cuiabá/MT, que indeferiu a averbação do tempo de serviço na condição aluno-aprendiz.

II. O tempo de aprendizado em escolas profissionais públicas é possível ser contado como tempo de serviço para fins previdenciários, nos termos do Decreto-Lei 4.073/1942 combinado com o art. 58, inciso XXI, do Decreto 611/1992, desde que haja comprovação de que houve prestação de trabalho, na condição de aluno-aprendiz, retribuição pecuniária à conta do orçamento, admitindo-se, como tal, o recebimento de alimentação ou fardamento

III. A certidão de fls. 11 comprova o tempo de frequência do impetrante na condição de aluno-aprendiz, remunerado à conta de dotação global da União, por meio de “*alimentação, fardamento e material escolar*” nos períodos de 24/02/1965 a 31/12/1965 e de 24/02/1966 a 31/12/1966.

IV. Havendo prova da contraprestação estatal pelos serviços prestados na condição de aluno-aprendiz da Escola Técnica Federal de Mato Grosso/MT, deve ser computado tal período para fins previdenciários.

V. Apelação e remessa oficial improvidas.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 22/10/2010.

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Francisco de Assis Betti:

— 1. Williams Roberto Pereira Tocantins impetrou mandado de segurança contra ato do gerente executivo da agência do Instituto Nacional do Seguro Social em Cuiabá/MT, que indeferiu a averbação do tempo de serviço de 24/02/1965 a 31/12/1965 e de 24/02/1966 a 31/12/1966 quando o impetrante se encontrava na condição aluno-aprendiz.

2. Notificada, a autoridade coatora apresentou informações às fls. 21/36.

3. O Ministério Público apresentou parecer pela concessão da segurança. (fls. 45/49)

4. Sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária de Mato Grosso (fls. 51/53) concedeu segurança, a fim de assegurar ao impetrante o direito de ver reconhecida a averbação dos períodos de 24/02/1965 a 31/12/1965 e de 24/02/1966 a 31/12/1966, quando o impetrante se encontrava na condição aluno-aprendiz junto à Escola Técnica Federal de Mato Grosso. Não houve condenação em honorários advocatícios e custas processuais.

5. O INSS, em suas razões recursais, aduziu que o período em que o apelado desempenhou suas atividades na condição de aluno-aprendiz não se enquadra na situação do art. 58 do Decreto 2.172/1997 (Regulamento da Previdência Social). Acrescentou que tal período só poderia ser contado como tempo de serviço durante a vigência do Decreto-Lei 4.073/1942, ou seja, até 16 de fevereiro de 1959. (fls. 58/73)

6. Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

7. O Ministério Público apresentou parecer pelo improvemento do apelo do INSS. (fls. 80/84)

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Francisco de Assis Betti: —

1. Trata-se, como visto, de recurso de apelação do INSS e de remessa oficial contra sentença que concedeu a segurança em ação mandamental que objetivava a averbação de tempo de serviço exercido na condição de aluno-aprendiz.

2. Cinge-se a questão em saber se nos períodos de 24/02/1965 a 31/12/1965 e de 24/02/1966 a 31/12/1966 laborados na condição de aluno-aprendiz pode ser averbado como tempo de serviço.

3. O art. 58 do Decreto 611/1992 admitiu a contagem do tempo de aprendizado em escolas técnicas, para fins previdenciários, com base no Decreto 4.073/1942, nos seguintes termos:

Art. 58 São contados como tempo de serviço, entre outros:

(...)

XXI – durante o tempo de aprendizado profissional prestado nas escolas técnicas com base no Decreto-Lei 4.073/1942, de 30 de janeiro de 1942:

a) os períodos de frequência à escola técnicas ou industriais mantidas por empresas de iniciativa privada, desde que reconhecidas e dirigidas a seus empregados aprendizes, bem como o realizado com base no Decreto 31.546, de 6 de fevereiro de 1952, em curso do Serviço Nacional de Indústria – Senai ou Serviço Nacional do Comércio – Senac, por estes reconhecidos, para formação profissional metódica de ofício ou ocupação do trabalhador menor;

b) os períodos de frequência aos cursos de aprendizagem ministrados pelos empregadores a seus empregados, em escolas próprias para esta

finalidade, ou em qualquer estabelecimento de ensino industrial.

4. Assim, ao contrário do afirmado pelo INSS, mesmo após edição da Lei 3.552/1959, não houve qualquer alteração na possibilidade de averbação do tempo prestado na condição de aluno-aprendiz. Assim preceitua o art. 32 do referido diploma legislativo:

Art. 32. As escolas de ensino industrial, sem prejuízo do ensino sistemático, poderão aceitar encomendas de terceiros, mediante remuneração.

Parágrafo único. A execução dessas encomendas, sem prejuízo de aprendizagem sistemática, será feita pelos alunos, que participação da remuneração prestada.

5. Idêntica orientação vem sendo adotada pela Lei 6.226/1975, alterada pela Lei 8.864/1980 e regulamentada pelo Decreto 85.850/1981 e, atualmente, pelo Decreto 3.048/1999.

6. Nesse sentido, decidiu esta e. Corte:

Processual Civil e Previdenciário. Mandado de segurança. Questão exclusivamente de Direito. Possibilidade de julgamento. Art. 515, § 3º do CPC. Aplicação. Averbação de tempo de contribuição. Aluno-aprendiz. Período posterior a 15/02/1959. Possibilidade.

Inteligência do Decreto 611/1992. Superveniência do Decreto 3.048/1999. Inexistência de vedação. Preenchimento dos requisitos necessários à aposentadoria.

(...)

III. O período em que o impetrante ostentou a condição de aluno-aprendiz, mediante a percepção de contraprestação pecuniária indireta (fardamento, alimentação e material escolar) deve ser computado para fins de averbação previdenciária, a despeito de ser posterior a 15/02/1959, tendo em vista que mesmo após essa data os cursos de aprendizagem aos alunos-aprendizes continuaram sendo normalmente ministrados, donde se infere ser dezarrazoada a dispensa de tratamento diferenciado aos segurados, apenas em razão do período em que eram estudantes-aprendizes. Precedentes.

IV. Mesmo após o advento da EC 20/1998 e do Decreto 3.048/1999 o período frequentado pelo aluno-aprendiz pode ser utilizado como tempo de contribuição, tanto porque não pode ser singelamente considerado como tempo ficto, como porque a correta inteligência do quanto dispõe o art. 60 da norma infralegal em comento autoriza a contagem pretendida.

V. Ainda que assim não fosse, o impetrante já havia preenchido os requisitos para a sua aposentadoria antes da publicação da Emenda Constitucional 20/1998, bem assim da entrada em vigor do Decreto 3.048/1999, visto que, somando-

* Participaram do julgamento as Exmas. Sras. Des. Federais Mônica Sifuentes e Neuza Alves.

se o tempo de contribuição reconhecido pelo INSS com aquele relativo ao período de aluno-aprendiz, já possuía mais de trinta anos de contribuição previdenciária.

VI. Apelação a que se dá provimento.

VII. Segurança concedida. (AMS 2004.34.00.030689-5/DF, Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva, 2ª Turma, unanimidade, 26/10/2006, DJ p. 26).

Previdenciário. Averbação de tempo de serviço. Aluno-aprendiz. Cômputo de atividade prestada em colégio estadual e ferrovia federal. Correção monetária. Juros de mora. Honorários. Redução.

I. O aluno-aprendiz, remunerado com recursos provenientes do orçamento da União, faz jus ao cômputo do tempo de serviço em escola técnica profissional para fins previdenciários. Precedentes.

II. Na vigência da Lei 3.522/1959 continuou a existir a possibilidade de prestação de serviços pelos alunos de escolas de ensino profissionalizante, com retribuição pecuniária custeada pela União.

III. A correção monetária deve ser calculada nos termos da Lei 6.899/1981, a partir do vencimento de cada parcela (Súmulas 43 e 148 do STJ).

IV. A Primeira Seção da Corte firmou entendimento majoritário no sentido de que os juros de mora são devidos no percentual de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação (TRF 1ª Região, 1ª Seção, AR 2002.01.00.020011-0/MG, rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves, DJ de 14/11/2003).

V. Verba honorária reduzida para 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações vencidas até a data da prolação da sentença.

VI. Apelação a que se nega provimento e remessa oficial a que se dá parcial provimento. (AC 2004.38.01.000224-5/MG, Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Juiz Federal José Ferreira Nunes (convocado), 1ª Turma, unanimidade, 18/09/2006, DJ p. 39).

7. Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União editou a Súmula 96, *verbis*:

Conta-se para todos os efeitos, como tempo de serviço público, o período de trabalho prestado na qualidade de aluno-aprendiz, em escola pública profissional, desde que comprovada a retribuição pecuniária à conta do orçamento, admitindo-se, como tal, o recebimento de alimentação, fardamento, material escolar e parcela de renda auferida com a execução de encomendas para terceiro.

8. Nesse sentido, é a jurisprudência desta Corte e do colendo Superior Tribunal de Justiça, como se vê, respectivamente, dos seguintes arestos:

Previdenciário. Mandado de segurança. Aluno aprendiz. Centro Federal de Educação Tecnológica de Urutai/GO. Averbação de tempo de serviço. Decreto-Lei

4.073/1942, Decreto 611/1992 (Art. 58, XXI) e Súmula 96 do TCU.

I. O tempo de aprendizado em escola técnica profissional federal pode ser computado para fins de averbação de tempo de serviço, visando à concessão de benefícios previdenciários, desde que comprovada a remuneração à conta de dotações da União, admitindo-se como tal o recebimento de alimentação, fardamento, material escolar e parcela de renda auferida com a execução de encomendas para terceiros. Interpretação das disposições estabelecidas no Decreto-Lei 4.073, de 30 de janeiro de 1942, em especial, no seu art. 68; Decreto 611/1992 (art. 58, XXI) e Súmula 96 do TCU. Precedentes do STJ e deste Tribunal.

II. A efetiva condição de aluno-aprendiz do impetrante restou demonstrada pela certidão de fls. 76, a qual informa que o impetrante foi interno no Centro Federal Tecnológico de Urutai/GO, tendo recebido gratuitamente, à conta do orçamento da União, ensino, alojamento e alimentação pelos serviços prestados no período compreendido entre 17/02/1973 a 05/12/1975.

III. O impetrante faz jus à concessão do benefício da aposentadoria integral, haja vista que somando-se os 33 anos, 3 meses e 10 dias de contribuição, já comprovados perante o INSS, com os 2 anos, 9 meses e 18 dias, relativos ao tempo de serviço como aluno-aprendiz, tem-se um total de mais de 35 anos.

V. Remessa oficial desprovida.

(REOMS 2003.35.00.008549-4/GO, rel. Des. Federal Carlos Olavo, Primeira Turma, e-DJF1 p. 44, de 07/04/2009)

Previdenciário. Agravo regimental no recurso especial. Contagem de tempo de serviço. Aluno-aprendiz. Senai. Reexame de provas. Não ocorrência. Efeitos previdenciários. Equiparação aos alunos de escolas técnicas federais. Possibilidade. Precedentes do STJ. Recurso improvido.

I. Não há reexame de provas quando a equivocada apreciação dos fatos se insere no domínio da própria qualificação jurídica destes, a revelar hipótese de valoração.

II. "O reconhecimento do período de ensino ministrado pelo Senai, para fins previdenciários, tem por finalidade assegurar o aproveitamento dos períodos não exclusivos de estudos, combatendo-se a prestação de serviços sob regras de cunho trabalhista, sem a garantia de direitos futuros. Entendimento contrário implicaria injustificada discriminação, privilegiando-se com o benefício da contagem apenas os alunos de Escolas Técnicas Federais, que exerceram atividades de ensino remuneradas nos mesmos moldes que os alunos do Senai" (AgRg no REsp 507.440/PR, Sexta Turma, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 09/12/2008).

III. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 691.826/RN, rel. Min. Arnaldo Esteves

Lima, Quinta Turma, julgado em 15/12/2009, DJe 1º/02/2010)

9. Infere-se, pois, que é possível o reconhecimento do tempo de serviço prestado na condição de aluno-aprendiz. Contudo, se faz necessário a comprovação de que houve prestação de trabalho, na condição de aluno-aprendiz, retribuição pecuniária à conta do orçamento, admitindo-se, como tal, o recebimento de alimentação ou fardamento.

10. No caso em tela, a certidão de fls. 11 comprova o tempo de frequência do impetrante como aluno,

remunerado à conta de dotação global da União, por meio de “*alimentação, fardamento e material escolar*”.

11. Nesta senda, havendo prova da contraprestação estatal pelos serviços prestados na condição de aluno-aprendiz da Escola Técnica Federal de Mato Grosso, deve ser computado tal período para fins previdenciários.

12. Ante o exposto, nego provimento à apelação e a remessa oficial.

É o voto.

Terceira Turma

Habeas Corpus 0011272-74.2010.4.01.0000/AM

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães
Impetrante: Defensoria Pública da União
Defensora: Defensoria Pública da União
Impetrado: Juízo Federal da 2ª Vara/AM
Paciente: Rubens Paiva Vieira (réu preso)
Publicação: e-DJF1 de 15/10/2010, p. 242

Ementa

Penale Processual Penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Sentença condenatória proferida. Crime punido com detenção. Inocorrência das hipóteses previstas, no art. 313, II e III, do CPP, para a decretação da prisão preventiva, por crime punido com detenção. Regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Manutenção da custódia cautelar incompatível com os termos da condenação. Precedentes do STJ e do TRF 1ª Região. Paciente que permaneceu solto, durante a tramitação do processo. Direito de apelar em liberdade. Impropriedade da custódia cautelar. Constrangimento ilegal configurado. Precedentes. Ordem concedida.

I. A prisão preventiva deve ser mantida quando absolutamente imprescindível, dada sua natureza excepcional, e sujeita-se à cláusula da imprevisão, devendo ser revogada, quando não mais presentes os motivos ensejadores da custódia cautelar, bem como renovada, quando sobrevierem razões justificadoras da medida extrema.

II. Inocorrência, na espécie, das hipóteses que autorizam a decretação da prisão preventiva, nos crimes dolosos punidos com detenção, tal como previsto no art. 313, II e III, do CPP.

III. A jurisprudência pátria pacificou-se no sentido de que o paciente que permanece solto, durante a tramitação do processo, tem o direito de apelar em liberdade, e, ainda que sobrevenha sentença condenatória, sua segregação somente se justifica na hipótese de ocorrência de fato novo, que aponte para a necessidade da constrição do condenado.

IV. “Fixado o regime semiaberto para o inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade, a negativa do apelo em liberdade se constitui em constrangimento ilegal, porquanto não pode o acusado aguardar o julgamento de seu recurso em regime mais gravoso do que aquele fixado na sentença condenatória.” (HC 91.654/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma do STJ, unânime, DJU de 07/02/2008, p. 389).

V. Hipótese em que a sentença condenatória fixou o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, negando, ao paciente, o direito de apelar em liberdade e decretando-lhe a prisão preventiva,

para garantia da ordem pública, pelo que a manutenção da prisão cautelar superaria, consideravelmente, o resultado final do processo, ou seja, a pena cominada, comprometendo a função acautelatória da prisão provisória.

VI. Ordem concedida, para, confirmando a liminar deferida, revogar a prisão preventiva do paciente e assegurar-lhe o direito de apelar da sentença condenatória em liberdade.

Acórdão

Decide a Turma conceder a ordem de *habeas corpus*, confirmando a liminar anteriormente deferida, à unanimidade.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 05/10/2010.

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães — Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de Rubens Paiva Vieira, condenado, em concurso material, à pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de detenção, em regime inicial semiaberto, como incurso nas penas dos delitos dos arts. 20, parágrafo único, da Lei 4.947/1968 e 38 da Lei 9.605/1998 (fls. 21), insurgindo-se contra a parte da sentença, proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amazonas, que lhe negou o direito de apelar em liberdade, decretando-lhe a prisão preventiva, para garantia da ordem pública (fls. 12/26).

Sustenta a impetrante, em síntese, que a ausência de qualquer fato novo, demonstrando a superveniência das hipóteses da prisão preventiva, impede que o paciente – que respondeu ao processo em liberdade –, tenha tolhido seu direito de aguardar, solto, o julgamento do recurso de apelação.

Alega que “o douto magistrado fundamentou a negativa de o réu recorrer em liberdade, em razão de ser o acusado violento e de ameaçar seus antagonistas com uso, inclusive, de arma de fogo, consistindo-se, assim, risco à ordem pública e aos confinantes do imóvel que ele invadiu” (fls. 4), com base em depoimentos colhidos, em setembro de 2007, das testemunhas João Pereira de Souza e José Enos Rocha Freire, este, inclusive, já falecido.

Argumenta, ainda, que, caso o paciente fosse realmente violento e tivesse a intenção de agredir as citadas pessoas, já o teria feito, pois teve quase dois anos para tanto.

Aduz, por fim, ofensa ao princípio da proporcionalidade, ao argumento de que é incoerente a fixação de regime semiaberto para cumprimento de pena e a negativa do direito de recorrer em liberdade,

nos termos da orientação jurisprudencial do STJ, que invoca.

Requer o deferimento de liminar, para determinar a imediata soltura do paciente, e, no mérito, a concessão da ordem, para revogar sua prisão preventiva, a fim de que recorra da sentença em liberdade (fls. 2/11).

O pedido formulado em sede de liminar foi parcialmente deferido, “para permitir, ao paciente – preso por força de prisão preventiva, decretada nos autos da Ação Penal 2006.32.00.004940-0 –, que aguarda, em liberdade, o julgamento do mérito do presente *writ*, determinando a expedição de alvará de soltura, em seu favor, se por outro motivo não estiver preso” (fls. 42/45).

As informações foram prestadas pela autoridade apontada como coatora (fls. 67/68).

A PRR 1ª Região opinou pela concessão da ordem (fls. 110/111).

A fls. 125/127, o procurador da República, em atuação no Amazonas, apresentou petição, informando sobre a intempestividade do recurso de apelação, interposto pela Defensoria Pública da União, em favor do paciente.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães: — Como se viu do relatório, trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de Rubens Paiva Vieira, condenado, em concurso material, à pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de detenção, em regime inicial semiaberto, como incurso nas penas dos delitos dos arts. 20 da Lei

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto e o Exmo. Sr. Juiz Federal Guilherme Doehler (convocado).

4.947/1968 e 38 da Lei 9.605/1998 (fls. 21), insurgindo-se contra a parte da sentença, proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amazonas, que lhe negou o direito de apelar em liberdade, decretando-lhe a prisão preventiva, para garantia da ordem pública (fls. 12/26).

Nas informações, a autoridade apontada como coatora apresentou a seguinte síntese dos fatos:

No bojo da Ação Penal 2006.32.00.004940-0, o paciente foi condenado pela prática dos delitos tipificados no art. 20 da Lei 4.974/1966 e art. 38 da Lei 9.605/1998, conforme documentação anexa.

Foi determinado que o Inkra cumprisse imediatamente a retirada do réu da área invadida. Entretanto, tendo em vista a existência de menores no local, foi solicitado pela DPU o prazo de 30 dias para a efetivação de saída amigável, o que foi deferido por este Juízo.

A ação penal transitou em julgado para o MPF no dia 23/02/2010, tendo o réu interposto recurso de apelação em 03/03/2010. (fls. 49/50)

Consta dos autos que, em 25/01/2010, foi proferida sentença (fls. 80/94), que condenou o paciente à pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de detenção, em regime inicial semiaberto, pela prática dos delitos previstos nos arts. 20, parágrafo único, da Lei 4.947/1966 (invasão de terra pública destinada à reforma agrária) e 38 da Lei 9.605/1998 (destruição de floresta em área de preservação permanente), em concurso material, sendo-lhe decretada a sua prisão preventiva, pelos seguintes fundamentos, *in verbis*:

O Ministério Público Federal, em suas alegações, requer a condenação do réu às penas do art. 20 da Lei 4.947/1968 e arts. 38 e 50 da Lei 9.605/1998, requerendo, ainda, a decretação da prisão preventiva do ora condenado, com esteio nos arts. 302, I, c/c 303, 312 e 387, parágrafo único, todos do CPP.

Quanto a tal formulação, apresentada pelo digno representante da sociedade neste processo, é sempre relevante salientar que se não deve olvidar sobre o que dispõe a norma áptica acerca do instituto da liberdade. Veja-se:

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória

Como decorrência lógica do princípio constitucional da presunção da inocência, ninguém deve ser recolhido à prisão ou nela mantido, enquanto não sobrevier sentença condenatória transitada em julgado.

Vê-se, pelo texto da Carta Matriz, que o *status libertatis* do indivíduo deve ser resguardado

eficazmente, sendo a segregação do seu meio social medida extrema, considerada como regra excepcional, somente cabível quando outra alternativa não se restar e quando se encontrarem presentes os requisitos expressos autorizadores da custódia acautelatória.

Sobre as hipóteses de admissão da prisão preventiva, assim dispõe o Código de Processo Penal:

“A prisão preventiva será decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício de autoria”.

Da leitura do dispositivo supra, vislumbra-se uma tríplice finalidade na decretação da prisão preventiva:

É providência de segurança, é garantia da execução da pena e asseguradora da boa prova processual.

No caso em tela, observo que os pressupostos que exigem a prisão processual decorrente da sentença condenatória se encontram presentes, na medida em que comprovada a autoria e a materialidade do delito de invasão de terras públicas pelo condenado Rubens de Paiva Vieira, crime permanente e que poderia dar azo, inclusive, à prisão em flagrante do ora condenado.

Considero que a liberdade do condenado Rubens de Paiva Vieira coloca em risco a ordem pública, coloca em risco a segurança e a integridade dos vizinhos que por ele foram ameaçados, por reclamarem que seus imóveis estavam sendo invadidos para retirada de madeira, coloca em risco os executores das medidas cautelares acima fixadas, coloca em risco a nova família de assentados que deverá receber o imóvel do Poder Público para que se dê, enfim, a correta destinação do bem.

Nesse ensejo, é importante relembrar o que disse a testemunha João Pereira de Souza, que esclareceu que o condenado, não satisfeito em invadir e degradar área pública, passou a invadir áreas de assentados que residem próximo ao imóvel do Inkra, já invadido pelo condenado, furtando a madeira de suas terras, destruindo florestas, inundando terras com as águas represadas na barragem construída ilegalmente. Veja-se:

“(....) Que confirma o teor do depoimento prestado perante a autoridade policial, às fls. 99, que o réu invadiu terrenos dos vizinhos da testemunha; que a invasão ocorreu antes e depois de haverem recebido o título de propriedade fornecido pelo Inkra; que o réu realizou arrastão a fim de retirar madeira; (....) que tem informação de que o réu construiu uma barragem dentro de um terreno que invadiu; (....) que a barragem foi construída na nascente do igarapé; (....) que tomou ciência de que o réu estaria demarcando áreas no terreno de Ribamar, para iniciar o desmate de madeira; que Ribamar não

concordava com o ingresso do réu no seu terreno, nem com o desmate (...)"

No mesmo sentido foi a manifestação de José Enos da Rocha Freire, o qual compareceu aos autos para informar que o condenado invadiu o terreno (fls. 278/280) e se valeu, inclusive, de arma de fogo para concretizar suas ameaças, conforme registro lançado às fls. 287.

A liberdade do condenado que, segundo se evidencia nos autos, é pessoa violenta e que ameaça seus antagonistas com o uso, inclusive, em armas de fogo, constitui-se um risco à ordem pública, um risco aos confinantes do imóvel que ele invadiu, não podendo o Poder Judiciário permanecer omissivo, enquanto há pessoas correndo concretos riscos a sua integridade, diante dos crimes e das ameaças do condenado, nem tampouco ignorar que o condenado remanesce no local, perpetuando no tempo o crime de invasão de terras públicas (...)

Entendo que o ilustre procurador da República, sempre atento à correta aplicação da lei, está certo ao pugnar pela decretação da prisão do condenado, eis que apesar de ser esta medida excepcional máxime no caso de crimes apenados com a prisão detentiva, é medida que se exige, pelo menos por ora, de modo se resguarda a paz pública e se garantir a integridade física dos confinantes do imóvel invadido, alguns dos quais, comparecem ao Juízo para noticiar os abusos e ilegalidades praticadas pelo condenado.

Assim, mesmo sendo cautelar medida que sempre se busca evitar, reputo-a necessária para garantir a eficácia da sentença prolatada, máxime a retirada do condenado da área devidamente ocupada.

Assim, com fundamento nos argumentos acima expendidos, nego ao condenado o direito de recorrer em liberdade, decretando sua prisão em face da sentença condenatória e por considerar presentes os requisitos legais ensejadores da prisão cautelar. (fls. 23/26).

Nos termos do art. 313, incisos II e III, do Código de Processo Penal, é possível a decretação da prisão preventiva, para crimes punidos com detenção, "quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la", ou, ainda, "se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado", ressalvado o disposto no art. 64, inciso I, do Código Penal.

Sobre o tema, leciona Eugênio Pacelli de Oliveira, a saber:

Para os crimes punidos com pena de detenção, a prisão somente será possível, presentes também as situações do art. 312, se houver dúvida quanto à identidade do acusado (ou indiciado), pela ausência de elementos idôneos para o respectivo

esclarecimento (art. 313, II). Prevê a lei (art. 313, II) que seria também possível a decretação da prisão preventiva nos crimes punidos com detenção quando se tratar de réu vadio. A expressão, na atualidade dos dias que correm, é inteiramente vazia de conteúdo.

Ora, se a lei parte do pressuposto de que aquele que não trabalha (o tal vadio) deve dedicar-se à prática de atividade criminosa, uma prisão sob tal fundamentação não guardará qualquer instrumentalidade em relação ao processo no qual seja decretada. E mais: partirá de juízo de pura abstração, com consequências típicas de antecipação de culpabilidade. Não vemos, pois, como se possa dimensionar o sentido do termo vadio.

E a última exceção para os crimes punidos com detenção é quando se tratar de réu (ou indiciado) já condenado por outro crime doloso, por sentença penal devidamente passada em julgado. Mesmo nesse caso, se a condenação for anterior aos últimos cinco anos (art. 64, I, CP, que afasta os efeitos da reincidência), não será possível a decretação da prisão preventiva. (*Curso de Processo Penal*. 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 438).

A sentença impôs, ao paciente, a pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de *detenção*, em concurso material (fls. 21).

No caso em comento, a prisão preventiva do paciente foi decretada para a garantia da ordem pública, quando da prolação da sentença condenatória, em decorrência de situação pretérita, citada em depoimentos de testemunhas ouvidas em 2007 (fls. 27/33), o que sequer ensejou sua custódia cautelar, no decorrer do processo, não havendo, ademais, na sentença condenatória, qualquer menção às hipóteses do art. 313, incisos II e III, do CPP, que autorizam a prisão preventiva, em caso de delitos punidos com detenção.

De fato, inexistente dúvida quanto à identidade do paciente, que forneceu todos os elementos para sua identificação e qualificação, inocorrendo, pois, a hipótese prevista no art. 313, II, do CPP, autorizadora da prisão preventiva por crime de detenção.

Por outro lado, conforme registrado na sentença condenatória, o réu é "primário e sem antecedentes criminais" (fls. 59), portanto sem condenação anterior por crime doloso, com sentença transitada em julgado, na forma do art. 313, III, do CPP, para autorizar a prisão preventiva em caso de crime punido com detenção.

O paciente foi condenado pelos crimes previstos nos arts. 20, parágrafo único, da Lei 4.947/1968 e 38 da Lei 9.605/1998, ambos punidos com pena de *detenção*, não se fazendo presentes, na espécie, a meu ver, as hipóteses do art. 313, II e III, do CPP, que autorizam,

nas circunstâncias do art. 312 do CPP, a decretação de prisão preventiva em crimes punidos com detenção. Veja-se que o art. 313 do CPP dispõe que “em qualquer das circunstâncias presentes no artigo anterior (art. 312 do CPP, que regula as circunstâncias da prisão preventiva), será admitida a decretação da prisão preventiva, nos crimes (...) II – punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; III – se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal.”

A prisão preventiva deve ser mantida quando absolutamente imprescindível, dada sua natureza excepcional, e sujeita-se à cláusula da imprevisão, devendo ser revogada, quando não mais presentes os motivos ensejadores da custódia cautelar, bem como renovada, quando sobrevierem razões justificadoras da medida extrema.

Na hipótese, ademais, verifica-se que foi fixado, na sentença condenatória, em relação ao ora paciente, o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade (fls. 60). Em tal situação, a manutenção da prisão cautelar superaria, consideravelmente, o resultado final do processo, ou seja, a pena cominada, comprometendo a função acautelatória da prisão provisória.

De fato, a prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, é medida cautelar, ou seja, visa resguardar o resultado final do processo, que é a sua razão de ser. Assim, parece-me, *data venia*, incoerente negar, ao paciente, o direito de apelar em liberdade, quando sua pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de detenção deve ser cumprida, inicialmente, no regime semiaberto, conforme consignado na sentença condenatória (fls. 60).

Sobre a questão, é entendimento do Superior Tribunal de Justiça que,

estipulado o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena, mostra-se incompatível com a condenação a manutenção da custódia cautelar – antes em razão da prisão em flagrante e conservada na sentença condenatória para negar aos pacientes o apelo em liberdade –, ainda que a acusação tenha recorrido. (HC 82.745/GO, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, unânime, DJU de 05/11/2007, p. 324.)

Nesse sentido, confirmam-se outros precedentes daquele egrégio Tribunal Superior:

Habeas corpus. Processual penal. Receptação qualificada. Preventiva. Fundamentação com base na gravidade genérica do delito e em meras conjecturas. Sentença. Réu que permaneceu preso durante a instrução criminal. Negativa do direito de apelar em liberdade com base nos mesmos fundamentos da prisão preventiva, os quais se mostraram inidôneos. Condenação em regime semiaberto. Constrangimento ilegal. Ordem concedida.

I. O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento no sentido de que não tem direito de apelar em liberdade o réu que permaneceu preso durante a instrução criminal, salvo quando o ato que originou a custódia cautelar é ilegal por não possuir fundamentação idônea, o que ocorreu no caso.

II. O magistrado não teceu argumentação idônea à manutenção do cárcere do ora paciente, que se baseou, tão somente, na gravidade em abstrato do delito, o que, por si só, não tem o condão de justificar a prisão cautelar.

III. Fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a negativa do apelo em liberdade se constitui em constrangimento ilegal, porquanto não pode o acusado aguardar o julgamento de seu recurso em regime mais gravoso do que aquele fixado na sentença condenatória. Precedentes desta Quinta Turma.

IV. Ordem concedida para assegurar ao paciente o direito de apelar em liberdade, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de nova decretação se fatos posteriores justificarem a medida constritiva. (HC 91.654/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma do STJ, unânime, DJU de 07/02/2008, p. 389.)

Extorsão qualificada (prisão em flagrante). Liberdade provisória (indeferimento). Gravidade do fato (motivação). Fundamentação (falta). Sentença penal condenatória (prolação). Regime semiaberto (aplicação). Apelação em liberdade (possibilidade).

I. Toda medida cautelar que afete pessoa haverá de conter os seus motivos, por exemplo, a prisão preventiva haverá de ser sempre fundamentada, quando decretada e quando denegada (Código de Processo Penal, art. 315).

II. Sendo lícito ao juiz, no caso de prisão em flagrante, conceder ao réu liberdade provisória (Código de Processo Penal, art. 310, parágrafo único), o seu ato, seja qual for, não prescindirá de fundamentação.

III. No caso, a decisão que indeferiu a liberdade provisória fundou-se na gravidade do crime, nas circunstâncias do delito e na realidade da comarca. Tratando-se de ato (negativo) sem suficiente fundamentação, é de se reconhecer, daí, que o paciente sofre a coação ensejadora do *habeas corpus*.

IV. São incompatíveis na sentença condenatória o estabelecimento do regime inicial

semiaberto e a negativa ao réu de apelar em liberdade.

V. Faltando à sentença convincente motivação quanto à necessidade da prisão, o melhor dos entendimentos é o de que o réu pode apelar em liberdade.

VI. Ordem concedida a fim de se permitir ao paciente aguardar em liberdade o julgamento da apelação. (HC 98.662/SC, rel. Min. Nilson Naves, 6ª Turma do STJ, unânime, DJe de 04/08/2008.)

Nessa linha, veja-se o seguinte julgado do TRF 1ª Região:

Penal. Processo Penal. Furto qualificado. Princípio da insignificância. Tentativa. Furto privilegiado. Reincidência. Comprovação. Regime de cumprimento, dosimetria e substituição de pena. Liberdade para apelar.

I. A intensa reprovabilidade da conduta dos acusados, os quais, mediante concurso de duas pessoas, planejaram assalto à agência dos Correios (ECT), inclusive comprando ferramentas para o arrombamento do local e usando de grande violência para romper todos os obstáculos de modo a alcançar o objetivo de subtrair a coisa, impede a aplicação do princípio da insignificância, mesmo sendo baixo o valor objeto da tentativa de furto.

II. Caracterizado que os acusados praticaram não apenas atos preparatórios, mas, também, todos os atos executórios, e que o furto somente não se consumou porque a polícia os impediu, correta a diminuição de pena, pela tentativa, no valor mínimo previsto no art. 14, II, do Código Penal.

III. Descabe o reconhecimento do furto privilegiado, previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal, quando já fora reconhecido que os acusados praticaram o furto qualificado, previsto nos incisos I e IV do § 4º do art. 155 do mesmo Código. O desvalor do resultado (furto privilegiado) não pode preponderar sobre o desvalor da conduta (furto qualificado). Precedente deste TRF: ACR 2004.34.00.003527-5/DF, 19/10/2007 DJ p. 27.

IV. Documentos colhidos diretamente no endereço eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, os quais não deixam nenhuma dúvida de que um dos acusados foi condenado pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, estando a sentença, transitado em julgado, aguardando cumprimento, servem para provar a reincidência, mormente quando o próprio acusado afirmou, em seu interrogatório judicial, que já fora preso e condenado por aquele crime.

V. Correta a sentença ao fixar os regimes semiaberto e fechado para o cumprimento das penas inferiores a quatro anos. O regime mais gravoso se justifica quando as circunstâncias judiciais forem amplamente desfavoráveis aos acusados, que, inclusive, são indiciados em inquéritos policiais e partes em ações penais pela prática de diversos

crimes. Iguais motivos impedem a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e, ainda, justificam a fixação de pena-base e de multa acima do mínimo legal.

VI. Encontrando-se o réu preso em virtude de flagrante, durante toda a instrução criminal, não tem direito de apelar em liberdade de sentença que o condenou a pena de reclusão. Defere-se tal direito, contudo, ao acusado para o qual ficou estabelecido regime semiaberto, porquanto a negativa do direito de apelar em liberdade lhe impõe sanção mais gravosa do que a estabelecida na sentença, já que o regime semiaberto irá permitir-lhe alguma liberdade, enquanto que sua custódia provisória lhe retira totalmente a liberdade. (ACR 2007.43.00.002043-6/TO, rel. Des. Federal Tourinho Neto, 3ª Turma do TRF1ª Região, unânime, e-DJF1 de 06/03/2009, p. 60.)

Sobre a proporcionalidade da prisão cautelar, em relação ao provimento final do processo, leciona Eugênio Pacelli de Oliveira que

a prisão cautelar é utilizada, e somente aí se legitima, como instrumento de eficácia da persecução penal, diante de situações de risco real devidamente previstas em lei. Se a sua aplicação pudesse trazer consequências mais graves que o provimento final buscado na ação penal, ela perderia a sua justificação, passando a desempenhar função exclusivamente punitiva. A proporcionalidade é, portanto, a medida de sua legitimação, sua *ratio essendi* (*Curso de Processo Penal*, 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 416).

Com efeito, em caso semelhante, o egrégio Superior Tribunal de Justiça decidiu que

a manutenção da prisão preventiva, quando proferida a sentença condenatória, negando ao réu o direito de recorrer em liberdade, constitui constrangimento ilegal, porque agrava indevidamente a sua situação no caso de optar pela interposição do recurso de apelação, além de revelar, inclusive, um contrassenso, dada a natureza da pena aplicada, sua quantidade e o tempo de duração do encarceramento absoluto do paciente durante a instrução processual. Portanto, fixado na sentença condenatória o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena aplicada, é direito do réu aguardar o julgamento de eventual recurso de apelação em liberdade, se por outro motivo não estiver preso (HC 42.402/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, unânime, DJU de 26/09/2005, p. 422).

Assim, estipulado o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a negativa, ao paciente, do direito de apelar em liberdade, supera, consideravelmente – como se destacou –, o resultado final do processo, ou seja, a pena

cominada, comprometendo a função acautelatória da prisão provisória.

Com razão, assevera a PRR 1ª Região:

Carece de fundamentação idônea o ato impugnado. Verifica-se dos autos que o paciente permaneceu em liberdade durante a instrução criminal, o que denota a ausência de quaisquer das hipóteses do art. 312 do CPP, a ensejar a sua prisão cautelar. Também inócorre a hipótese do art. 313, II e III, do CPP. Ademais, como deverá cumprir pena detentiva em regime semiaberto, o seu encarceramento se mostra desproporcional porque é mais severo do que o regime imposto na sentença.

Não tendo a natureza de antecipação da pena, a prisão decorrente de sentença condenatória tem natureza cautelar, provisória e de caráter excepcional. Como medida excepcional, só o juízo de necessidade, convincentemente fundamentado, poderá validá-la.

No caso dos autos, como já assinalado, a constrição imposta ao paciente carece de

fundamentação idônea, como exaustivamente demonstrado na decisão concessiva da liminar (fls. 110/111).

In casu, o paciente permaneceu solto durante a tramitação do processo, tendo, portanto, o direito de apelar em liberdade. Assim, com a superveniência de sentença condenatória, sua segregação somente se justificaria na hipótese de ocorrência de fato novo, que aponte para a necessidade da constrição do condenado.

Por fim, a tempestividade do recurso interposto pela defesa, conforme argumenta o Ministério Público Federal, em atuação no Estado do Amazonas, é questão a ser apreciada quando do julgamento da apelação, concluída ao meu gabinete, em 28/07/2010.

Pelo exposto, concedo a ordem impetrada, para, confirmando a liminar deferida, revogar a prisão preventiva do paciente e assegurar-lhe o direito de apelar da sentença condenatória em liberdade.

É como voto.

Quarta Turma

Numeração única: 0018120-29.2005.4.01.3500

Apelação Criminal 2005.35.00.018264-2/GO

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro
Apelante: Justiça Pública
Procuradora: Dra. Viviane Vieira de Araújo
Apelado: Carlos Fossati
Advogado: Dr. Marcos Fernandes de Faria
Publicação: e-DJF1 de 04/10/2010, p. 166

Ementa

Penal. Apelação criminal. Tráfico internacional de pessoas. Art. 231, Código Penal. Autoria. Demonstração insuficiente. Princípio in dubio pro reo.

I. Não há nos autos fundamentos sólidos que demonstrem a autoria do crime, sendo a prova produzida insuficiente para dar suporte à condenação.

II. No Processo Penal vige a regra do juízo de certeza, ou seja, as provas devem ser produzidas de maneira clara e convincente, não deixando margem para meras suposições ou indícios. Para que se chegue ao decreto condenatório, é necessário que se tenha a certeza da responsabilidade penal do agente. *In dubio pro reo*.

III. Recurso de apelação improvido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 20/09/2010.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — O Ministério Público Federal ofereceu denúncia (fls. 2/4) contra Neusa Gonçalves de Souza e Carlos Fossati, a primeira por ter praticado quatro vezes o delito previsto no art. 231, §§ 2º e 3º, na forma do art. 29, ambos do Código Penal, e o segundo denunciado pela prática do crime previsto no art. 231, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

A peça acusatória narra que:

Os denunciados, em conluio de vontades, promoveram, em setembro de 1998, com o intuito de lucro e mediante fraude, a saída do País de Viviane Simone da Silva, para que esta exercesse a prostituição na Itália.

A denunciada promoveu também, em fevereiro de 2001, com a finalidade de lucro e mediante o emprego de fraude, a saída do País de Patrícia Antônia de Moraes e Núbia Cristina Rodrigues, para que exercessem a prostituição na Itália.

Conforme restou apurado, em meados de setembro de 1998, a denunciada se ofereceu para o denunciado, seu marido à época dos fatos, custear as despesas necessárias para Viviane Simone da Silva ir a Itália, alegando que esta iria trabalhar lá como empregada doméstica e com o salário pagaria ao denunciado os valores em dobro, como recompensa pelo adiantamento. Contudo, ao chegar na Itália, Viviane foi obrigada a se prostituir para poder pagar o montante devido.

Como forma de pressionar a vítima a saldar a sua dívida, o denunciado ligava para mãe dela, no Brasil, ameaçando entregá-la à polícia italiana para ser deportada.

Já de volta ao Brasil, em setembro de 1999, Viviane foi novamente instada pela denunciada a ir para Itália nas mesmas condições descritas acima, tendo sido ameaçada por Neusa de ser entregue à polícia para ser deportada, caso não pagasse a dívida com a denunciada.

Em março de 2001, a denunciada se ofereceu para pagar as despesas da viagem de Patrícia Antônia de Moraes para a Itália, aduzindo que esta trabalharia no restaurante do sogro da denunciada no citado país e com isso pagaria as despesas adiantadas. Entretanto, ao chegar na Itália, precisamente em Lido de Sávio, a vítima foi obrigada pela denunciada a se prostituir, inclusive com o uso de força, e a entregar a esta todo o dinheiro obtido com o trabalho, além de R\$ 200,00 (duzentos reais), diariamente, a título de hospedagem.

Em fevereiro de 2001, a denunciada fez a Núbia Cristina Rodrigues da Silva a mesma oferta a Patrícia, tendo inclusive alegado que aquela também trabalharia de garçonne num restaurante na Itália. A vítima viajou em 23/02/2001, juntamente com a denunciada e com Patrícia. Ao chegar lá, a

vítima teve que se prostituir e pagar a denunciada, a título de hospedagem, R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia. Em razão de não ter condições de efetuar tal pagamento, a vítima foi morar com Patrícia.

Assim agindo, incorreu a denunciada Neusa Gonçalves de Souza nas penas do art. 231, § 2º e 3º, quatro vezes, sendo uma na forma do art. 29, todos do Código Penal; e o denunciado Carlos Fossati nas penas do art. 231, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Requer, pois, o Ministério Público Federal a instauração da ação penal com o recebimento desta denúncia, citando-se os denunciados para todos os termos do processo até final de julgamento e condenação. (grifos originais)

O processo foi desmembrado em relação à ré Neusa Gonçalves de Souza, tendo em vista o seu não comparecimento ao interrogatório (fls. 156) para o qual foi validamente citada por edital (fls. 153).

Sentenciando o feito, o MM. juiz *a quo* julgou improcedente a denúncia, para absolver Carlos Fossati ao entendimento de não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal, conforme preceitua o art. 386, inciso V, do Código de Processo Penal.

Inconformado, o Ministério Público Federal interpõe recurso de apelação (fls. 321/324), sustentando que as provas dos autos são suficientes para condenar Carlos Fossati nas penas do art. 231, § 2º, do Código Penal.

Com contrarrazões (fls. 332/334), subiram os autos a esta Corte, onde recebeu parecer do membro do *Parquet* Federal (fls. 340/343) pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — 1. Adoto o relatório de fls. 345/346.

2. Recorre o Ministério Público Federal da sentença que absolveu o acusado Carlos Fossati, com fundamento no art. 386, inciso V, do Código de Processo Penal.

Vejamos.

Assim está fundamentada a r. sentença apelada, **destaco:**

Como cediço, para a imposição de decreto condenatório, mister a existência de prova acima de dúvida razoável da materialidade e da autoria do fato imputado.

*Participaram do julgamento os Exmos. Sr. Juizes Federais Marcus Vinícius Bastos e Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocados).

In casu, a análise atenta dos autos, ao fim da instrução criminal, demonstra que o Ministério Público Federal não logrou produzir prova acima de dúvida razoável da responsabilidade penal do denunciado Carlos Fossati.

Interrogado em juízo, o acusado negou peremptoriamente a responsabilidade pelo envio ao exterior, para fins de prostituição, da pessoa de Viviane Simone da Silva. Confira-se, a propósito, o teor de suas declarações:

“(....) que o interrogando conheceu a acusada Neusa na Itália; que Neusa exercia a prostituição na Itália; que se casou com Neusa na Itália; que vieram para o Brasil; que no Brasil conheceu Viviane; que Viviane exercia a prostituição aqui no Brasil, mais precisamente no Parque Oeste em Goiânia; que Viviane trabalhou por um tempo como empregada doméstica na casa do interrogando; que Viviane e sua ex-esposa Neusa decidiram ir (sic) para a Itália para se prostituírem; que Viviane não foi enganada para Itália; que tinha conhecimento que ia para aquele país se prostituir; que não auxiliou na ida de Neusa e Viviane para a Itália; que não emprestou dinheiro para que as mesmas fossem para a Itália (....)”

A negativa de autoria do (sic) parte do denunciado Carlos Fossati deve ser tida por expressão fidedigna da verdade real, em face dos seguintes fundamentos.

Não foi carreada aos autos qualquer espécie de prova documental (tal como passagem aérea, cópia de depósito bancário, cópia de extrato telefônico etc.) ligando o acusado Carlos Fossati ao fato que lhe é imputado na denúncia.

A mãe da vítima Viviane Simone da Silva, Sra. Camila da Silva, prestou em Juízo declarações ambíguas, que por isso mesmo, não se prestam a fundamentar decreto condenatório. Veja-se o teor de seu depoimento:

“(....) declarou que é mãe de Viviane Simone da Silva, que na época dos fatos tinha cerca de 23 anos de idade; que é verdade que Neusa Gonçalves promoveu a saída do país de sua filha para exercer a prostituição na Itália; que Neusa era mulher do réu Carlos Fossati; que a declarante não sabe se Carlos Fossati concorreu para a prática do crime; que só ficou sabendo dos fatos muito tempo depois da viagem, através de sua filha; que quando conversou com sua filha pela primeira vez sobre o assunto, ela lhe disse que foi Neusa quem lhe havia emprestado o dinheiro para arcar com as despesas de viagem; que posteriormente, Viviane lhe disse que, na verdade, foi o réu Carlos Fossati, esposo de Neusa, quem lhe havia emprestado o dinheiro para a viagem e que estava cobrando o dobro ou o triplo do valor do empréstimo; que acredita que o réu Carlos sabia que Viviane iria exercer a prostituição no exterior; que Viviane viajou na companhia de Neusa; que Neusa ainda permaneceu na Itália até hoje; que nunca ouviu falar dos nomes de Patrícia Antonia e Núbia Cristina, citadas na denúncia; que

não sabe se sua filha viajou sob a promessa de que iria trabalhar em outra profissão; que não se lembra se recebeu ameaça ou pressão do réu ou de Neusa para pagar a dívida ou se viviane sofreu ameaça ou pressão semelhante. (....) que Neusa tentou tomar o passaporte de Viviane para que ela tivesse problemas com a imigração; que, lido o depoimento de fls. 27, do início até a frase “estada irregular naquele país”, a declarante confirma integralmente seu teor; que não se lembrava de ter sofrido ameaça de Carlos por não estar bem de memória ultimamente; que na época Viviane não tinha condições de pagar as despesas da viagem. (....) que na época Viviane morou com Neusa na Itália; que naquela época Carlos não viajou para a Itália (....)”. (Camila da Silva – fls. 225).

Conforme se observa, o depoimento é permeado de ambiguidades.

Num primeiro momento a testemunha afirma nada saber da participação do denunciado Carlos Fossati nos fatos, atribuindo toda a responsabilidade da conduta à corré Neusa Gonçalves de Souza.

Ao depois, afirma que sua filha “Viviane lhe disse que, na verdade, foi o réu Carlos Fossati, esposo de Neusa quem lhe havia emprestado o dinheiro para a viagem”.

A seguir, diz não se lembrar de ter sofrido “ameaça ou pressão do réu ou de Neusa para pagar a dívida ou se Viviane sofreu ameaça ou pressão semelhante”.

Após indagada pelo Ministério Público Federal, a testemunha confirmou o depoimento prestado perante a i. autoridade policial, inclusive no que concerne a haver recebido ameaça de Carlos Fossati na época, fato de que não se lembrava “por não estar bem de memória ultimamente”.

Ora, ameaça é algo muito sério e que, em geral, persiste na lembrança das vítimas por anos a fio.

Se a memória da testemunha Camila da Silva não foi capaz sequer de guardar com exatidão fato tão grave, certamente essa mesma memória não é fonte de prova confiável para fins de lastrear decreto condenatório.

Imperioso notar que a testemunha se mostrou titubeante em relação à principal circunstância da imputação contida na denúncia, ora dizendo não se recordar da participação de Carlos Fossati na conduta, ora afirmando que tal participação ocorreu, isso segundo o relato de sua filha Viviane.

Portanto, vale repetir: referido depoimento, por ser prova isolada nos autos e por conter ambiguidade sobre circunstâncias relevantes do fato, é inservível para fins de fundamentação de decreto condenatório.

Demais disso, a única outra testemunha indicada pela acusação não disse uma palavra sequer que incriminasse o denunciado Carlos Fossati. Confira-se:

“(....) *que* na época Neusa era casada com um Italiano de nome Andréa; *que* sua irmã Patrícia nunca mencionou qualquer envolvimento do acusado Carlos na sua viagem para a Itália, sendo que Núbria também nunca mencionou sobre a participação do acusado Carlos (....) no ano de 2001 sua irmã Patrícia conheceu a acusada Neusa em Goianira; *que* Neusa disse para Patrícia que morava na Itália e lá tinha um restaurante, sendo que propôs para Patrícia levá-la para Itália para trabalhar em seu restaurante; *que* Neusa disse para Patrícia que o trabalho dela no restaurante poderia pagar a passagem; *que* Neusa também fez a mesma proposta para Núbria; *que* Neusa pagou as passagens para Itália para Patrícia e Núbria; *que* ao chegarem na Itália Neusa alugou um apartamento e obrigou Patrícia e Núbria a se prostituírem (....) *que* sua irmã Patrícia nunca mencionou o nome do acusado Carlos (....)”. (Meimei Antônia de Moraes – fl. 292).

Nessas circunstâncias, imperioso concluir que não foi produzida prova acima de dúvida razoável da participação do denunciado Carlos Fossati nos fatos imputados na denúncia, razão pela qual a absolvição é medida de Justiça.

Pois bem, analisando as provas coligidas aos autos, verifico que não há fundamentos sólidos que demonstrem a autoria do crime.

Com efeito, a prova testemunhal, conquanto sugira que o réu promoveu e facilitou, por meio de empréstimo, a ida de Viviane Simone da Silva à Itália para prostituir-se, não pode ser tida como conclusiva, pois não ficou suficientemente demonstrado se o dinheiro utilizado para a realização da viagem de Viviane foi, de fato, emprestado pelo réu ou por Neusa Gonçalves de Souza.

As declarações prestadas não foram confirmadas ou desmentidas por qualquer outro meio de prova, não podendo assim se sobrepor às alegações do réu, uma vez que não há como se apurar qual das versões expressa a realidade dos fatos. Sendo, portanto, evidente que tais contradições não corroboram para o melhor entendimento da verdade dos fatos.

Nesse sentido, é o parecer ministerial da lavra do eminente Procurador Regional da República, Doutor José Alves Paulino, destaque:

Analisando os depoimentos em que o Ministério Público busca a condenação do réu, deve ser ressaltado que o depoimento da testemunha Maria Helena Gonçalves da Silva, não foi firmado em juízo, até porque esta testemunha não foi

arrolada na denúncia. E o da testemunha Camila, susomencionado, apresenta-se ambivalente.

A negativa da autoria por parte do denunciado Carlos Fossati deve ser tida por verdadeira. Em verdade, como consignou na sentença requerida não foi carreada aos autos qualquer espécie de prova documental (tal como passagem aérea, cópia de depósito bancário, cópia de extrato telefônico etc) ligando o acusado Carlos Fossati ao fato que lhe é imputado na denúncia.

Destarte, pelo conjunto probatório, verifica-se a ausência de elementos sólidos para firmar a condenação do apelado, razão pela qual deve ser mantida a sentença do juiz *a quo*. (cf. fls. 343)

Assim, uma vez que a condenação criminal, por sua gravidade, clama por prova robusta e extreme de dúvida, ônus do qual não se desincumbiu a acusação, não se pode, dessa forma, condenar o réu pela prática do crime do art. 231, § 2º, do CP.

É que, no Processo Penal, vige a regra do juízo de certeza, ou seja, as provas devem ser produzidas de maneira clara e convincente, não deixando margem para meras suposições ou indícios. Para que se chegue ao decreto condenatório, é necessário que se tenha a certeza da responsabilidade penal do agente, pois o bem que está em discussão é a liberdade do indivíduo.

Nesse sentido leciona Julio Fabbrini Mirabete, *in Código de Processo Penal interpretado*. 11ª ed. São Paulo: Atlas. 2006, p. 453:

(....)

No processo criminal, ao menos para a condenação, os juízos aceitos “serão sempre de certeza, jamais de probabilidade, sinônimo de insegurança, embora possa a probabilidade ser caminho, impulso na direção da certeza” (Vasconcelos, Ana Maria Campos Torres de. *Prova no Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 121/123; Camargo Aranha, Adalberto José Q.T de. *Da prova no Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987).

Destarte, inexistindo prova inequívoca de que o réu Carlos Fossati tenha praticado o crime que lhe foi imputado pela denúncia, é de ser mantida a r. sentença *a quo* que o absolveu, em observância ao disposto no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, sob pena de violação do princípio *in dubio pro reo*.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo.

É como voto.

Quinta Turma

Numeração única: 0000797-15.2004.4.01.3801

Apelação Cível 2004.38.01.00.0730-2/MG

Relator: Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (convocado)
Apelante: Amarildo Cardoso Luiz
Advogados: Dra. Maria Lúcia de Oliveira e Cruz de Carvalho e outros
Apelado: Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados: Dr. Arthur Soares Machado Neto e outros
Publicação: e-DJF1 de 08/10/2010, p. 160

Ementa

Civil e Processual Civil. Denúnciação da lide. Desnecessidade. Correntista da Caixa Econômica Federal. Cheque depositado no Banco do Brasil S/A. Falha na captura. Alteração do valor. Devolução. Indenização. Código de defesa do consumidor. Incidência. Responsabilidade objetiva. Procedência.

I. Busca o autor/apelante, correntista da Caixa Econômica Federal, indenização por danos morais provenientes de devolução indevida de cheque de sua titularidade, ocorrida em razão de falha na captura e transmissão ao Bacen pelo Banco do Brasil/SA, que alterou o valor original de R\$ 31,80 para R\$ 91,80, ocasionando, com isso, a devolução de outro cheque no valor de R\$ 88,13, bem como a cobrança de taxas.

II. Já decidiu esta Corte que “em ações fundadas na responsabilidade civil do ente público, na qual se visa obter dele indenização, não é obrigatória a denúncia da lide (CPC, art. 70, III) ao agente supostamente causador do dano, ainda que cabível, uma vez inexistente prejuízo ao denunciante, em virtude de que ele dispõe de ação de regresso contra o denunciado (CF, art. 37, § 6º). Precedente do STF (RE 95.091/RJ, Segunda Turma, rel. Min. Cordeiro Guerra, DJ de 18/03/1983, p. 2.977)” (AC 2007.01.00.007892-6/DF, rel. Des. Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma, DJ de 06/09/2007).

III. Consoante enunciado da Súmula 294/STJ, “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”, de maneira que os bancos respondem objetivamente pelos danos causados ao consumidor decorrentes de serviços defeituosos (Lei 8.078/1990, art. 14).

IV. Na espécie, restou comprovada a conduta lesiva, eis que foi a CEF quem devolveu cheque do autor por insuficiência de fundos, apesar de haver saldo na conta bastante para cobertura do valor original, de R\$ 31,80.

V. “A devolução indevida do cheque por culpa do banco prescinde da prova do prejuízo, ainda que não tenha havido registro do nome da correntista em órgão de proteção ao crédito” (STJ, REsp 767.945/ES, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, DJ 05/02/2007).

VI. Na estipulação do quanto indenizatório por danos morais deve-se levar em conta a finalidade sancionatória e educativa da condenação. Não pode, por isso, resultar o arbitramento em valor inexpressivo, nem exorbitante.

VII. Não tendo o autor demonstrado ter sofrido maiores transtornos em decorrência das devoluções indevidas de cheques, aliado ao fato de que a CEF contornou a situação, com a compensação dos cheques e devolução das taxas cobradas, em curto tempo (dez dias), é razoável a fixação da indenização por danos morais em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

VIII. Provimento à apelação, reformando-se a sentença, de modo a condenar a ré a pagar ao autor a importância de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), acrescida, desde a data do efetivo prejuízo, de correção monetária (STJ, Súmula 43) e de juros moratórios, desde o evento danoso (STJ, Súmula 54), à base de 0,5% ao mês até a entrada em vigor do Código Civil e a partir daí da taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (CC, art. 406) que, no caso, é a taxa Selic, sendo vedado o acúmulo da mesma com a correção monetária.

Acórdão

Decide Turma, por maioria, dar provimento à apelação, vencida em parte a Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida que dava provimento à apelação do autor em menor extensão.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 27/09/2010.

Juiz Federal *Evaldo de Oliveira Fernandes, filho*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Evaldo de Oliveira Fernandes, filho*: — Na sentença, de fls. 61/67, foi julgado improcedente pedido de indenização por danos morais formulado por Amarildo Cardoso Luiz, condenando-se o autor ao pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da causa, ficando, porém, suspensa a execução, em razão da assistência gratuita deferida às fls. 13 (Lei 1.060/1950, art. 12).

Considerou o ilustre juiz: a) “não há irregularidade na conduta da Caixa Econômica Federal na hipótese, já que ela apenas realizou o lançamento na conta do autor com base na informação recebida do Banco do Brasil através do sistema de compensação de cheques, conforme demonstrado no documento de fls. 28”; b) “segundo o art. 6º do regulamento anexo à Circular do Bacen 2.398/1993, o banco remetente é o responsável pela exata reprodução dos dados contidos nos documentos a serem compensados, bem como pelas conseqüências que possam advir de eventuais erros nessa reprodução”; c) “a CEF, na espécie dos autos, atuou como banco destinatário das informações prestadas pelo Banco do Brasil, que foi a instituição financeira onde o cheque emitido pelo autor foi apresentado e também foi ele – Banco do Brasil – quem transmitiu a informação incorreta do valor do título em questão, como consta no carimbo apostado sobre o título anexado às fls. 10 e no documento de fls. 28”; d) “não há nexos de causalidade entre a conduta da Caixa e o dano sofrido pela parte autora”; e) “tão logo descobriu o erro ocorrido na compensação do cheque emitido pela parte autora, tomou as providências cabíveis para a regularização da conta do autor, o que ocorreu em tempo razoável, ou seja, transcorridos 12 dias dos fatos narrados pelo autor”; f) o autor “não colacionou aos autos qualquer documento que comprovasse que foram efetuadas cobranças aviltantes, seja por parte da ré, seja de outros credores, no que se refere aos cheques mencionados nos autos”; g) “o reconhecimento da improcedência do pedido em relação à Caixa Econômica

Federal prejudica o julgamento da denunciação da lide feita ao Banco do Brasil”.

Apela o autor, às fls. 69/74, argumentando que: a) “no dia 28/12/2003 (...) fez um pagamento com o cheque 534, no valor de R\$ 31,80 (...), que foi depositado e compensado (fls. 10)”; b) “ao invés de debitar, na conta do apelante, o valor de R\$ 31,80 (...), estampado no cheque, às fls. 10, foi descontado, da sua conta-corrente, o valor de R\$ 91,80 (...), causando uma diferença de R\$ 60,00 (...), o suficiente para provocar todo o dano sofrido pelo apelante, já que a partir dessa diferença, os cheques que se seguiram voltaram por insuficiência de fundos, motivo 11, como se pode constatar no documento às fls. 11 e 12”; c) “devolvidos os cheques, no suposto da inexistência de fundos disponíveis em poder do banco sacado, quando o apelante os tinha em montante suficiente ao pagamento dos títulos, somente, por isso, sem mais, há dano moral ao emissor da ordem de pagamento”.

Em suas contrarrazões, fls. 77/86, a ré alega que: a) não detém legitimidade passiva *ad causam*; b) deve ser acolhida a denunciação da lide; b) “deveria o recorrente ter demonstrado não apenas o suposto dano sofrido, mas culpa da recorrida e o nexos causal entre esses dois elementos, sem o que não se pode cogitar da sua responsabilidade em indenizar”.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Evaldo de Oliveira Fernandes, filho*: —

Ilegitimidade passiva *ad causam*

Segundo a CEF, não possui legitimidade passiva para a causa.

Todavia, considerando que é a instituição financeira que devolveu o cheque do autor, possui,

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Selene Almeida e Fagundes de Deus.

sim, legitimidade passiva *ad causam* para a demanda em que o correntista busca reparação pelos danos decorrentes deste procedimento.

Afasto, por isso, a preliminar.

Denúnciação da lide

Inicialmente, observo que, não obstante o ilustre juiz tenha afirmado na sentença que afastara a denúnciação da lide, na verdade, a questão não foi apreciada. Nem sequer foi notificado o litisdenunciado para se manifestar nos autos.

De todo modo, não é caso de nulidade, eis que já decidi esta Corte que “em ações fundadas na responsabilidade civil do ente público, na qual se visa obter dele indenização, não é obrigatória a denúnciação da lide (CPC, art. 70, III) ao agente supostamente causador do dano, ainda que cabível, uma vez inexistente prejuízo ao denunciante, em virtude de que ele dispõe de ação de regresso contra o denunciado (CF, art. 37, § 6º). Precedente do STF (RE 95.091/RJ, Segunda Turma, rel. Min. Cordeiro Guerra, DJ de 18/03/1983, p. 2.977)” (AC 2007.01.00.007892-6/DF, rel. Des. Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma, DJ de 06/09/2007).

Ademais e tendo em conta a ausência de prejuízo ao exercício do direito de regresso, como visto, não se justifica anular todo o processado para retornar à origem a fim de se observar o procedimento traçado pelo CPC nos arts. 70 a 76.

Rejeito, também, esta preliminar.

Mérito

Consoante enunciado da Súmula 294/STJ, “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”, o qual dispõe, em seu art. 14, que “o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

Logo, as instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados ao consumidor decorrentes de serviços defeituosos, nos termos do citado art. 14 da Lei 8.078/1990.

Porque elucidativo, confira-se o seguinte precedente:

Civil. Relação de consumo. Falha na prestação de serviço. Banco. Súmula 297/STJ. Responsabilidade civil objetiva. Danos materiais. Ajuizamento de ação de cobrança. Dano moral não caracterizado.

I – Nos termos da Súmula 297 desta Corte Superior, “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras” e, de acordo com o art. 14 desse diploma, o fornecedor de serviços responde objetivamente pelos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços.

II – Verificada falha na prestação do serviço bancário (consistente na compensação de cheque de acordo com valor errado, grafado em algarismos em vez daquele grafado por extenso, o que levou à consequência do acionamento pela beneficiária) a instituição financeira responde independentemente de culpa pelos danos decorrentes, cumprindo ao consumidor provar, tão somente, o dano e o nexo de causalidade.

(...)

(STJ, REsp 1.077.077/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJ de 06/05/2009).

Consequentemente, cabe à vítima unicamente demonstrar a conduta lesiva da instituição financeira e o nexo causal com o prejuízo causado, que, *in casu*, é presumido.

No caso dos autos, restou demonstrado tal requisito, eis que foi a CEF quem devolveu o cheque por insuficiência de fundos, apesar de haver saldo na conta bastante para cobertura do valor correto (R\$ 31,80; fls. 10/11). A própria ré admite, às fls. 18/57, que “os fatos narrados realmente aconteceram”, mas “que uma vez constatado o erro, a ré imediatamente providenciou a reparação fazendo estorno do valor debitado – R\$ 91,80 – o que se deu no dia 12/01/2004, tendo efetuado, também, ao desconto do valor devido em 09/01/2004”.

Não bastasse isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte tem imputado às instituições financeiras a obrigação de indenizar em caso de devolução indevida de cheques, independentemente de inclusão em cadastros de inadimplência.

A propósito, cito os seguintes arestos:

Recurso especial. Devolução indevida de cheque. Responsabilidade do banco. Dano moral. Presunção. Valor da indenização. Recurso especial provido.

I. A devolução indevida do cheque por culpa do banco prescinde da prova do prejuízo, ainda que não tenha havido registro do nome da correntista em órgão de proteção ao crédito.

II. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de evidente exagero ou manifesta irrisão na fixação, pelas instâncias ordinárias, viola aos princípios da razoabilidade e da

proporcionalidade, sendo possível, assim, a revisão da aludida quantificação.

III. Recurso especial provido.

(STJ, REsp 767.945/ES, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, DJ 05/02/2007.)

Civil e Processual Civil. Extinção, por inépcia, da inicial. Abertura de prazo para emenda à inicial. Inocorrência. Sentença anulada, de ofício. Julgamento imediato. CPC, art. 515, § 3º. Ação de indenização por danos morais e materiais. Devolução indevida de cheque. Serviço defeituoso. Dever de indenizar. Responsabilidade objetiva da CEF. Quanto indenizatório. Razoabilidade e proporcionalidade.

(...)

V. No caso de devolução indevida de cheque, a ofensa de ordem imaterial é presumida, prescindindo de prova de repercussão financeira. Precedentes.

VI. A estipulação do quanto indenizatório deve levar em conta a finalidade sancionatória e educativa da condenação. Não pode, por isso, resultar o arbitramento em valor inexpressivo, nem exorbitante.

VII. Pedido julgado parcialmente procedente para condenar a ré ao pagamento de indenização, por danos morais, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

VIII. Em face da igualdade de sucumbências, cada parte arcará com os honorários do respectivo advogado.

(TRF 1ª Região, AC 2001.36.00.002089-1/MT, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, DJ de 11/12/2009.)

Sendo assim, definida a responsabilidade, o dano e o nexo de causalidade, ausente qualquer excludente, ressaltado, é inequívoco o dever de indenizar da ré.

Destaco, por oportuno, que, se a irregular devolução de cheques decorre de falha de serviço de outra instituição bancária (Banco do Brasil S/A), como afirma a CEF, cabe-lhe indenizar o correntista e ingressar com a respectiva ação de regresso. Afinal de contas, a relação estabelecida é entre si e o cliente, não entre este e outro banco.

No tocante ao quanto indenizatório de dano moral – que é aquele configurado pela dor, angústia e sofrimento relevantes, que causem grave humilhação e ofensa ao direito de personalidade –, deve-se levar em conta a finalidade educativa da sanção. Não pode, por isso, resultar o arbitramento em valor inexpressivo, nem exorbitante.

Nessa acepção:

Agravo regimental. Dano moral. Inscrição indevida no SPC. Cabimento. Fixação do valor indenizatório. Razoabilidade e proporcionalidade.

– A inscrição indevida nos cadastros de proteção ao crédito gera dano moral indenizável.

– O valor da indenização deve atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, observado seu conteúdo didático, de modo a coibir reincidência do causador do dano sem enriquecer a vítima.

(STJ, AgRg no REsp 945.575/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, DJ de 28/11/2007.)

Responsabilidade Civil. Embargos infringentes. CEF. Devolução indevida de cheque. Inscrição do nome do autor em cadastro de restrição ao crédito. Falha operacional do banco. Dano moral caracterizado. Montante da indenização.

I. Na esteira da jurisprudência formada no âmbito desta Corte, o valor da indenização, reduzido de R\$ 12.000,00 (doze mil reais) para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), se mostra mais adequado às circunstâncias da causa, uma vez que não comprovou o autor ter seu nome negativado por um longo período, nem que tenha sofrido prejuízos de maior repercussão em sua esfera psíquica ou em seu meio social, além daqueles inerentes à própria inscrição de seu nome no respectivo cadastro de restrição ao crédito.

II. Embargos infringentes do autor desprovidos.

(TRF 1ª Região, EIAC 2002.38.00.027850-0/MG, rel. Des. Federal Fagundes de Deus, Terceira Seção, DJ de 11/05/2009.)

Não tendo o autor demonstrado ter sofrido maiores transtornos em decorrência das devoluções indevidas de cheques, aliado ao fato de que a CEF contornou a situação, com a compensação dos cheques e devolução das taxas cobradas, em curto tempo (dez dias), é razoável a fixação da indenização por danos morais em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Por esses fundamentos, dou provimento à apelação, reformando a sentença, de modo a condenar a ré a pagar ao autor a importância de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), acrescida, desde a data do efetivo prejuízo, de correção monetária (STJ, Súmula 43) e de juros moratórios, desde o evento danoso (STJ, Súmula 54), à base de 0,5% ao mês até a entrada em vigor do Código Civil e a partir daí da taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (CC, art. 406) que, no caso, é a taxa Selic, sendo vedado o acúmulo da mesma com a correção monetária (cf. AC 0010906-86.2007.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, DJ de 12/03/2010).

Condeno a ré ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

É como voto.

Voto-Vogal vencido em parte

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — Considerando que o autor não demonstrou, como

bem observou o eminente relator, que não sofreu maiores transtornos em decorrência das devoluções indevidas de cheques, aliado ao fato de que a Caixa resolveu a situação com a compensação dos cheques e devoluções das taxas cobradas, entendo que é razoável, na hipótese, dar-se provimento à apelação do autor em menor extensão, o que foi feito pelo eminente relator, e fixo os danos morais em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Sexta Turma

Numeração única: 0003002-31.2005.4.01.3300

Apelação/Reexame Necessário 2005.33.00.003003-4/BA

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Apelante: União Federal
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Apelada: Lianne Silva Nascimento de Araújo
Advogados: Dra. Erika Martins Telles de Macedo e outros
Remetente: Juízo Federal da 6ª Vara/BA
Publicação: e-DJF1 de 04/10/2010, p. 207

Ementa

Administrativo. Concurso público. Agente de Polícia Federal. Edital 24/2004. Teste de aptidão física. Instrução Normativa 3/2004. Realização do teste de barra fixa (modalidade dinâmica) por mulher. Reprovação. Repetição do teste. Alegação de violação ao princípio da isonomia. Improcedência.

I. "Não é razoável candidata reprovada em prova física repetir a mesma, bem como, prosseguir no certame, pois a exigência da prova, teste dinâmico em barra fixa, é legal. A instrução normativa que rege o certame é isonômica e pautada no princípio da legalidade, sendo aplicável indistintamente a todos os candidatos. Afigura-se, ao contrário, razoável sua exigência, tendo em vista o bom preparo físico de que devem gozar os integrantes das carreiras da Polícia Federal" (Ag 2005.01.00.018624-3/MG – Relator Juiz Federal (convocado) Carlos Augusto Pires Brandão).

II. Sentença reformada.

III. Apelação e remessa oficial providas.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 20/09/2010.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Daniel Paes Ribeiro*: — Cuida-se de apelação interposta pela União, inconformada com a sentença (fls. 349/358) proferida

pela ilustre Juíza Federal Rosana Noya Weibel Kaufmann, da 6ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia, que julgou procedente o pedido inicial, no qual buscava a autora a participação nas demais fases do concurso público para provimento de cargos

de agente de Polícia Federal, disciplinado pelo Edital 24/2004-DGP/DPF, considerando válidos os resultados obtidos nos exames de aptidão física, com a declaração de ilegalidade do “teste de barra fixa dinâmico”, a que teve que se submeter, não logrando êxito.

Na hipótese, entendeu a ilustre magistrada sentenciante que o teste de barra fixa dinâmico, para o sexo feminino, aplicado de acordo com os critérios estabelecidos na Instrução Normativa 3/2004-DGP/DPF, de 18/03/2004, afronta os princípios da razoabilidade e da isonomia, em razão da diferença de potencial de força entre homens e mulheres, fator que se revela apto a convalidar a disparidade de tratamento, porquanto “as mulheres são, na média, 30% menos forte que os homens, e, se comparada só a parte superior do corpo, essa diferença se acentua, é maior, chegando (segundo Laubach, 1976), a 55,8% da força dos homens.” (fls. 352).

Em suas razões (fls. 373/381), a recorrente alega, em síntese, que a candidata aderiu a todas as normas do edital, não o impugnando tempestivamente, nem opondo irresignação quanto ao seu conteúdo, sendo inconcebível que, em razão de seu insucesso no teste físico, queira obter tratamento diferenciado (fls. 377).

Afirma que a julgadora de 1º grau, ao alterar os critérios adotados para a realização de prova de capacidade física, anulando os arts. 9º a 12 da IN 3/2004, substituiu a Comissão Examinadora “avaliando *prova que não presenciou e concedendo, pelas vias transversas*, nota necessária para a aprovação em tal etapa e no próprio certame, o que, a toda evidência, não se pode admitir.” (fls. 380).

Destaca que, em verdade, a candidata não cuidou da preparação física, mesmo tendo cinco meses, a partir da publicação do edital, para adotar medidas que viabilizassem sua participação na respectiva fase do concurso público, sendo, pois, descabido beneficiar-se de sua desídia em detrimento dos demais concorrentes que diligenciaram em cumprir as normas editadas pela Administração Pública.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — A matéria em debate é conhecida. Já tive a oportunidade

de apreciá-la, na qualidade de relator, no Agravo de Instrumento 2005.01.00.035675-6/DF, acórdão publicado no *DJ* de 18 de junho de 2007, ocasião em que, para recusar acolhida a idêntica tese, louvei-me nos fundamentos expendidos na decisão agravada, postos nestes termos, *verbis*:

(...)

O edital regulador do certame previa no item 7 a fase relativa à prova de capacidade física, cujo objetivo consistia na avaliação da capacidade do candidato para suportar física e organicamente as exigências da prática de atividades físicas a que estará submetido no desempenho das tarefas típicas da categoria funcional, prevendo inclusive, novo edital onde estariam dispostas mais informações acerca do exame de capacidade física (item 7.5).

Com efeito, a Instrução Normativa 3-DGP/DPF apenas regulamentou, como previsto no edital, a aplicação da prova de capacidade física nos processos seletivos instituídos pelo Departamento de Polícia Federal, não evidenciando quanto a isso qualquer mácula na atividade administrativa, ou qualquer desvio de finalidade, que é verificar a capacidade física dos candidatos para o desempenho das funções.

Os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade, cabendo à Administração Pública estabelecer quais os critérios necessários para aferição da capacidade física dos candidatos.

A exigência de que o candidato mulher faça no mínimo uma flexão completa na barra não se mostra desarrazoada e desproporcional, considerando as atividades da Polícia Federal, que em sua atuação exige do profissional um maior condicionamento físico.

Ademais, estando o estabelecimento de tais critérios dentro da atividade discricionária da Administração, não há como o Judiciário intervir quanto ao tema, sob pena de usurpação de Poder.

Além do mais, a concessão da medida antecipatória iria afrontar a isonomia, posto que os demais candidatos estariam realizando o teste em condições diferentes da autora.

Por fim, cumpre considerar que, as alegações de que houve tratamento anti-isonômico, pela omissão dos fiscais da prova quanto às candidatas que, supostamente, utilizaram moletons para encobrir a flexão dos braços, bem como àquela referente ao diâmetro da barra, não encontram suporte probatório capaz de autorizar a concessão da liminar pleiteada.

(...)

E acrescentei, *verbis*:

O entendimento esposado pela decisão impugnada guarda harmonia com a jurisprudência desta Turma sobre a matéria, consoante se vê de recente julgado relativo ao Agravo de Instrumento

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Rodrigo Navarro de Oliveira e Francisco Neves da Cunha (convocados).

2005.01.00.018624-3/MG, cujo acórdão respectivo, publicado no *DJ* de 30/01/2006, restou assim ementado pelo ilustre relator, convocado, Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão, *verbis*:

Administrativo. Constitucional. Concurso público. Escrivão policial federal. Edital 24/2004-DGP/DPF. Instrução Normativa 3/2004-DGP/DPF. Prova de aptidão física. Candidata reprovada no teste dinâmico em barra fixa. Pretensão de realização do teste, na forma estática, em segunda chamada. Impossibilidade. Princípio da isonomia. Precedentes.

I. As normas que regem o concurso público vinculam não só a Administração Pública, mas também os candidatos que participam do certame. A agravante, ao submeter-se ao Concurso público para cargo escrivão policial federal, concordou com as disposições inscritas no Edital 24/2004-DGP/DPF, o qual previu a realização de provas de capacidade física e estabeleceu que as referidas provas obedeceriam ao disposto na Instrução Normativa 3/2004-DGP/DPF. Assim, tinha plena ciência de que, para lograr aptidão no teste dinâmico em de barra fixa, deveria realizar, no mínimo, uma flexão, como expressamente descrito no art. 11 da Instrução Normativa 3/2004-DGP/DPF. (AG 2005.01.00.009627-6/MA, rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, *DJ* de 21/09/2005, p. 65).

II. Não há nos autos qualquer notícia de que a recorrente tenha impugnado administrativamente o edital quando de sua publicação, o que reforça

o entendimento de que tinha ciência inequívoca das provas e testes a que seria submetida a fim de obter aprovação no mencionado concurso. (AG 2005.01.00.009627-6/MA, rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, *DJ* de 21/09/2005, p. 65).

III. Não é razoável candidata reprovada em prova física repetir a mesma, bem como, prosseguir no certame, pois a exigência da prova, teste dinâmico em barra fixa, é legal. A instrução normativa que rege o certame é isonômica e pautada no princípio da legalidade, sendo aplicável indistintamente a todos os candidatos. Afigura-se, ao contrário, razoável sua exigência, tendo em vista a bom preparo físico de que devem gozar os integrantes das carreiras da Polícia Federal.

IV. Agravo desprovido.

(...)

Do exposto, com essa mesma compreensão, dou provimento à apelação e à remessa oficial, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido, condenando a autora a pagar as custas e os honorários advocatícios, que fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais), devendo ser observado, contudo, o disposto no art. 12 da Lei 1.060/1950, uma vez que a demandante é beneficiária da assistência judiciária gratuita (fls. 300).

É o meu voto.

Sétima Turma

Agravo de Instrumento 0041914-30.2010.4.01.0000/AP

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral
Agravante: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
Agravado: Sebastião Pelaes da Luz
Advogada: Dra. Joelma Sousa Chagas
Publicação: e-DJF1 de 22/10/2010, pp. 286/287

Ementa

Tributário. Ação ordinária. Antecipação de tutela. IRPF: retenção da restituição para compensação de ofício pelo Fisco com créditos do contribuinte. DL 2.287/1986. Lei 11.196/2005. Decreto 2.138/1997. CF/1988 (art. 100, §§ 9º e 10). EC 62/2009. Resolução CNJ 115/2010. Agravo de instrumento provido.

I. Antecipação de tutela exige os requisitos concomitantes do art. 273/CPC, notadamente a prova inequívoca das alegações, dispensadora – se e quando – de cognição exauriente.

II. Há previsão legal autorizando à autoridade fiscal reter a restituição/devolução de indébito tributário para fins de compensá-lo, de ofício, com débitos fiscais do contribuinte credor do indébito restituendo ou em devolução.

III. Ante os comandos expressos contidos no DL 2.287/1986; na Lei 11.196/2005; no Decreto 2.138/1997; na IN RFB 900/2009 §§ 9º e no § 10 do art. 100 da CF/1988 (EC 62/2009), regulamentado pela Resolução CNJ 115/2010,

não se pode, ante a presunção de constitucionalidade das normas (que só se esmaece em rito próprio), tanto menos em sede de cognição sumária (*initio litis*), ausente prova inequívoca contrária (art. 273/CPC), afastar o entendimento de que oponível, em princípio, a regra da “compensação/retenção de ofício” pelo Fisco a qualquer regime de pagamento das dívidas públicas (precatório, requisição de pequeno valor ou compensação/restituição).

IV. O STJ (REsp 1.167.820/SC) – *mutatis mutandis* – só afasta a compensação/retenção de ofício (DI 2.287/1986, Decreto 2.138/1997 e Lei 9.430/1996) se o débito do contribuinte estiver com a exigibilidade suspensa (art. 151 do CTN).

V. Agravo de instrumento provido.

VI. Peças liberadas pelo relator, em 5 de outubro de 2010, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a Turma dar provimento ao agravo de instrumento por unanimidade.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 05/10/2010.

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — Por agravo protocolizado em 08/07/2010, a agravante (FN) pede, com efeito suspensivo, a reforma da antecipação de tutela datada de 10/07/2010, da MM. Juíza Federal Substituta Isabela Guedes Dantas Carneiro, da 1ª Vara/AP, nos autos da AO 5407-82.2010.4.01.3100, contra ela ajuizada em 26/05/2010 por Sebastião Pelaes da Luz, objetivando liberação de restituições do IRRF pendentes (2005/2009 – R\$18.224,38), geradas pelo reconhecimento superveniente de que ele goza de isenção do tributo porque portador de “cardiopatia grave”, afastando-se a pretendida “compensação de ofício”, prevista no Decreto 2.138/1997; alegou que a retenção é regra que extrapola a função regulamentar do decreto.

S. Exa. entendeu que a norma extravasaria sua índole regulamentar e que ao Fisco se asseguram meios legais para cobrança dos seus créditos, vedada coerção.

A agravante sustenta a legitimidade da imposição da “compensação de ofício”.

Intimado, o agravado não respondeu (certidão de fls. 142).

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — Antecipação de tutela exige os requisitos concomitantes do art. 273/CPC.

A compensação tributária é tema que, por sua natureza, recebe tratamento normativo expresso já desde a fonte básica do ordenamento brasileiro, a CF/1988 (art. 146, III, b): LC tratará das “normas gerais” tributárias, especialmente “obrigação, lançamento e crédito”.

O CTN estipula que compensação é uma das hipóteses de extinção do crédito (art. 156, II), podendo a lei (art. 170)

nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

A Lei 9.430 (de 27/12/1996) regula a compensação de créditos tributários por iniciativa dos contribuintes:

Seção VII – Restituição e Compensação de Tributos e Contribuições

Art. 73. Para efeito do disposto no art. 7º do DL 2.287/1986, a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal, observado o seguinte:

(...)

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

Reza o art. 7º do Decreto-Lei 2.287 (23/07/1986), promulgado antes da CF/1988:

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca e o Exmo. Sr. Juiz Federal Eduardo José Corrêa (convocado).

Art 7º A Secretaria da Receita Federal, antes de proceder a restituição ou ao ressarcimento de tributos, deverá verificar se o contribuinte é devedor à Fazenda Nacional.

§1º Existindo débito em nome do contribuinte, o valor da restituição ou ressarcimento será compensado, total ou parcialmente, com o valor do débito.

§2º O Ministério da Fazenda disciplinará a compensação prevista no parágrafo anterior.

A Lei 11.196 (de 21/11/2005), confirmando a sistemática nele prevista, alterou ligeiramente a redação do preceito supra, sem alterar-lhe o conteúdo:

Art. 7º A Receita Federal do Brasil, antes de proceder à restituição ou ao ressarcimento de tributos, deverá verificar se o contribuinte é devedor à Fazenda Nacional.

§1º Existindo débito em nome do contribuinte, o valor da restituição ou ressarcimento será compensado, total ou parcialmente, com o valor do débito.

A compensação por iniciativa do Fisco de “seus débitos com contribuinte credor seu”, portanto, já estava prevista no DL 2.287/1986 (confirmado pela Lei 11.196/2005), reproduzida no Decreto 2.138, de 29/01/1997 (que “Dispõe sobre a compensação de créditos tributários com créditos do sujeito passivo decorrentes de restituição ou ressarcimento de tributos ou contribuições, a ser efetuada pela Secretaria da Receita Federal”):

Art. 1º É admitida a compensação de créditos do sujeito passivo perante a SRF, decorrentes de restituição ou ressarcimento, com seus débitos tributários relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob administração da mesma Secretaria, ainda que não sejam da mesma espécie nem tenham a mesma destinação constitucional.

Parágrafo único. A compensação será efetuada pela SRF, a requerimento do contribuinte ou de ofício (...).

Art. 2º O sujeito passivo, que pleitear a restituição ou ressarcimento de tributos ou contribuições, pode requerer que a SRF efetue a compensação do valor do seu crédito com débito de sua responsabilidade.

(...)

Art. 5º A unidade (...) que efetuar a compensação observará o seguinte:

(...)

Art. 6º A compensação poderá ser efetuada de ofício, nos termos do art. 7º do DL 2.287/1986, sempre que a SRF verificar que o titular do direito à restituição ou ao ressarcimento tem débito vencido

relativo a qualquer tributo ou contribuição sob sua administração.

§1º A compensação de ofício será precedida de notificação ao sujeito passivo para que se manifeste sobre o procedimento, no prazo de quinze dias, sendo o seu silêncio considerado como aquiescência.

§2º Havendo concordância do sujeito passivo, expressa ou tácita, a Unidade da SRF efetuará a compensação, com observância do procedimento estabelecido no art. 5º.

§3º No caso de discordância do sujeito passivo, a Unidade da SRF reterá o valor da restituição ou do ressarcimento até que o débito seja liquidado.

Atualmente, os arts. 49 a 54 da IN RFB 900 (27/01//2009) repetem os mesmos dizeres do decreto supra.

Vê-se, do entrelaçamento normativo, aparentemente fundada a “compensação e a retenção” de ofício, tanto mais porque a questão ora se examina de modo perfunctório; há, ademais, fato outro a considerar que mais derrui, por agora, a presença de prova inequívoca (art. 273/CPC).

Com a alteração legislativa promovida pela EC 62/2009, a CF/1988 assim passou a regular a sistemática dos *precatórios* (pagamento de dívidas das Fazendas Públicas):

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas (...), far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica (...) dos precatórios (...).

(...)

§ 9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.

§ 10. Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preencham as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos.

A Resolução CNJ 115 (29/06/2010), que “dispõe sobre a gestão de precatório no âmbito do Poder Judiciário”, regulamenta o §9º do art. 100 da CF/1988.

Ante as normas já citadas, presuntivamente constitucionais, não se pode, em cognição sumária, ausente a prova inequívoca contrária (salva – se e quando – compatível cognição exauriente), afastar

initio litis o entendimento de que oponível a regra da “compensação/retenção de ofício” a qualquer regime de pagamento das dívidas públicas (seja por “precatório”, “requisição de pequeno valor” ou “compensação” ou “restituição em espécie”).

Por derradeiro (Súmula Vinculante 10 do STJ):
“Viola a cláusula de reserva de plenário (art. 98 da CF/1988)

a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

Pelo exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para cassar a antecipação de tutela.

É como voto.

Oitava Turma

Numeração única: 0002577-02.2003.4.01.3000

Apelação/Reexame Necessário 2003.30.00.002578-6/AC

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente
 Apelante: União Federal
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
 Apelado: Ministério Público Federal
 Procurador: Dr. Fernando José Piazenski
 Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara/AC
 Publicação: e-DJF1 de 28/10/2010, p. 601

Ementa

Tributário e Constitucional. Ação civil pública. Emissão de passaporte. Cobrança de pena pecuniária no caso de não apresentação do documento antigo, estipulada por meio de decreto. Impossibilidade. Princípio da legalidade. Imposição de multa diária contra a Fazenda Pública. Cabimento.

I. A Lei Complementar 89/1997, que institui o Fundo para Aparelhamento e Operacionalização das Atividades-fim da Polícia Federal – Funapol, não menciona a possibilidade de cominação de penalidade em caso de não apresentação do passaporte antigo, no momento da emissão de novo passaporte, que somente foi prevista no Anexo III do Decreto 2.381/1997, que faz menção ao acréscimo de 100% no valor da taxa, no caso de não apresentação do passaporte anterior, válido ou não.

II. Em sendo assim e não obstante a natureza jurídica de penalidade pecuniária do acréscimo de 100% sobre o valor da taxa, previsto no aludido Decreto 2.381/1997, nos termos do art. 97, V, do CTN, a imposição de tal penalidade também há de decorrer de lei, não podendo ser veiculada por decreto, como ocorreu no caso.

III. “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de ser possível a imposição de multa, ainda que contra a Fazenda Pública, em se tratando de obrigação de fazer” (AgRg no REsp 951.072/RS, rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 05/03/2009, DJe 30/03/2009).

IV. Apelação da União Federal e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 14/10/2010.

Desembargador Federal Souza Prudente, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Cuida-se de apelação interposta contra sentença proferida pelo douto Juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Acre que, nos autos da ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal contra a União Federal, acolheu o pedido inicial, para “ordenar à União que se abstenha de exigir, no Estado do Acre, o pagamento de taxa prevista no item 4 do Anexo III do Decreto 2.381/1997, que se refere à concessão de novo passaporte sem a apresentação do anterior válido ou não, restringindo-se a exigir o pagamento da taxa no valor cobrado para concessão de passaporte comum, consoante o item 1 do mesmo Anexo III do referido Decreto”. Sem custas e honorários advocatícios (fls. 130/134).

Em suas razões recursais (fls. 140/153), sustenta a União Federal, em resumo, que a matéria debatida nos presentes autos versa sobre a aplicação, pelo Departamento de Polícia Federal, de pena pecuniária, em razão da não apresentação do passaporte anterior, válido ou não, por ocasião da emissão do novo passaporte. Em sendo assim, assevera que não cabe qualquer discussão acerca da legalidade da instituição de taxas por meio de decreto, uma vez que a questão ora debatida não é de natureza tributária, nem se refere a pagamento de tributo. Afirma que a norma insculpida no art. 25 do Decreto 1.983/1996, no sentido de que, “ao solicitar novo passaporte deverá o interessado, necessariamente, apresentar para cancelamento o passaporte anterior que possua, válido ou não”, impõe caráter de obrigatoriedade, podendo, pois, no caso de descumprimento, gerar a aplicação de sanções, como a pena pecuniária. Defende a impossibilidade de fixar multa diária contra a Fazenda Pública, “por ser a multa incompatível com a sistemática de atuação dos órgãos públicos”, devendo prevalecer, em casos que tais, o interesse público. Requer, pois, o provimento do apelo, com a consequente reforma da sentença monocrática, julgando-se improcedente o pedido inicial.

Com as contrarrazões do Ministério Público Federal (fls. 158/162) e, também, por força da remessa oficial interposta, subiram os autos a este egrégio Tribunal, manifestando-se o douto representante da Procuradoria Regional da República pelo não provimento da apelação e da remessa oficial (fls. 184/188).

Este é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: —

I

De início, deixo de apreciar o pedido de antecipação da tutela recursal requerido pela União Federal, tendo em vista o julgamento do apelo, nesta oportunidade.

A preliminar de intempestividade do recurso, suscitada pelo Ministério Público em suas contrarrazões, não merece guarida.

Com efeito, recebido os autos na AGU no dia 20/05/2005, conforme se verifica do termo de recebimento lançado às fls. 136, afigura-se tempestivo o recurso interposto na mesma data, ou seja, 20/05/2005 (fls. 138/153).

II

No mérito, tenho que não merece reforma a sentença monocrática, conforme bem ponderou o douto procurador Regional da República, na fala de que:

(...)

No mérito, não procede, data vênia, o argumento desenvolvido pelo autor-apelado e acolhido pelo juiz de 1º grau, no sentido de que “ao exigir taxa em dobro para a concessão de novo passaporte sem a apresentação do anterior, válido ou não, incorre, na verdade, na criação de uma taxa sobre o fato gerador de não apresentar passaporte anterior quando da concessão de documento novo”.

Não se trata de instituição de um novo fato gerador para a incidência de taxa. Não! O serviço sobre o qual incide a taxa é a expedição de passaporte, a qual constitui receita do Funapol, nos termos do art. 3º, I, a, da LC 89/1997:

Art. 3º Constituem receita do Funapol:

I – taxas e multas cobradas pelos serviços de migração, prestados pelo Departamento de Polícia Federal, assim discriminadas:

a) taxas pela expedição de documento de viagem, instituídas pelo art. 49 do Decreto 3.345, de 30 de novembro de 1938, e atualizadas na forma da legislação vigente.

Com ou sem a apresentação do passaporte anterior, o fato gerador da taxa é o mesmo: expedição do documento de viagem (passaporte) instituído pelo art. 49 do Decreto 3.345, de 30/11/1938. Noutras

*Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Cléber José Rocha (convocado).

palavras, a situação descrita em lei como ensejadora da cobrança da taxa é única, qual seja a emissão de passaporte.

Noutro passo, verifica-se um valor diferenciado na exação imposta pela Administração em relação ao serviço cogitado, na hipótese de não apresentação do passaporte anteriormente emitido.

Todavia, a Lei Complementar 89/1997 também não menciona a possibilidade de cominação de multa em caso de não apresentação do passaporte anterior, no momento da prestação do serviço gerador da taxa. Isso decorre tão somente do Anexo III do Decreto 2.381/1997, que faz menção ao acréscimo de 100% no valor da taxa, no caso de não apresentação do passaporte anterior, válido ou não. A própria União reconhece isso, tanto na contestação como nas razões de apelação (fls. 148), dando a esse acréscimo a conotação de “penalidade pecuniária para os casos de emissão de novo passaporte sem a apresentação do documento anterior, uma vez que tal medida visa, precipuamente, preservar a segurança nacional, tendo em vista ser o passaporte o principal documento de identificação do brasileiro no exterior”.

Concorda-se com a apelante no que toca à definição da natureza jurídica do acréscimo de 100% sobre o valor da taxa. A feição é, sem dúvida, de penalidade pecuniária, em razão do descumprimento de uma obrigação de caráter acessório ou instrumental (CTN, art. 115) – não apresentação do passaporte anterior. Só que a cominação de penalidades pecuniárias para o descumprimento de obrigações desse naipe também há de decorrer de lei (CTN, art. 97, V), não podendo ser veiculada pelo Regulamento, o qual não constitui fonte primária de Direito. Sacha Calmon Navarro Coelho escreve, a propósito:

“(....) os deveres tributários (ou, se se prefere, as obrigações tributárias) são deveres *ex lege* e são de suas espécies: a) pagar tributo; b) cumprir deveres instrumentais (emitir notas fiscais, prestar declarações, não transportar mercadorias desacobertadas de documentação fiscal etc.).

A seu turno, a tipicidade do ilícito tributário é encontrada por contraste:

a) não pagar o tributo e b) não cumprir os deveres instrumentais expressos. Mas as sanções – quase sempre sanções pecuniárias – devem ser previstas em lei.

Assim estatuído, no Direito brasileiro, só a lei – em sentido formal e material – pode fornecer sanções fiscais segundo preceito de lei complementar da Constituição”.

Não socorre a recorrente a previsão do art. 4º da LC 89/1997 (“Art. 4º As infrações constatadas, por inobservância de quaisquer das situações discriminadas no art. 2º, incisos I a X, desta Lei Complementar, no art. 17 e anexo da Lei 9.017, de 30 de março de 1995, acarretarão aos responsáveis pelas irregularidades multa de cem por cento do

valor da correspondente taxa”). Isto porque os dispositivos ali referidos não versam sobre a taxa para expedição de passaporte. A exação referente a tal serviço está disciplinada no Decreto 3.345/1938 c/c art. 3º, I, da LC 89/1997.

Sendo assim, em face do princípio da legalidade estrita, vigente em matéria tributária não há base legal para a cobrança de tal penalidade pecuniária, na forma alvitrada pela recorrente, com base tão somente no decreto que regulamentou a LC 89/1997 (....) (fls.186/188).

Com efeito, em que pese se tratar de pena pecuniária, exigida em razão da não apresentação do passaporte antigo, nos termos do art. 97, V, do CTN, a cominação de tal penalidade também há de decorrer de lei, não podendo ser veiculada por decreto, como ocorreu no caso.

Sobre o tema, confirmam-se julgado do colendo STJ, *in verbis*:

Tributário. Poder regulamentar. IN SRF 304/2003. Sanções. Multa pecuniária. Ilícito penal. Princípio da legalidade.

I. Ao disporem sobre sanção pecuniária e ilícito penal decorrentes da apresentação incorreta da Declaração de Informações sobre Atividades Imobiliárias–Dimob, as normas contidas nos arts. 3º, II, e 4º da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal 304/2003 extrapolaram o art. 57, II, da MP 2.158-35/2001 em combinação com o art. 16 da Lei 9.779 de 1999 e com o art. 97, V, do CTN.

II. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 961.284/PR, rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 22/09/2009, DJe 05/10/2009.)

No tocante à alegação de impossibilidade de fixação de multa diária contra a Fazenda Pública, sem melhor sorte a recorrente.

Com efeito, “a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de ser possível a imposição de multa, ainda que contra a Fazenda Pública, em se tratando de obrigação de fazer” (AgRg no REsp 951.072/RS, rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 05/03/2009, DJe 30/03/2009).

III

Com estas considerações, nego provimento à apelação e à remessa oficial e mantenho a sentença mandamental, ora recorrida, em todos os seus termos, com eficácia imediata.

Este é meu voto.

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0062985-88.2010.4.01.0000/DF

Relator:	Desembargador Federal Olindo Menezes
Requerente:	Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa
Procuradora:	Dra. Adriana Maia Venturini
Requerido:	Juízo Federal da 5ª Vara/ DF
Requerido:	Juízo Federal da 15ª Vara/DF
Requerido:	Juízo Federal da 6ª Vara/DF
Autora:	Associação Brasileira de Redes de Farmácias e Drogarias – Abrafarma
Advogado:	Dr. Celso da Silveira Nogueira
Advogado:	Dr. Vicente Nogueira
Advogado:	Dr. José Carlos da Silva Nogueira
Publicação:	e-DJF1, de 05/11/2010, p. 7

Decisão

I. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa requer a suspensão de decisões proferidas pelos juízos da 5ª Vara Federal/DF, nos autos das AO 6202-61.2010.4.01.3400 (Abrafarma), 6276-18.2010.4.01.3400 (A Carone ME) e 9231-22.2010.4.01.3400 (DSI Drogaria Ltda.); da 6ª Vara Federal/DF, nos autos da AO 2591-03.2010.4.01.3400 (Santa Marta Distribuidora de Drogas e outro) e do MS 6004-24.2010.4.01.3400 (Supermercado Modelo Ltda.); e da 15ª Vara/DF, nos autos da AO 7860-23.2010.4.01.3400 (Sincofarma) e 11122-78.2010.4.01.3400 (Drogaria Araújo S.A.), que, em geral, afastaram a RDC 44, bem como as INs 9 e 10, de 17/08/2009, que a regulamentam, relativamente à disposição de medicamentos isentos de prescrição permanecerem ao alcance dos usuários em farmácias e drogarias, bem como quanto aos produtos permitidos para dispensação e comercialização em farmácias e drogarias.

Assevera a requerente que “as ações visam declarar a ilegalidade da Resolução ANVISA RDC 44, que dispõe sobre Boas Práticas Farmacêuticas para o controle sanitário do funcionamento da dispensação e da comercialização de produtos e da prestação de serviços farmacêuticos em farmácias e drogarias, bem como das instruções normativas 9 e 10 de 17/08/2009 que a regulamentam”, sob o argumento de que as aludidas normas extrapolaram os limites de competência regulamentar da Anvisa, bem como o disposto na Lei 5.991, de 17/12/1973. Ressalta que, em relação ao MS, o questionamento refere-se tão somente à RDC 44 no que versa sobre a disposição de medicamentos tratados na IN 10.

Informa que contra todas as decisões foram interpostos agravos de instrumento, salvo em relação à AO 6202-61.2010.4.01.3400 (Abrafarma), contra a qual foram opostos embargos de declaração, ainda pendentes de julgamento.

Alega grave lesão à ordem pública (administrativa), pois as decisões a impedem de exercer sua regular atribuição de regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública, prevista na Constituição Federal, na Lei Orgânica da Saúde e na lei de criação da Anvisa, asseverando que as normas impugnadas foram editadas após anos de diversos estudos técnicos e consultas públicas, a fim de viabilizar a implementação de um novo paradigma no setor de medicamentos, e em consonância com as diretrizes da Organização Mundial de Saúde e com a política nacional de medicamentos e a política nacional de assistência farmacêutica.

Afiança que a oferta de produtos e serviços diversos da finalidade sanitária e social das farmácias e drogarias causa prejuízos para a adequada percepção da população sobre o papel desses estabelecimentos e contribui para a prática da automedicação e para o uso incorreto ou indiscriminado de medicamentos, propiciando riscos à saúde da população, e que o armazenamento de produtos não correlatos, como bolachas, doces, salgados, rações para animais, etc. pode contaminar, restringir ou eliminar as propriedades terapêuticas dos medicamentos e atrair ratos, baratas e outros insetos.

Sustenta que os dispositivos da RDC 44/2009 que versam sobre os produtos permitidos para dispensação e comercialização em farmácias e drogarias apenas replicou o disposto na Lei 5.991, 17/12/1973 — quanto aos conceitos de farmácia, drogaria e produtos correlatos — e nas RDCs 328/1999 e 173/2003 da Anvisa, que vedam a

exposição e venda de produtos estranhos ao comércio farmacêutico; e que a venda de produtos alheios ao ramo farmacêutico, além de flagrantemente ilegítima e manifestamente contrária ao interesse público, propicia grave lesão à ordem e à saúde públicas.

Assevera, também, que os medicamentos isentos de prescrição não estão livres de risco e da orientação e do controle por parte de profissionais e autoridades de saúde, pois, além de intoxicação e de reações adversas, podem causar interações medicamentosas, gerando grande prejuízo à saúde. Adverte que, segundo dados da Abifarma, “todo ano cerca de 20 mil pessoas morrem no país, vítimas de automedicação”.

Alega, ainda, que a decisão pode acarretar efeito multiplicador e que o interesse da população deve prevalecer sobre quaisquer interesses econômicos ou financeiros manifestados pelas farmácias e drogarias.

II. O mérito da questão já vem sendo debatido no Judiciário e, em sede de suspensão, prevista nos arts. 4º da Lei 8.437, de 30/06/1992, e 15 da Lei 12.016, de 07/08/2009, o STJ já se manifestou na SLS 1.200, em face de decisões do Juízo da 5ª Vara Federal/DF (AO 2009.34.00.033821-4, ajuizada pela Abrafarma – Associação Brasileira de Redes de Farmácias e Drogarias), mantidas por este Tribunal (AG 2009.01.00.072065-0, do Des. Federal Daniel Paes Ribeiro) e do TRF da 3ª Região (AG 2009.03.00.045011-0, interposto pela Febrifar – Federação Brasileira das Redes Associativas de Farmácias). Na ocasião, a Corte Especial manteve apenas a eficácia da IN 10/2009, na parte que corresponde à RDC 44/2009. O julgado está assim ementado:

Suspensão de medida liminar. I. Instrução normativa 9/2009 da agência nacional de vigilância sanitária – Anvisa. A Instrução Normativa 9/2009 tem o propósito de restringir o comércio, em farmácias e drogarias, de produtos que, na percepção da Agência de Vigilância Sanitária – Anvisa – não guardam qualquer relação com a saúde, os assim chamados *artigos de conveniência*. Sabido que legislações estaduais permitem o comércio desses produtos em farmácias, listando como tais mercadorias que não prejudicam a saúde (*v.g.*, filmes fotográficos, isqueiros, água mineral, etc.), tudo recomenda que a execução da política pública de reconhecer as farmácias e drogarias como ‘unidades de saúde’, exclusivamente, aguarde o desfecho dos recursos judiciais já interpostos. II. Instrução normativa 10/2009 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. A Instrução Normativa 10/2009 visa inibir a automedicação. Não há remédio sem efeitos colaterais. Alguns desses efeitos podem ser graves. A automedicação por isso é perigosa, sendo condenada por organismos internacionais de saúde. O medicamento é o remédio mais o uso adequado. Só o médico pode orientar a esse respeito. O remédio certo na dose errada pode ser um veneno. A saúde pública corre risco quando o consumidor é estimulado à automedicação. Agravos regimentais desprovidos. (AgRg no AgRg na SLS 1200/DF, rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 29/06/2010, DJe 17/09/2010.)

Segundo dispõem o § 4º do art. 4º da Lei 8.437, de 30/06/1992, e o § 1º do art. 15 da Lei 12.016, de 07/08/2009, se o tribunal *ad quem* não suspender a decisão do juízo *a quo*, cabe novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário. À luz desse preceito, há de ser considerada a compreensão do STJ, relativamente à potencialidade lesiva dos atos judiciais ora questionados, por questões de ordem prática e de economia processual.

Pelo exposto, defiro, em parte, o pedido para suspender as decisões, tão somente no que se refere à sustação da eficácia da RDC 44/2009 e da Instrução Normativa 10/2009, relativamente aos produtos permitidos para dispensação e comercialização em farmácias e drogarias. Oficie-se, com urgência, ao juízo prolator da decisão. Intimem-se. Sem recurso, arquivem-se.

Brasília, 26/10/2010.

Desembargador Federal Olindo Menezes, presidente.

Conflito de Competência 0037398-64.2010.4.01.0000/TO

Relator: Juiz Federal Charles Renaud Frazão de Moraes (convocado)
Autores: Diversos
Réu: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Suscitante: Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Araguaína/TO
Suscitado: Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Araguaína/TO
Publicação: e-DJF1 de 05/11/2010, p. 11

Decisão

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Araguaína/TO em face do Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Araguaína/TO.

Esclarece o juízo suscitante que ante a ausência de Vara Federal instalada na Comarca de Araguaína/TO os juízes das Varas da Fazenda Pública daquela Comarca se declararam incompetentes para processar e julgar ações de natureza previdenciária em cujo polo passivo encontra-se o INSS, bem como que houve a propositura de alguns conflitos negativos de competências, uns julgados por este Tribunal, outros pelo Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins, apresentando decisões conflitantes.

Entende o juiz suscitante competir às varas da fazenda pública estaduais processar e julgar as demandas previdenciárias de natureza pública em que figura no polo passivo o INSS.

Intimado, opinou o Ministério Público Federal pelo conhecimento do conflito e para declarar competente o juízo suscitado (Juízos de Direito das 1ª e 2ª Varas da Fazenda Pública da Comarca de Araguaína/TO).

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, cumpre esclarecer que este Tribunal é competente para processar e julgar o presente conflito instaurado entre juízes estaduais, uma vez que ambos encontram-se investidos de jurisdição federal. É que se trata de ação de natureza previdenciária ajuizada contra o INSS – Instituto Nacional de Seguro Social na comarca de Araguaína/TO, que não é provida de Vara da Justiça Federal (CF, art. 109, § 3º).

A questão posta nestes autos não é nova neste Tribunal. Com efeito, esta Corte já se manifestou em caso análogo estabelecendo como competente o Juízo de Direito da Vara de Fazenda Pública para processamento e julgamento do feito.

O estabelecimento da competência da Vara da Fazenda Pública, também para o julgamento de causas de natureza previdenciária em que é réu o INSS, dá-se, no caso, por interpretação sistemática e extensiva da Lei de Organização Judiciária de Tocantins que, ao atribuir às Varas da Fazenda Pública, os feitos de interesse da Fazenda Pública Estadual e Municipal, disse menos do que pretendia, devendo-se nela considerar compreendidos também os processos de interesse da Fazenda Nacional, dado que não atribuídos expressamente a nenhuma das varas especializadas.

Neste ponto, é oportuno transcrever passagem do parecer do ilustre Procurador Regional da República Carlos Frederico Santos, que bem elucida a questão, nestes termos:

Razão assiste ao juízo suscitante em afirmar que a competência para processar e julgar os feitos ajuizados contra instituições previdenciárias é da vara especializada, nos termos do art. 41, inciso II, alínea *a* da Lei Complementar 10/1996 do Estado de Tocantins, dispositivo este que não deve ser interpretado de forma restritiva, mas sim de maneira integrativa sistemática, consoante se observa de precedente desse TRF no CC 1999.01.00.017523-1/MG, no qual, em caso similar, a douta Segunda Seção entendeu que a competência era da Vara da Fazenda Pública, em razão do disposto no então vigente art. 65 da Lei Complementar 35/1995, do Estado de Minas Gerais, consoante se verifica da ementa do acórdão:

Processual Civil. Conflito negativo de competência entre juiz federal e estadual. Execução fiscal. Incompetência de ambos os juízes, afirmada a competência de terceiro magistrado.

I. A exegese da atribuição conferida, pelo art. 65, da Lei Complementar 38/1995, do Estado de Minas Gerais, segundo o qual “competirá ao juiz da Vara de Fazenda Pública e Autarquias processar e julgar causas cíveis em que intervierem, como autor, réu, assistente ou oponente, os Estados, os Municípios, suas autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações de direito público, respeitada a competência de foro estabelecida na lei processual”, é abrangente das execuções movidas pela Fazenda Nacional, que, à conta do disposto no art. 15-I da Lei 5.010/1966, combinado com o art. 109, § 3º da Constituição Federal, venham a ser ajuizadas perante a Justiça Estadual de Minas Gerais, pois é óbvio que a Fazenda Nacional é também Fazenda Pública.

II. Evidenciando-se que os juízes envolvidos não são titulares dessa competência, afirma-se a do terceiro magistrado que a detém, nos termos da aludida disposição da Lei Complementar Estadual.

III. Conhecimento e procedência do conflito.

Prevendo a lei estadual, de organização e divisão judiciárias, vara especializada para a Fazenda Pública e autarquias, não se poderia ter como razoável entendimento que excluísse a Fazenda Nacional de sua abrangência, nas hipóteses em que o juízo estadual esteja com jurisdição federal delegada, por força do art. 109, I, § 3º, da CF e do art. 15, III, da Lei 5.030/1966.

Ora, o simples fato do art. 41, inciso II, alínea a da Lei Complementar 10/1996 do Estado de Tocantins não proclamar, expressamente, ser da competência da Vara da Fazenda Pública estadual processar e julgar feitos em que seja parte a Fazenda Nacional, não autoriza a conclusão de que a competência seja da Vara Cível comum por ser esta fixada residualmente.

De fato, o legislador silenciou sobre os entes federais, por tratar-se de lei estadual, sendo assim tal omissão perfeitamente compreensível, dado o aspecto peculiar da questão versada nos autos.

No entanto, a afirmação da competência das Varas da Fazenda Pública estadual em casos como o sub examine é um requisito lógico, por se tratar de vara especializada *ratione materiae*.

Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados:

Processo Civil. Conflito negativo de competência. Previdenciário. Vara da fazenda pública e vara cível (art. 109, § 3º, CF/1988). Competência em razão da matéria.

I. É competência deste Tribunal dirimir conflitos de competência entre juízes estaduais na causas em que estiverem investidos da jurisdição federal (art. 109, §3º, CF/1988).

II. Não havendo vara federal na comarca, é competente para julgamento do feito em que é parte a Previdência Social, a Vara da Fazenda Pública, em razão da especialização.

III. Conflito conhecido. Competência do MM. Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública.

Conflito negativo de competência. Processual Civil. Previdenciário. Causa previdenciária (justificação judicial de tempo de serviço). Domicílio do autor em comarca não sede de vara federal (CF, art. 109, § 3º). Competência da Vara de Fazenda Pública (especializada em razão da pessoa). Fazenda Pública: federal, estadual e municipal. Lei 5.010, de 30 maio de 1966, art. 15, 11.

I. Para fins do § 3º do art. 109 da Constituição, entende-se por causas previdenciárias as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, compreendido este como aquele(a) que já é ou pretende ser segurado(a) ou beneficiário(a).

II. Compete à Justiça Federal processar justificações judiciais destinadas a instruir pedidos perante autoridades que nela têm exclusividade de foro, ressalvada a aplicação do art. 15, II, da Lei 5.010/1966. (Súmula 32 do STJ).

III. Nas comarcas do interior onde não funciona Vara da Justiça Federal, os juízes estaduais são competentes para processar e julgar as vistorias e justificações destinadas a fazer prova perante a administração federal, centralizada ou autárquica, quando o requerente for domiciliado na comarca. (Lei 5.010, de 30 maio de 1966, art. 15, II).

IV. As Varas da Fazenda Pública das Comarcas onde inexistente vara federal são as competentes para processar e julgar as causas previdenciárias referidas no § 3º do art. 109 da Constituição e as de que trata o inciso II do art. 15 da Lei 5.010, de 30/05/1966.

V. Conflito conhecido. Declarada a competência do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Contagem (MG).

VI. Peças liberadas pelo relator em 23/06/1999 para publicação do acórdão.

Processual Civil. Ação contra o INSS. Comarca de interior. Conflito negativo de competência vara estadual da fazenda pública. Vara cível.

I – Apesar de concernente a conflito negativo entre juízes estaduais, insere-se a querela na competência originária desta Corte, por força do art. 108-I-c, combinado com o art. 109, § 3º, ambos da Constituição Federal, além do art. 15-I, da Lei 5.010/1966.

II – A exegese da atribuição conferida pelo art. 65, da Lei Complementar 38/1995, do Estado de Minas Gerais, segundo o qual competirá ao Juiz da Vara de Fazenda Pública e Autarquias processar e julgar causas cíveis em que intervierem, como autor, réu, assistente ou oponente, os Estados, os Municípios, suas autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações de direito público, respeitada a competência de foro estabelecida na lei processual, é abrangente das execuções movidas pela Fazenda Nacional, que, à conta do disposto no art. 15-I, da Lei 5.010/1966, combinado com o art. 109, § 3º da Constituição Federal, venham a ser ajuizadas perante a Justiça Estadual de Minas Gerais, pois é óbvio que a Fazenda Nacional é também Fazenda Pública.

Embora as regras de competência devam ser expressas e não presumidas, tal princípio não afasta a possibilidade de interpretação sistemática da Lei de Organização Judiciária, conferindo-se a extensão devida a seus preceitos. Observo que, em caso de lacuna legislativa, a aplicação dos princípios da analogia e da simetria para o estabelecimento de competência vem sendo admitida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em diversos casos, como, por exemplo, quando determina a competência originária dos Tribunais Regionais Federais para o julgamento de processo penal contra autoridades estaduais titulares de prerrogativa de foro em razão de delitos federais.

No caso em exame, a interpretação sistemática da Lei de Organização Judiciária de Tocantins conduz à competência das Varas de Fazenda Pública também para o processo e julgamento dos feitos de natureza previdenciária em cujo polo passivo encontra-se o INSS, por força do art. 109, § 3º da CF.

Em face do exposto, nos termos do art. 29, inciso XXI, do RITRF1, conheço do conflito e declaro competente o Juízo de Direito da Vara de Fazenda e Registros Públicos da Comarca de Araguaína/TO, ora suscitado.

Publique-se. Intime-se.

Transcorrido o prazo legal, sem recurso, remetam-se os autos à origem.

Brasília, 22 de outubro de 2010.

Juiz Federal *Charles Renaud Frazão de Moraes*, relator convocado.

Mandado de Segurança 0053890-34.2010.4.01.0000/AM

Relator: Juiz Federal Alexandre Jorge Fontes Laranjeira (convocado)
 Impetrante: Roadway – Centro Comercial S/A
 Advogados: Dr. Eustaquio Nunes Silveira e outros
 Impetrado: Juízo Federal da 3ª Vara/AM
 Interessada: Agência Nacional de Transporte Aquaviários – Antaq
 Procuradora: Dra. Tatiana Cabral Xavier Accioly
 Publicação: e-DJF1 de 19/10/2010, p. 12

Decisão

Roadway – Centro Comercial S.A. impetra mandado de segurança contra ato praticado pelo Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas, que, em ação de procedimento ordinário ajuizada pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), deferiu o pedido de antecipação de tutela e determinou “a paralisação das obras do chamado *camelódromo* ou qualquer outra sem a anuência da Antaq” e fixou multa diária no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), para o caso de descumprimento da decisão.

O impetrante alega que a decisão foi proferida com “inusitado abuso de poder, que atingiu estranho à relação processual e, portanto, terceiro prejudicado” (fls. 3). Aduz que, na qualidade de cessionária dos direitos e deveres decorrentes do contrato de locação firmado entre a Estação Hidroviária do Amazonas S.A. e outras três sociedades, desembolsou cerca de R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais) para a consecução das finalidades do referido contrato, que prevê a realização de obras para a revitalização do Porto de Manaus e a construção de um *shopping* popular, destinado a abrigar inúmeros camelôs que ocupam o Centro Histórico de Manaus.

Relata que, não bastasse a paralisação das obras, o magistrado, em aditamento ao primeiro *decisum*, determinou a demolição das obras já realizadas.

Sustenta que as decisões atacadas lhe causam graves prejuízos, dada sua condição de executora da obra, e também à população local, que anseia pela revitalização do Porto de Manaus.

Argumenta que os provimentos judiciais foram proferidos em ação que não preenche as condições de existência, já que a Antaq é carecedora de ação, por ser detentora de poder de polícia, não necessitando de intervenção judicial para embargar a obra que entende ser ilegal.

Acrescenta que as decisões foram proferidas à revelia da ora impetrante, que deveria integrar a lide, na qualidade de litisconsorte passiva necessária, pois é locatária do espaço destinado à construção do *camelódromo*.

Pugna, por isso, pela concessão de medida liminar, para afastar os efeitos das decisões prolatadas pela autoridade coatora e, ao final, seja concedida a ordem para anular as decisões impugnadas.

Às fls. 224, o eminente Des. Federal Daniel Paes Ribeiro requisitou informações da autoridade impetrada ao tempo em que determinou, *ad cautelam*, a suspensão da decisão que determinou o desfazimento das obras.

Informações da autoridade coatora às fls. 230/256.

Decido.

Como visto, insurge-se a impetrante contra decisão de magistrado de primeiro grau que determinou a paralisação das obras de construção de camelódromo ou de qualquer outra no Porto de Manaus, nestes termos (fls. 70/72):

Já de início cumpre ter claro que as intervenções na área do Porto, mesmo com vistas à ocupação provisória, conforme alega o Município de Manaus, não prescindem das comunicações e autorizações legais dos órgãos e autoridades competentes, de maneira que as obras referentes ao denominado *camelódromo*, devem se submeter à anuência das pessoas jurídicas e autoridades envolvidas na fiscalização da área portuária.

Na hipótese, pretende a autora interromper as obras em andamento na área do Porto Organizado de Manaus, na medida em que realizadas à revelia da Antaq, do Conselho de Administração do Porto – CAP/Manaus, e da Receita Federal.

Dúvidas não há quanto à necessidade de se submeter à Agência Nacional de Transportes Aquaviários- Antaq os projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas, conforme se deflui do disposto no art. 27, XVII, da Lei 10.233/2001, *verbis*:

Art. 27. Cabe à Antaq, em sua esfera de atuação:

(....)

XVII – autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas, encaminhando ao Ministério de Estado dos Transportes ou ao Secretário Especial dos Portos, conforme o caso, propostas de declaração de utilidade pública;

Vale notar que os portos organizados constituem esfera de atuação da Antaq, a teor do art. 23, II.

Feitas estas considerações, é de se ter por certo que o empreendimento denominado *camelódromo* vem sendo construído na área do Porto Organizado de Manaus sem a regular autorização da Autarquia, circunstância que não é negada pelo Município de Manaus.

Por outro lado, olvidou o Município de comprovar que a obra foi previamente submetida à avaliação do Conselho de Administração do Porto – CAP/Manaus, conforme exigência constante dos incisos IX, X e XI do § 1º do art. 30 da Lei 8.630/1993, nos seguintes termos:

Art. 30. Será instituído, em cada porto organizado ou no âmbito de cada concessão, um Conselho de Autoridade Portuária.

§ 1º Compete ao Conselho de Autoridade Portuária:

(....)

IX – manifestar-se sobre os programas de obras, aquisições e melhoramentos da infraestrutura portuária;

X – aprovar o plano de desenvolvimento e zoneamento do porto;

XI – promover estudos objetivando compatibilizar o plano de desenvolvimento do porto com os programas federais, estaduais e municipais de transporte em suas diversas modalidades;

Não bastassem tais irregularidades, as quais, por si só, são suficientes a demonstrar a verossimilhança das alegações deduzidas pela Antaq, o Ministério Público Federal informa, por ocasião de sua manifestação (fls. 194/196), que a questão também é objeto do Inquérito Civil Público 1.13.000.000418/2010-93, que tramita perante o 2º Ofício Cível daquela Procuradoria da República do Estado do Amazonas, instaurado para apurar a regularidade da instalação do shopping dos camelôs no Porto de Manaus e no *Bootline* sob a perspectiva do patrimônio histórico, haja vista que o Porto Organizado de Manaus é tombado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Aduz, ainda, o MPF, que nos autos do ICP consta proposta de Termo de Ajustamento de Conduta TAC – formulado pelo Município de Manaus, cujos termos vão de encontro à disciplina legal da regulação do Transporte Aquaviário, porquanto

consta que as partes pretendem instalar boxes destinados a camelôs em área de 10.142 metros quadrados no Porto Organizado de Manaus, entre os armazéns 10-a e 23, no intuito de fixar a totalidade dos camelôs cadastrados no Município de Manaus/AM por 48 (quarenta e oito meses), com previsão, inclusive, de ajuste de posição do Armazém 20, objetivando o aumento de largura da Rua Marquês de Santa Cruz, entre o Porto e o Mercado Adolpho Lisboa, bem como a cobrança, por parte da EHA, de valor mensal pelo uso dos boxes a ser pago pelos camelôs.

Nesse passo, tenho que o empreendimento, da maneira em que apresentado, carece de prévia autorização dos órgãos de fiscalização competentes, mormente diante do relevante impacto a ser causado na área portuária.

Em face do exposto, *defiro o pedido* de tutela antecipada para determinar a paralisação das obras do chamado *camelódromo* ou qualquer outra sem a anuência da Antaq, até ulterior deliberação deste juízo.

Desde logo, para a hipótese de eventual descumprimento das determinações aqui apontadas, estabeleço que a Sociedade de Navegação, Portos e Hidrovias do Estado do Amazonas – SNPH, a Estação Hidroviária do Amazonas S/A e o Município de Manaus, arcarão com multa diária no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

O mandado de segurança, como se sabe, é garantia constitucional destinada a “proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (Constituição Federal, art. 5º, inciso LXIX).

Pressuposto do cabimento do mandado de segurança, pois, a ocorrência de um ato de autoridade, ilegal ou abusivo.

Tratando-se de mandado de segurança contra ato judicial, somente se admite em casos excepcionais, em que a decisão possa causar dano grave e irreparável, seja manifestamente ilegal ou se afigure teratológica.

Na espécie, não vislumbro a alegada ilegalidade no ato impugnado.

Primeiramente, há que se esclarecer que o fato de a impetrante ostentar a qualidade de cessionária dos direitos e deveres decorrentes do contrato de locação da área em que se pretende edificar o chamado *camelódromo* não a torna litisconsorte passiva necessária na ação referida. Sua condição, quer parecer, mais se aproxima da do assistente simples (art. 50, do Código de Processo Civil), que, a qualquer tempo, poderá requerer o ingresso na lide.

Por outro lado, o instrumento de cessão de direitos invocado pela impetrante parece ter sido formalizado em 06/08/2010, (fls. 135/138), quando já havia sido proferida a decisão que determinou a paralisação das obras de construção do *shopping* popular do Porto de Manaus, esta datada de 28/2007 do corrente ano. Quanto ao ponto, são pertinentes as informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, segundo a qual, na data da propositura da ação, “inexistia interesse jurídico da impetrante a justificar o ingresso na lide” (fls. 255)

Mesmo que se argumente que, na data da assinatura do contrato de cessão direitos, a locadora Estação Hidroviária do Amazonas S.A., ainda não havia sido citada, a mesma tinha pleno conhecimento da decisão que determinou a paralisação das obras, tanto que interpôs, em 04/08/2010, o Agravo de Instrumento 0047314-25.2010.4.01.0000/AM, para impugnar decisão que também é atacada por meio deste *mandamus*.

Quanto à alegação de que a Antaq é carecedora de ação, tenho como inviável o acolhimento do argumento em sede de mandado de segurança, devendo o mesmo ser deduzido, por quem de direito, nos autos principais, em que a análise das peculiaridades do caso concreto pode se fazer de forma mais acurada, para verificação do preenchimento das condições da ação.

Dessa forma, considerando a moldura fática delineada, não se mostra eivada de qualquer ilegalidade a decisão, a justificar o cabimento do mandado de segurança, na espécie.

Pelo exposto, por ser incabível o mandado de segurança, na hipótese, indefiro a inicial, e, em consequência, declaro extinto o processo, sem resolução do mérito, a teor do disposto no art. 267, inciso I, do Código de Processo Civil.

Intimem-se.

Publique-se.

Oportunamente, arquivem-se os autos.

Brasília, 06/10/2010.

Juiz Federal *Alexandre Jorge Fontes Laranjeira*, relator convocado.

Numeração única: 0012523-94.2010.4.01.3600

Recurso Inominado 2008.36.03.702331-6/MT

Relatora: Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu

Recorrente: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS

Recorrida: Conceição Madalena de Freitas

Advogada: Dra. Fabiana de Lima

Publicação: e-DJF1 de 6/10/2010, p. 728

Ementa

Previdenciário. Aposentadoria por invalidez. Incapacidade. Laudo médico. Restrições para esforços físicos excessivos. Não equivale à incapacidade laboral. Análise do laudo associada às condições da parte segurada. Exegese sistemática mas não paternalista. Ausência dos requisitos. Benefícios indevidos.

I. Do laudo (fls. 35/37) pode ser destacado que: a autora possui degeneração discal lombar e cervical, alterações estas que lhe provocam limitações parciais e permanentes no que toca ao exercício de atividades que demandem esforços físicos *excessivos*. Quanto ao aspecto social da autora, as informações indicam tratar-se de pessoa com 41 anos de idade, que, exceto por um curto período de tempo em que exerceu atividade de faxineira, sempre trabalhou em casa (do lar).

II. Por outro lado, na resposta ao quesito 4 (fls. 37), a *expert* conclui que a condição clínica da autora não a impedirá de realizar suas atividades habituais, sendo que sua atividade de doméstica não envolve esforço físico demasiado.

III. Com isso, a partir de uma análise sistemática das informações periciais, chega-se à conclusão de que a doença ortopédica apresentada pela autora, não obstante causar-lhe limitações e incômodos (que são minimizados com analgésicos), não provoca incapacidade laboral, nem parcial nem definitiva. Além disso, a autora, 42 anos de idade (há 18 anos de ser considerada idosa), exerce apenas atividades do lar, as quais, sabidamente podem ser realizadas sem que seja obrigatório emprego de esforço físico *excessivo*. Note-se, ademais, que o laudo aponta restrições apenas para esforços excessivos. Nesse ponto ressalvo, aliás, que, com exceção de pouquíssimos indivíduos treinados e com alto desempenho muscular, a maioria das pessoas não pode praticar esforços físicos excessivos, sob pena de lesão muscular ou dores, e, nem por isso, haverá incapacidade para o trabalho.

IV. Por derradeiro, considero que a concessão de benefícios previdenciários, cujo custeio advém de verbas cooperadas (contributivas), deve ser pautada em requisitos legais interpretados conforme o contexto político e sócio-cultural do trabalhador, mas, sem que essa exegese conduza a decisões extremadas e paternalistas, não aconselháveis nem para os segurados (patrocinadores) nem para a Nação.

V. Recurso provido. Benefício indevido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso – 25/08/2010.

Juíza Federal *Adverci Rates Mendes de Abreu*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu: — Trata-se de recurso interposto pelo INSS contra a sentença que, reconhecendo a presença dos requisitos legais, sendo eles a qualidade de segurado e a doença incapacitante, julgou procedente o pedido inicial de aposentadoria por invalidez. O recorrente alega, em

síntese, que o laudo pericial foi cristalino ao afirmar que a autora não está totalmente incapacitada para o trabalho e que, para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, é irrelevante os aspectos sociais e culturais do segurado. Contrarrazões ofertadas.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu: — Insurge-se o INSS contra sentença de primeiro grau que, por ter reconhecido presentes os requisitos legais concernentes à qualidade de segurado e à impossibilidade laboral em face de doença, concedeu à parte autora benefício por incapacidade, com DIB a partir da data da entrada do requerimento.

No atual sistema previdenciário, de natureza eminentemente contributiva, os benefícios por incapacidades são concedidos a aqueles que comprovarem a presença de enfermidade incapacitante, temporária ou definitiva, contemporânea à qualidade de segurado, observados ainda os períodos de carência pré-estabelecidos. Além disso, a lei exige também, como pressuposto negativo, a inexistência de doença pré-existente à filiação, salvo se evolutiva ou em estado de progressão. Transcrevo, a propósito, os dispositivos legais correspondentes:

Lei 8.213/1991: Art. 24. Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências. Parágrafo único. Havendo perda da qualidade de segurado, as contribuições anteriores a essa data só serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com, no mínimo, 1/3 (um terço) do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido.

Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26: I – auxílio-doença e aposentadoria por invalidez: 12 (doze) contribuições mensais;

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição. § 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança. § 2º 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.

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos. Parágrafo único. Não será devida auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

No caso em análise verifico que a controvérsia reside no(s) quesito(s) relativo(s) à incapacidade laboral da parte autora, bem como, alternativamente, sobre a data de início do benefício. Segundo o recorrente, o laudo médico atestou tão somente a incapacidade parcial para atividades que demandem esforços físicos excessivos, a qual, por si só, inadmite o benefício de aposentadoria por invalidez.

Com efeito, para a resolução da insurgência recursal, faz-se necessário analisar as constatações médico-periciais associadas às demais condições pessoais da parte autora.

Do laudo (fls. 35/37) pode ser destacado que: a autora possui degeneração discal lombar e cervical, em caráter evolutivo, alterações estas que lhe provocam limitações parciais e permanentes no que toca ao exercício de atividades que demandem esforços físicos excessivos. Quanto ao aspecto social da autora, as informações indicam tratar-se de pessoa com 41 anos de idade, que, exceto por um curto período de tempo em que exerceu atividade de faxineira, sempre trabalhou em casa (do lar).

No entanto, aprofundando-se um pouco mais no exame pericial, verifica-se que a perita informa que a autora *está impossibilitada apenas de realizar atividades com esforço físico excessivo* (Grifei – fls. 36, quesito 1 da parte autora).

A seguir, a respeito da enfermidade da parte autora, a perita informa ainda que: *é doença comum ao envelhecimento normal de cada indivíduo* e que *podem ocorrer curtos períodos de dores que melhoram com uso de medicação (...)* não a incapacitando de exercer atividades laborativa de sua vida de forma independente (grifei).

Por fim, na resposta ao quesito 4 (fls. 37), a *expert* conclui que a condição clínica da autora não a impedirá de realizar suas atividades habituais, sendo que sua

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Jefferson Schneider e Paulo Cesar Lopes.

atividade de doméstica não envolve esforço físico demasiado (grifei).

Nessa ordem de ideias, observo que o laudo pericial encontra-se contraditório em algumas de suas conclusões e que, a partir de uma análise sistemática das informações periciais, chega-se à conclusão de que a doença ortopédica apresentada pela autora, não obstante causar-lhe limitações e incômodos (que são minimizados com analgésicos), não provoca incapacidade laboral nem parcial nem definitiva.

Além disso, a autora, 42 anos de idade (há 18 anos de ser considerada idosa), exerce apenas atividades do lar, as quais, sabidamente podem ser realizadas sem que seja obrigatório emprego de esforço físico *excessivo*. Note-se, ademais, que o laudo aponta restrições apenas para esforços excessivos. Nesse ponto ressalvo, aliás, que, com exceção de pouquíssimos indivíduos treinados e com alto desempenho muscular, a maioria das pessoas não pode praticar esforços físicos

excessivos, sob pena de lesão muscular ou dores, e, nem por isso, haverá incapacidade para o trabalho.

Por derradeiro, considero que a concessão de benefícios previdenciários, cujo custeio advém de verbas cooperadas (contributivas), deve ser pautada em requisitos legais interpretados conforme o contexto político e sócio-cultural do trabalhador, mas, sem que essa exegese conduza a decisões extremadas e paternalistas, não aconselháveis nem para os segurados (patrocinadores) nem para a Nação.

Assim, após o exame contextualizado das informações periciais, considero ausente qualquer tipo de incapacidade laboral, sendo que, no mais, não há que se falar em benefícios por incapacidade.

Numeração única: 0067236-74.2005.4.01.3800

Recurso Inominado 2005.38.00.722111-3

Relator: Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes
 Recorrente: José Ribeiro da Silva Arantes
 Advogados: Dr. Emanuel Magela Silva Garcia e outro
 Recorridos: União Federal e Banco Central do Brasil
 Procurador: Dr. Nelson Xisto Damasceno Filho
 Publicação: e-DJF1 de 19/10/2010, p. 921

Ementa*

Responsabilidade civil. Pedido de indenização. Danos materiais. Redução do valor das quotas. Marcação de mercado. Aplicação da Instrução CVM 365/2002. Possibilidade.

I. A aplicação em fundos de investimento sujeita-se às flutuações típicas do mercado financeiro, o que pode trazer ganhos consideráveis ou ocasionar prejuízos, os quais são suportados exclusivamente pelo próprio investidor, que, ao aplicar em fundos dessa natureza, assume os riscos decorrentes dessa espécie de investimento.

II. A Comissão de Valores Mobiliários, por meio da Instrução CVM 365, de 29/05/2002, modificou a sistemática de obtenção do valor dos ativos dos referidos fundos de investimento. As aplicações estavam sujeitas às variações típicas do mercado financeiro, sendo suportados pelo investidor que assume os riscos próprios dessa espécie de investimento. Não há direito à indenização em virtude de eventual perda financeira.

III. Recurso provido para julgar improcedente o pedido inicial.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

3ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Minas Gerais – 09/07/2010.

Juiz Federal *Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes*, relator.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Alexandre Ferreira Infante Vieira e Giovanni Morgan.

Numeração única: 0040839-77.2006.4.01.3400

Recurso Inominado 2006.34.00.703441-1/DF

Relator: Juiz Federal Náiber Pontes de Almeida
Recorrente: Jorge Haroldo Martins
Advogada: Dra. Patricia Cristine Viana David
Recorrido: Conselho Regional de Contabilidade do Distrito Federal – CRCDF
Advogado: Dr. Reginaldo Arantes de Carvalho
Publicação: e-DJF1 de 22/10/2010, p. 690

Ementa*

Anulação de débito. Conselho Regional de Contabilidade do Distrito Federal – CRCDF. Pagamento de anuidade.

I. A inscrição em conselho profissional enseja obrigação de pagar a anuidade independentemente de o inscrito estar impedido de exercer a profissão por exercício de atividade incompatível. A obrigação de pagar só cessa a partir da suspensão ou cancelamento da inscrição da parte autora, o que, na hipótese vertente, só se verificou a partir da data do pedido administrativo consoante sentença de embargos às fls. 52.

II. O argumento de que deveria ter o CRCDF promovido, de ofício, a suspensão da inscrição do autor não prospera, pois, se assim fosse chegaríamos ao absurdo de exigir que cada órgão profissional *pesquisasse* a vida profissional de cada associado para ver se cobrava anuidade ou não (note-se inclusive que o conselho diminuiu a dívida, entre anuidades e multas, de R\$4.478,24 para R\$993,27).

III. Portanto, deve ser reconhecida a dívida do autor até a data do desligamento (27/01/2003 – fls. 48).

IV. Recurso improvido. Acórdão lavrado nos termos do art. 46 da Lei 9.099/1995.

V. Cabíveis honorários advocatícios em favor do CRCDF no valor de 10% do valor da causa devidamente atualizado nos termos do art. 55 da Lei 9.099/1995.

Acórdão

Decide a Turma Recursal, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Distrito Federal – 30/09/2010.

Juiz Federal *Náiber Pontes de Almeida*, relator.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Rui Costa Gonçalves e Alysson Maia Fontenele.

Numeração única: 0023821-29.2009.4.01.3500

Recurso Inominado 2009.35.00.702416-7

Relator: Juiz Federal Paulo Ernane Moreira Barros
Recorrentes: Aneel – Agência Nacional de Energia Elétrica e outro
Advogada: Dra. Ana Paula da Silva Souza
Procuradora: Dra. Lúcia Penna Franco Ferreira
Recorrido: Cícero Vitoriano de Oliveira
Advogada: Dra. Rosangela Magalhães de Almeida
Publicação: e-DJF1 de 28/10/2010, p. 1.004

Voto/Ementa*

Aneel – Agência Nacional de Energia Elétrica e Celg – Centrais Elétricas de Goiás. Consumidor de baixa renda. Inclusão em subclasse residencial de baixa renda. Aferição da miserabilidade. Beneficiário de amparo assistencial. Renda familiar inferior a ¼ do salário mínimo. Critério objetivo satisfeito. Recurso improvido.

I. Cuida-se de recurso interposto pelas Centrais Elétricas de Goiás – Celg contra sentença que julgou procedente pedido de cadastramento do autor como consumidor de baixa renda, com consumo médio inferior a 220 KW. Alega, em síntese, que a lei estabelece critérios específicos para o enquadramento do consumidor como de *baixa renda*, não podendo ser aplicada legislação diversa; destaca que o consumo mensal equivalente a 111 KW é elevado, já que a lei prevê que nos casos de consumo inferior a 80 KW o enquadramento é automático, não sendo este o caso do autor, razão pela qual foi necessária a comprovação de recebimento de um dos benefícios do governo, também não atendido; aduz que a adoção dos critérios aprovados pela Aneel vai ao encontro do princípio da moralidade e atende aos ditames da legislação federal, retirando da categoria de baixa renda os consumidores que não tenham, de fato, baixo poder aquisitivo.

II. O recurso é próprio e tempestivo, merecendo ser conhecido.

III. A sentença deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, ao teor do art. 46 da Lei 9.099/1995.

IV. Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

V. Condeno o recorrente ao pagamento de honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

É o voto.

Acórdão

Decide a Turma Recursal *negar provimento ao recurso*.

Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Goiás – 07/10/2010.

Juiz Federal *Paulo Ernane Moreira Barros*, relator.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Warney Paulo Nery Araújo e Fernando Cléber de Araújo Gomes.

Numeração única: 0024155-63.2009.4.01.3500

Recurso Inominado 2009.35.00.702775-5/GO

Relator: Juiz Federal Paulo Ernane Moreira Barros

Recorrente: União Federal

Procurador: Dr. Luciano Haddad Monteiro de Castro

Recorrido: Osvaldo Alves de Oliveira

Publicação: e-DJF1 de 28/10/2010, p. 1.013

Voto/Ementa*

PIS/Pasep. Levantamento. Trabalhador afastado do mercado formal de trabalho há mais de três anos. Interpretação teleológica do art. 4º, §1º, da Lei Complementar 26/1975. Impossibilidade de aplicação da lei de regência do FGTS. Improcedência do pedido. Recurso provido.

I. Trata-se de recurso interposto pela União Federal contra sentença que julgou procedente pedido de levantamento de valores depositados em conta do PIS, fundada na comprovação de afastamento do trabalhador do mercado formal de trabalho há mais de três anos. Alega, em síntese, que a Lei Complementar 26/1975 não prevê, dente as hipóteses autorizadoras de saque, o afastamento do trabalhador por período superior a três anos, sendo que por se tratar de dispositivo taxativo, não se pode promover a aplicação da legislação de regência do FGTS; colaciona julgados e pugna pela reforma da sentença.

II. Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

III. A Lei Complementar 26/1975 indica como hipóteses autorizadoras do levantamento do saldo da conta do PIS o casamento, a aposentadoria, a transferência para a reforma ou a invalidez do titular. O julgador, na apreciação do pedido, não deve se ater a uma interpretação literal e isolada do dispositivo legal, mas sim procurar o verdadeiro sentido da lei, numa interpretação sistêmica do corpo normativo, buscando os fins sociais que ela visa atender. Assim está escrito no art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem-comum”.

IV. Com a finalidade de atender aos fins sociais que nortearam a criação do instituto, há diversos precedentes dos Tribunais Superiores nos quais se defere o pedido de levantamento dos valores do PIS para atender situações não previstas na LC 26/1975, como é o caso do titular ou dependente acometido de doença grave, por se tratar de hipótese semelhante à invalidez.

V. Contudo, em se tratando de caso de afastamento do trabalhador do mercado formal há mais de três anos, esta Turma vem se firmando no sentido de que indevida é a aplicação analógica das disposições constantes na legislação que rege o FGTS (art. 20, inciso VIII, da Lei 8.036/1990), haja vista que a conta do PIS/Pasep não tem o alcance dado à conta vinculada ao FGTS, esta sim verdadeiro patrimônio do empregado. Ademais, o afastamento do mercado, por si só, não induz à presunção de situação de penúria do trabalhador de modo a ensejar o levantamento como forma de garantia à sobrevivência deste e de seus familiares.

VI. Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido inaugural.

VII. Sem condenação em honorários advocatícios (art. 55 da Lei 9.099/1995).

É o voto.

Acórdão

Decide a Turma Recursal dar provimento ao recurso.

Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Goiás – 07/10/2010.

Juiz Federal *Paulo Ernane Moreira Barros*, relator.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Warney Paulo Nery Araújo e Fernando Cléber de Araújo Gomes.

Numeração única: 0007341-30.2010.4.01.3600

Recurso Inominado 2010.36.00.901692-9/MT

Relator: Juiz Federal Jeferson Schneider
 Advogados: Dr. Rerison Rodrigo Babora e outro
 Recorrente: José Virgílio da Trindade
 Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Publicação: e-DJF1 de 3/11/2010, p. 535

Ementa

Constitucional e Processo Civil. Princípios constitucionais. Técnica da ponderação. Prévio requerimento administrativo. Prova da necessidade do processo. Recurso improvido.

I. Não cabe recurso inominado contra sentença terminativa (art. 5º da Lei 10.259/2001).

II. A antiga e consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e, inclusive, desta Turma Recursal, da qual já fiz parte em substituição legal, despreza a evolução legislativa e a realidade social. Em princípio, aparentemente bondosa, tem-se mostrado prejudicial ao próprio jurisdicionado, isto é, mais do que ampliar e aprofundar o direito fundamental de livre acesso ao poder judiciário, está se revelando um verdadeiro entrave à efetiva prestação jurisdicional.

III. Os argumentos a favor da desnecessidade do prévio requerimento administrativo normalmente giram em torno dos princípios constitucionais do *direito de petição* (art. 5º, inciso XXXIV, letra *a*, da CR), da *inafastabilidade da jurisdição* (art. 5º, inciso XXXV, da CR) e do *devido processo legal* (art. 5º, inciso LIV, da CR). A despeito de que os princípios constitucionais sejam mandados de otimização (Robert Alexy), portadores de uma inata tendência de expansão, devendo ser realizados na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas, terminam por encontrar limites jurídicos em princípios da mesma estatura constitucional como os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, e do recentíssimo princípio constitucional por meio do qual “são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, inciso LXXVIII, da CR). Assim, entendo, em um juízo de ponderação de princípios destinado a permitir que todos os princípios constitucionais acima mencionados possam ser realizados da melhor maneira possível, que a exigência do prévio requerimento administrativo, mais do que um obstáculo ou empecilho ao livre direito de acesso ao Poder Judiciário, trata de racionalizar o trabalho dos juizados, reduzindo o tempo de duração do processo. A exigência do prévio requerimento administrativo não impede o acesso ao poder judiciário, mas tão somente disciplina esse acesso, o que ocorre, *mutatis mutandis*, sem nenhuma eiva de inconstitucionalidade ou ilegalidade, com todos os pressupostos processuais e as condições da ação.

IV. Dessa forma, para concluir, tenho que deve ser prestigiada a moderna jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização, que atenta às peculiaridades dos juizados, decantou-se pela exigência do prévio requerimento administrativo para fins de comprovação da necessidade do processo. Neste sentido: (PEDILEF 200581100054978, rel. Juiz Federal Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, *DJ* 13/05/2010; PEDILEF 200481100056144, rel. Juíza Federal Jacqueline Michels Bilhalva, *DJ* 13/05/2010).

V. Portanto, regra geral, o interesse de agir deve ser comprovado mediante o prévio requerimento administrativo e o decurso do prazo de 45 dias sem resposta por parte da autarquia (art. 41-A, § 5º, da Lei 8.213/1991, com a redação dada pela Lei 11.665/2008). Como exceção à regra geral, temos os seguintes casos: a) apresentação de contestação judicial pelo INSS; b) apresentação de proposta de acordo pelo INSS; c) casos similares sabidamente indeferidos pelo INSS na via administrativa; d) existência de orientação normativa editada pelo INSS contrária ao pedido; d) juizados itinerantes.

VI. Recurso não conhecido.

Acórdão

Decide a Turma Recursal, por maioria, não conhecer do recurso.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso – 15/10/2010.

Juiz Federal *Jeferson Schneider*, relator.

Dispensado o relatório, na forma do art. 38 da Lei 9.099/1995.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Jeferson Schneider: — A parte autora recorreu da sentença que julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, sob o fundamento de ausência de requerimento administrativo do benefício previdenciário. Alega, em síntese, que o acesso à Justiça é ditame constitucional, não podendo sofrer qualquer espécie de limitação.

Não cabe recurso inominado contra sentença terminativa (art. 5º da Lei 10.259/2001).

Contudo, mesmo que assim não fosse, sem razão a parte recorrente.

A antiga e consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e, inclusive, desta Turma Recursal, da qual já fiz parte em substituição legal, despreza a evolução legislativa e a realidade social. Em princípio, aparentemente bondosa, tem-se mostrado prejudicial ao próprio jurisdicionado, isto é, mais do que ampliar e aprofundar o direito fundamental de livre acesso ao poder judiciário, está se revelando um verdadeiro entrave à efetiva prestação jurisdicional.

Os argumentos a favor da desnecessidade do prévio requerimento administrativo normalmente giram em torno dos princípios constitucionais do

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais José Pires da Cunha e Vanessa Curti Perenha Gasquez.

direito de petição (art. 5º, inciso XXXIV, letra *a*, da CR), da *inafastabilidade da jurisdição* (art. 5º, inciso XXXV, da CR) e do *devido processo legal* (art. 5º, inciso LIV, da CR).

A despeito de que os princípios constitucionais sejam mandados de otimização (Robert Alexy), portadores de uma inata tendência de expansão, devendo ser realizados na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas, terminam por encontrar limites jurídicos em princípios da mesma estatura constitucional como os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, e do recentíssimo princípio constitucional por meio do qual “são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, inciso LXXVIII, da CR).

Extraí-se, ainda, da lição do filósofo alemão que a interpretação de um princípio não pode ser tal que termine por anular ou invalidar um princípio em sentido contrário, cabendo ao intérprete, por meio da técnica da ponderação de princípios, encontrar um ponto ótimo entre dois princípios colidentes.

No caso dos autos, a interpretação que se tem dado ao direito de petição, à inafastabilidade da jurisdição e ao devido processo legal, ao não exigir-se a prova do prévio requerimento administrativo – veja-se que não se trata do esgotamento da via administrativa – mostra-se irrazoável e desproporcional a ponto de trazer sérias dificuldades para a realização do direito à razoável duração do processo.

No dia a dia dos juizados, o segurado simplesmente transformou o Juizado Especial Federal em um posto de benefícios do INSS, isto é, antes de dirigir-se a um posto de atendimento do Inss para requerer seu benefício, protocola seu pedido na Justiça como se fosse o INSS. Essa prática, muitas vezes realizada sob orientação de advogado, ao contrário do que pode parecer, torna-se prejudicial ao próprio segurado.

Primeiro, porque muitas demandas desnecessárias são ajuizadas, o que eleva o quantitativo de processos judiciais em tramitação e, por consequência, o tempo de duração dos processos. Quanto maior o número de processos, mantida a mesma estrutura pessoal e material, maior será o tempo para a solução da lide. Infelizmente, a celeridade do juizado, um de seus princípios basilares, há muito não vem sendo realizado, porque simplesmente o juizado colapsou com a explosão do número de processos. Hoje não é difícil encontrar processos que já tramitam há anos sem uma solução.

Segundo, nos casos em que o segurado se faz representar por meio de advogado, o custo do processo para a parte aumenta, porque ademais dos honorários da sucumbência, normalmente são contratados honorários, os quais correspondem invariavelmente às parcelas vencidas. Essa constatação não é nenhuma crítica à atuação dos advogados que realizam contrato de risco mediante contraprestação. Contudo, essa rotina demonstra que o processo judicial tem um custo muito maior para a parte – via de regra, hipossuficiente – do que um simples requerimento administrativo protocolado junto ao INSS.

Destarte, o processo judicial significa mais tempo e mais dinheiro, tudo o que o segurado quer evitar, quando comparado com o processo administrativo deflagrado a partir de um requerimento da mesma natureza. O processo judicial, instrumento constitucional à disposição da parte, deve ser utilizado como *ultima ratio*, isto é, somente diante de uma real necessidade, sob pena de o processo não alcançar sua especial finalidade, ou seja, realizar justiça a tempo e modo.

Assim, entendo, em um juízo de ponderação de princípios destinado a permitir que todos os princípios constitucionais acima mencionados possam ser realizados da melhor maneira possível, que a exigência do prévio requerimento administrativo, mais do que um obstáculo ou empecilho ao livre direito de acesso ao Poder Judiciário, trata de racionalizar o trabalho dos juizados, reduzindo o tempo de duração do processo. A exigência do prévio requerimento administrativo não impede o acesso ao Poder Judiciário, mas tão somente disciplina esse acesso, o que ocorre, *mutatis mutandis*, sem nenhuma eiva de inconstitucionalidade ou ilegalidade, com todos os pressupostos processuais e as condições da ação.

Dessa forma, para concluir, tenho que deve ser prestigiada a moderna jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização, que atenta às peculiaridades dos juizados, decantou-se pela exigência do prévio requerimento administrativo para fins de comprovação da necessidade do processo. Neste sentido:

Previdenciário. Benefício de auxílio-maternidade. Segurada especial. Trabalhadora rural. Extinção do feito sem julgamento de mérito. Ausência de prévio pedido na esfera administrativa. Julgado do STJ anterior à criação dos JEF's. Contexto fático distinto. Indispensabilidade de pedido administrativo prévio. Inexistência de manifestação do INSS sobre o mérito. Pedido de uniformização improvido.

I. A posição adotada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, referente à possibilidade

de propositura de ação de natureza previdenciária, independentemente de prévio pedido na esfera administrativa, por ser anterior à sua criação, não guarda similitude fática com aquelas processadas no âmbito dos JEF's. II. Tendo o r. acórdão impugnado confirmado a sentença recorrida que, por sua vez, extinguiu o feito sem julgamento de mérito por ausência de prévio pedido na esfera administrativa, restou observado o atual posicionamento da Turma Nacional de Uniformização que preserva o acesso aos Juizados Especiais Federais mediante a observância do requisito do prévio pedido na esfera administrativa, visando assegurar a celeridade da prestação jurisdicional, que estaria comprometida com o aumento extraordinário do número de demandas. III. Embora a exigência de prévio processo administrativo venha sendo mitigada naquelas hipóteses em que a inicial tiver sido admitida e, em contestação, o INSS manifestar-se especificamente sobre o mérito da questão debatida, tal não ocorre no presente caso, visto que o requerido limitou-se a reclamar a falta de prévio requerimento administrativo IV. Pedido de Uniformização de Jurisprudência ao qual se nega provimento.

(PEDILEF 200581100054978, rel. Juiz Federal Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, DJ 13/05/2010.)

Previdenciário. Revisão sobre questão de fato. Sentença que julga extinto o processo sem resolução de mérito. Ausência de prévio requerimento administrativo. Falta de interesse de agir caracterizada.

I. A exigência de prévio requerimento administrativo em matéria previdenciária não é uma questão meramente processual, mas, sim, uma questão de direito material afeta à própria garantia constitucional de amplo acesso ao Poder Judiciário. II. No âmbito do microsistema dos juizados, a solução é a mesma em relação à concessão de benefício previdenciário e em relação à revisão sobre questão de fato não examinada no ato de concessão de benefício previdenciário: exige-se prévio requerimento administrativo para a caracterização de interesse processual legítimo. II.1. Isto justifica a extinção do processo sem resolução

do mérito mediante indeferimento da inicial ou, se houver citação, após o decurso do prazo da contestação, se não houver a apresentação de contestação de mérito pelo INSS. II.2. Isto não justifica a extinção do processo sem resolução do mérito se houver contestação de mérito pelo INSS. III. Em se tratando de revisão exclusivamente sobre critério de cálculo relativo a ato de concessão de benefício previdenciário, não se exige prévio requerimento administrativo, sendo público e notório que o INSS não admite este tipo de revisão. IV. Caso em que não houve prévio requerimento administrativo de concessão de aposentadoria, mas houve contestação de mérito específica, caracterizando-se a pretensão resistida. V. Pedido improvido.

(Pedilef 200481100056144, rel. Juíza Federal Jacqueline Michels Bilhalva, DJ 13/05/2010.)

Portanto, regra geral, o interesse de agir deve ser comprovado mediante o prévio requerimento administrativo e o decurso do prazo de 45 dias sem resposta por parte da autarquia (art. 41-A, § 5º, da Lei 8.213/1991, com a redação dada pela Lei 11.665/2008).

Como exceção à regra geral, temos os seguintes casos: a) apresentação de contestação judicial pelo INSS; b) apresentação de proposta de acordo pelo INSS; c) casos similares sabidamente indeferidos pelo INSS na via administrativa; d) existência de orientação normativa editada pelo INSS contrária ao pedido; e) juizados itinerantes.

Como o caso dos autos não se encontra em nenhuma das exceções acima, tenho que deve ser aplicada a regra geral.

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do recurso e seu improvido. E, ainda, deixo de condenar o recorrente em custas e honorários advocatícios diante da alegada hipossuficiência.

É o voto.

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

Processual Civil. Antecipação de tutela. Conversão do agravo de instrumento em retido. Ausência de periculum in mora. Ilegalidade manifesta ou teratologia inexistente.

I. Segundo entendimento jurisprudencial, a admissibilidade de impetração do *mandamus* contra ato jurisdicional se cinge às hipóteses em que a decisão é verdadeiramente absurda, flagrantemente ilegal ou teratológica, tendo em vista o enunciado da Súmula 121 do TFR (*Não cabe mandado de segurança contra ato ou decisão, de natureza jurisdicional, emanado de relator ou presidente de Turma*).

II. Não é manifestamente ilegal e nem teratológica a decisão que, com fundamento no art. 527, II, do CPC, converte o agravo de instrumento em retido por entender não estar presente o risco de lesão grave até o julgamento da apelação, ocasião em que o pedido de depósito judicial a ser feito pela Previ – Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil poderá ser reapreciado pelo órgão competente.

III. Segurança denegada.

Numeração única: 0022488-66.2009.4.01.0000

Mandado de Segurança 2009.01.00.024004-7/DF

Relator: Desembargador Federal Leomar Amorim – Corte Especial

Publicação: *e-DJF1* de 25/10/2010, p. 2

Processual Civil. Agravo regimental na ação rescisória. Princípio do juiz natural. Turma composta majoritariamente por juízes convocados. Nulidade. Inexistência.

I. “É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que não viola o princípio do juiz natural a convocação de juízes de primeiro grau para compor órgão julgador do respectivo tribunal.” (STF, HC 99.240, Primeira Turma, rel. Min. Ayres Britto, *DJe* de 20/05/2010).

II. Se o órgão julgador prolator do acórdão rescindendo tinha na sua composição desembargador federal que o presidiu, correta a decisão que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela rescisória.

III. Agravo regimental a que se nega provimento.

Numeração única: 0018290-83.2009.4.01.0000

Agravo Regimental na Ação Rescisória 2009.01.00.017964-3/PI

Relator: Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado) – 1ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 11/11/2010, p. 12

Penal. Ação penal. Prefeito municipal. Decreto-Lei 201/1967, art. 1º, inciso XIV. Prescrição em perspectiva. Precatório. Pagamento. Ato administrativo. Atipicidade. Denúncia rejeitada.

I. É pacífica a jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a tese de ocorrência da prescrição em perspectiva não merece acolhimento, por isso que o nosso ordenamento jurídico-processual não contempla a prescrição por antecipação.

II. A conduta descrita no inciso XIV, do art. 1º, do Decreto-Lei 201/1967, constitui deixar de cumprir ordem judicial.

III. A atividade desenvolvida por presidente de Tribunal, no processamento de precatórios, é de natureza administrativa e não jurisdicional (Súmula 311/STJ).

IV. Se o fato narrado na denúncia não se amolda a um tipo penal não há tipicidade.

V. Denúncia rejeitada.

Numeração única : 0064150-44.2008.4.01.0000
Inquérito Policial 2008.01.00.061965-3/MA
Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro – 2ª Seção
Publicação: e-DJF1 de 28/10/2010, p.188

Processual Civil. Conflito de competência. Vara de Juizado Especial Federal e vara de competência comum federal. Interpretação legal. Inexistência de anulação de ato administrativo em exame. Demanda sem complexidade que versa relação jurídica individual. Ausência da vedação do art. 3º, § 1º, III, da Lei 10.259/2001. Competência da vara do Juizado Especial Federal.

I. Feito em que não se busca a anulação de ato administrativo, mas sim o enquadramento do contrato havido entre as partes como relação de trabalho temporário, num primeiro momento, e, depois, como contrato por prazo indeterminado, em razão de alegadas prorrogações, com o conseqüente reconhecimento do direito aos depósitos dos valores do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço referentes ao período laborado.

II. O art. 3º, § 1º, III, da Lei 10.259/2001 não se aplica ao caso porque não se discute a anulação ou cancelamento de ato administrativo de abrangência federal, mas sim situação individual referente aos direitos decorrentes de contratos de prestação de serviços.

III. A vedação prevista no art. 3º, § 1º, III, da Lei 10.259/2001 deve ser entendida em relação às demandas complexas de anulação de ato administrativo de alcance geral federal, já que em tais casos restariam prejudicados princípios próprios dos juizados especiais, como a celeridade, a oralidade, a simplicidade, a imediação e a composição, por exemplo.

IV. Demanda que tem como objeto relação jurídica bem individualizada, o que autoriza o curso do processo no Juizado Especial. Entender de outra forma seria restringir o acesso ao novo órgão jurisdicional criado para resolução rápida e simples de ações não complexas que versem relações jurídicas individuais.

V. Conflito de competência conhecido, para declarar competente a Vara do Juizado Especial da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Numeração única: 0067844-84.2009.4.01.0000
Conflito de Competência 2009.01.00.068381-3/DF
Relator: Juiz Federal Ricardo Gonçalves da Rocha Castro (convocado) – 3ª Seção
Publicação: e-DJF1 de 12/11/2010, p.15

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Juizados especiais federais de seções judiciárias distintas, mas vinculados ao mesmo tribunal. Domicílio do réu. Art. 1º da Lei 10.259/2001 c/c art. 4º da Lei 9.099/1995. Competência relativa. Declinação de ofício. Impossibilidade.

I. Em se tratando de regra de competência nos Juizados Especiais Federais, por determinação do art. 1º da Lei 10.259/2001, aplica-se o art. 4º, inciso I e § 4º, da Lei 9.099/1995, segundo o qual em qualquer hipótese, poderá a ação ser proposta no foro previsto no inciso I deste artigo que vem a ser o foro do domicílio do réu.

II. A regra do art. 3º, § 3º, da Lei 10.259/2001, que dispõe que a competência dos Juizados Especiais Federais é absoluta deve ser interpretada de acordo com o art. 4º da Lei 9.099/1995. Precedentes.

III. Embora no foro em que domiciliado o autor exista Vara dos juizados especiais federais (Brasília/DF), a ação ordinária ajuizada contra a OAB – Seccional de Uberlândia/MG foi corretamente proposta no Juizado Especial Federal da Subseção Judiciária de Uberlândia (domicílio do réu), em razão da aplicação do art. 4º da Lei 9.099/1995, autorizado pelo art. 1º da Lei 10.259/2001. Precedentes do STJ.

IV. Por tratar-se, no caso, de incompetência relativa, não pode ser declarada de ofício (Súmula 33 do STJ).

V. Conflito conhecido, declarando-se competente o Juizado Especial Federal da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG, o suscitado.

Conflito de Competência 0069364-79.2009.4.01.0000/MG
 Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado) – 4ª Seção
 Publicação: *e-DJF1* de 11/10/2010, p. 16

Constitucional e Administrativo. Servidores públicos. Revisão geral de remuneração. Art. 37, X, da CF/1988. Não autoaplicável. Lei 7.706/1988. Data-base. Necessidade de lei específica. Iniciativa do Presidente da República. Omissão não sanável pelo Judiciário. Improcedência do pedido. Apelação não provida.

I. A despeito de a Universidade Federal da Bahia-UFBA, nos termos do art. 207 da CF/1988, possuir personalidade jurídica própria e autonomia financeira e orçamentária, não tem legitimidade para figurar no polo passivo desta demanda, porquanto o pedido objetiva o reconhecimento do direito à indenização decorrente da mora legislativa do Presidente da República, em conceder o reajuste geral anual de vencimentos, nos termos do art. 37, X, da CF/1988. Precedentes desta Corte.

II. O art. 37, X, da Constituição Federal não é autoplicável, necessitando de lei específica regulamentadora – de iniciativa privativa do Presidente da República – para a produção de efeitos.

III. A Lei 7.706/1988, que fixou a data-base para a revisão de vencimentos dos servidores públicos, não supre essa necessidade, uma vez que apenas prevê que os reajustes não podem ser discriminatórios, aplicando-se a todos, indistintamente, na mesma data. Precedente do STF.

IV. Omissão que não pode ser sanada pelo Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação dos Poderes. Precedentes da Corte.

V. Apelação a que se nega provimento.

Apelação Cível 2005.33.00.010007-5/BA
 Relator: Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado) – 1ª Turma
 Publicação: *e-DJF1* de 10/11/2010, p. 136

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança. Pagamento da vantagem dos décimos incorporados. Recebimento de valores indevidos. Restituição ao erário. Desnecessidade. Verba alimentar percebida de boa-fé.

I. Pagamento de salário decorrente de erro da administração não está sujeito à devolução ao erário.

II. Recebidos de boa-fé pelo apelante, tendo em vista que o pagamento foi efetuado pela Administração sem a participação do beneficiário, em decorrência de erro, como claramente ficou demonstrado nos autos, fica afastada a necessidade de restituição ao erário dos valores recebidos indevidamente.

III. Apelação provida.

Apelação Cível 2002.34.00.036874-6/DF
 Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves – 2ª Turma
 Publicação: *e-DJF1* de 04/11/2010, p. 52

Constitucional e Administrativo. Desapropriação. Reforma agrária. Ação cautelar. Produção antecipada de provas: perícia posterior a imissão do expropriante na posse do imóvel: perda de objeto superveniente: inocorrência. Gratuidade de justiça.

I. Não perde o objeto ação cautelar de produção antecipada de provas, perícia *ad perpetuam rei memoriam*, mesmo que posteriormente outra perícia seja realizada na ação principal, por se tratar de provas com objetos diferentes e produzidos em tempos distintos.

II. A prova produzida na ação cautelar é apenas homologada por sentença, sem que a autoridade judiciária pronuncie juízo de valor, uma vez que sua valoração é do juízo da causa.

III. Como a sentença, na ação cautelar de produção antecipada de provas, é meramente homologatória, não há sucumbência. Incabível a condenação à restituição de custas, honorários periciais e o pagamento de honorários advocatícios. Precedentes.

IV. Apelação parcialmente provida. Perícia homologada (art. 515, §3º, do CPC).

Numeração única: 0002307-79.2008.4.01.4300

Apelação Cível 2008.43.00.002307-9/TO

Relator: Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler (convocado) – 3ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 15/10/2010, p. 238

Penal. Processual Penal. Falsificação de documento público. Art. 297, caput, CP. Falsificação grosseira configurada. Atipicidade da conduta. Crime impossível. Sentença absolutória mantida.

I. A falsidade de documento público, inapta a causar qualquer prejuízo, configura crime impossível, por absoluta ineficácia do meio.

II. *In casu*, a falsificação é perceptível de plano, ou seja, o meio utilizado pelo agente não se investiu de eficácia à perpetração do crime em comento.

III. Apelação do Ministério Público desprovida.

Numeração única: 0017082-16.2004.4.01.3500

Apelação Criminal 2004.35.00.017156-0/GO

Relator: Juiz Federal Marcus Vinícius Reis Bastos (convocado) – 4ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 12/11/2010, p. 225

Ensino. Sistema de cotas. Aluna que cursou um ano do ensino médio em escola particular com bolsa integral.

I. A passagem da agravada pelo ensino particular por um ano e com bolsa integral não acarreta diferença significativa, pois continua caracterizada sua hipossuficiência. Não se pode negar-lhe o direito à matrícula, sob pena de se estar realizando *uma interpretação literal e excessivamente estreita, em detrimento de um direito fundamental assegurado constitucionalmente*.

II. Agravo regimental da UFRA improvido.

Numeração única: 0003827-47.2007.4.01.3900

Reexame Necessário: 2007.39.00.003827-9/PA

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida – 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 28/10/2010, p. 290

Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Levantamento de saldo por procuração. Titular residente no exterior. Art. 20, § 18, da Lei 8.036/1990. Honorários advocatícios. Art. 29-C da Lei 8.036/1990. Inconstitucionalidade. ADI 2736.

I. O art. 20, § 18, da Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, incluído pela Medida Provisória 2.197-43, de 2001, é expresso quanto à necessidade de comparecimento pessoal do titular da conta vinculada ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço para o levantamento de valores ali existentes, possibilitando como única exceção, na qual se admite a representação por procurador especialmente constituído, a hipótese de grave moléstia grave, comprovada por perícia médica. Havendo expressa previsão legal quanto à necessidade de comparecimento pessoal e não se enquadrando o autor na exceção nela prevista, não é admissível o levantamento pretendido.

II. Em virtude da declaração de inconstitucionalidade do art. 29-C da Lei 8.036/1990 são devidos honorários advocatícios (STF ADI 2736)

III. Nega-se provimento ao recurso de apelação.

Numeração única: 0008099-96.2002.4.01.3500

Apelação Cível: 2002.35.00.008051-5/GO

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado) – 6ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 25/10/2010, p. 36

Tributário. Processual Civil. Embargos à execução fiscal. Impostos e taxas municipais. Imposto sobre serviços. Incidência em operações referentes à atividade-fim da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Serviços postais. Imunidade recíproca reconhecida. Cobrança da taxa de licença para funcionamento, considerando o número de empregados para efeito de base de cálculo. Inadmissibilidade.

a) Recurso – apelação em embargos à execução fiscal.

b) Decisão de origem – procedente o pedido.

I. Lídima a decisão que afastara a pretensão do Município de cobrança da taxa de licença para funcionamento por ser incabível a fixação da sua base de cálculo sobre o número de empregados e da incidência do Imposto Sobre Serviços em operações de serviço postal em razão do princípio da imunidade tributária recíproca.

II. Apelação denegada.

III. Sentença confirmada.

Apelação Cível 1997.01.00.042110-2/GO

Relator: Desembargador Federal Catão Alves – 7ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 12/11/2010, p. 331

- ★ Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais;
- ★ Editora Fórum Administrativo: Revista Fórum Administrativo;
- ★ Editora Forense: Revista Forense;
- ★ Editora LTR: Revista de Previdência Social – RPS;
- ★ Editora Revista dos Tribunais: Revista dos Tribunais, Revista de Processo, Revista de Direito Privado, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Revista de Direito Ambiental, Revista de Direito do Consumidor, Revista Brasileira de Ciências Criminais e Revista Tributária e de Finanças Públicas;
- ★ Editora Dialética: Revista Dialética de Direito Tributário, Revista Dialética de Direito Processual;
- ★ Editora Nota Dez: Revista Jurídica e Revista Interesse Público;
- ★ Editora Nacional de Direito – Livraria Editora: Revista Nacional de Direito e Jurisprudência;
- ★ Editora Plenum: Revista Juris Plenum;
- ★ Associação Paulista de Estudos Tributários: Revista de Direito Tributário da APET;
- ★ Editora IOB: Revista de Estudo Tributário, Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal e Repertório de Jurisprudência IOB, IOB Direito Administrativo, Direito Público e CD Juris Síntese.

*De acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/1997.

Normas de Envio de Artigos Doutrinários 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.

