

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

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Julho/2010

Número 7 Ano 22

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 Amilcar Machado*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargadora Federal *Assuete Magalhães*

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *João Batista Gomes Moreira*

Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*

Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*

Desembargadora Federal *Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*

Desembargadora Federal *Neuza Maria Alves da Silva*

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*

Desembargador Federal *Reynaldo Soares da Fonseca*

Desembargadora Federal *Ângela Maria Catão Alves*

Desembargadora Federal *Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de Medeiros*

Corte Especial

Presidente:

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *José Amílcar Machado*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargadora Federal *Assuete Magalhães*

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*

Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*

1ª Seção

Desembargador Federal *José Amilcar Machado* – Presidente
Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*
Desembargadora Federal *Neuza Alves*
Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*
Desembargadora Federal *Ângela Maria Catão Alves*
Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

2ª Seção

Desembargador Federal *José Amilcar Machado* – Presidente
Desembargador Federal *Tourinho Neto*
Desembargadora Federal *Assuete Magalhães*
Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*
Desembargador Federal *Hilton Queiroz*
Desembargador Federal *Ítalo Fioravanti Sabo Mendes*
Desembargador Federal *Carlos Olavo*

3ª Seção

Desembargador Federal *José Amilcar Machado* – Presidente
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*
Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*
Desembargador Federal *João Batista Gomes Moreira*
Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*
Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*
Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*

4ª Seção

Desembargador Federal *José Amilcar Machado* – Presidente
Desembargador Federal *Catão Alves*
Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*
Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*
Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*
Desembargador Federal *Reynaldo Soares da Fonseca*

1ª Turma

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian* – Presidente
Desembargadora Federal *Ângela Maria Catão Alves*

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 *Ítalo Fioravanti Sabo Mendes*

5ª Turma

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

6ª Turma

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues* – Presidente
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*
Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

7ª Turma

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral* – Presidente
Desembargador Federal *Catão Alves*
Desembargador Federal *Reynaldo Soares da Fonseca*

8ª Turma

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso* – Presidente
Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*
Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*

Conselho de Administração

Desembargador Federal *Oindo Menezes* – Presidente
Desembargador Federal *José Amilcar Machado* – Vice-Presidente
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro* – Corregedor-Geral
Desembargador Federal *Tourinho Neto*
Desembargador Federal *Carlos Olavo*
Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*
Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*
Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*

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

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro* – Presidente
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*
Desembargadora Federal *Mônica Jacqueline 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 *Hilton Queiroz* – Presidente
Desembargador Federal *José Amílcar Machado*
Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*
Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues* – Suplente

Comissão de Acervo Jurídico — art. 84, RITRF1

Desembargador Federal *Carlos Eduardo Moreira Alves* – Presidente
Desembargador Federal *Carlos Olavo*
Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*

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

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro* – Presidente
Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*
Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*
Desembargador Federal *Tourinho Neto*
Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*
Desembargador Federal *João Batista Gomes Moreira*
Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*
Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Revista do Tribunal

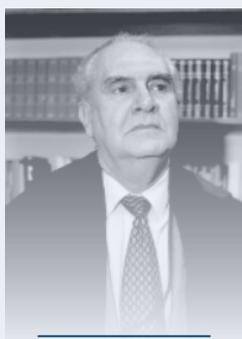
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – Diretor

Escola da Magistratura Federal da Primeira Região — ESMAF

Desembargador Federal *Hilton Queiroz* – Diretor
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – 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
Luciano 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
Direito e avesso: a crise atual do ensino jurídico Alexandre Bernardino Costa	
Artigos Doutrinários	27
O processo administrativo como meio de prevenção e solução de litígios, 27 João Batista Gomes Moreira	
O ditoso ambiente de segurança jurídica na lida do Direito Administrativo disciplinar, 36 Sebastião José Lessa	
Tópicos Jurídicos	49
Prisões federais, 49 Élcio Arruda	
RE 330.817 STF – posição contrária à extensão da imunidade tributária aos livros eletrônicos, 61 Alexandre Pontieri	
Inovações Legislativas	63
Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, 63 Altera a Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.	
Lei 12.287, de 13 de julho de 2010, 67 Altera a Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, no tocante ao ensino da arte.	
Acórdãos: inteiros teores	69
Corte Especial – Agravo. Suspensão dos efeitos de medidas liminares. Previsão de critérios no preenchimento das vagas nas instituições públicas de ensino superior. Reserva dessas vagas para estudantes negros, indígenas ou oriundos de escolas públicas, 69 Numeração única: 0075751-13.2009.4.01.0000 Agravo Regimental na SLAT 2009.01.00.077055-2/MG Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian	

Primeira Seção – Ação rescisória. Revisão de benefício. Pensão por morte. Elevação do coeficiente de cálculo. Art. 75 da Lei 8.213/1991 com redação da Lei 9.032/1995. Alegação de violação a dispositivo de lei, 74

Numeração única: 0033-70378.2005.4.01.0000

Ação rescisória 2005.01.00.066431-5/MG

Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes

Segunda Seção – Declaração de nulidade de citação por edital. Publicação no *Diário Eletrônico da Justiça – DJE*. Impedimento. Prazo ultrapassado. Inciso III do art. 232 do CPC, 78

Numeração única: 0019481-66.2009.4.01.0000

Agravo Regimental na Ação Rescisória 2009.01.00.019587-4/PA

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

Terceira Seção – Ação rescisória. Sentença integrada por outra proferida após a oposição de embargos de declaração. Manifestação expressa sobre documento tido por ignorado. Ausência de erro de fato e de violação a literal disposição de lei, 80

Numeração única: 0043877-15.2006.4.01.0000

Ação Rescisória 2006.01.00.043627-0/MG

Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida

Quarta Seção – Agravo regimental. Ação rescisória. Execução de honorários. Exceção de pré-executividade. Apresentação de planilha de cálculos. Valor irrisório. Impossibilidade de extinção da ação de ofício. Gratuidade de justiça. Efeitos prospectivos, 84

Numeração única: 0029341-67.2004.4.01.0000

Agravo Regimental em Ação Rescisória 2004.01.00.045085-3/BA

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca

Primeira Turma – Servidor público. Pensão vitalícia. União homoafetiva. Dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da não discriminação. Direitos fundamentais. Proteção do Estado. Tratamento jurídico. Interpretação sistêmica do ordenamento jurídico. Princípios e objetivos da República. Art. 217, inciso I, c, da Lei 8.112/1990, 87

Numeração única: 0014218-70.2007.4.01.3800

Apelação e Reexame Necessário 2007.38.00.014391-1/MG

Relator: Juiz Federal Antônio Francisco do Nascimento (convocado)

Segunda Turma – Servidor público. Procurador Regional do Trabalho aposentado. Art. 232 da Lei Complementar 75/93. Acumulação com os quintos (art. 3º da Lei 8.911/1994). Possibilidade. Vantagem pessoal excluída do teto de remuneração, 94

Numeração única: 0029875-35.2000.4.01.3400

Apelação Cível/Reexame Necessário 2000.34.00.030122-5/DF

Relatora: Juíza Federal Mônica Sifuentes (convocada)

Terceira Turma – Sentença que declarou extinta a punibilidade pela prescrição anteriormente ao trânsito em julgado da sentença para a acusação. Impossibilidade. Apelação do réu. Extinção da pretensão punitiva do Estado. Recurso prejudicado, Ausência do interesse de agir, 97

Numeração única: 0001888-43.2004.4.01.3801

Apelação Criminal 2004.38.01.001831-9/MG

Relator: Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler (convocado)

Quarta Turma – Desapropriação indireta. Utilidade pública. Área inserida em área do Parque Nacional da Serra das Confusões. Indenização que corresponde ao preço de mercado da região, 99

Numeração única: 0005957-79.1999.4.01.4000

Apelação Cível 1999.40.00.005957-0/PI

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

Quinta Turma – Interdição de propriedade privada. Ausência de licença ambiental para desmatar às margens dos rios. Subordinação da atividade econômica à defesa do meio ambiente, 105

Numeração única: 0040412-88.1999.4.01.3800

Apelação Cível 1999.38.00.040575-0/MG

Relator: Juiz Federal Pedro Francisco da Silva (convocado)

Sexta Turma – Dano moral. Universidade Federal (hospital universitário). Enfermeira agredida em serviço. Omissão da administração em prover a segurança dos servidores, 110

Numeração única: 0006059-53.1998.4.01.3801

Apelação Cível 1998.38.01.006016-4/MG

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Sétima Turma – Zona Franca de Manaus. Imposto de Importação. Decreto-Lei 288/1967. Importação de insumos. Projeto incentivado aprovado: isenção onerosa (CF, art. 40). Alíquota reduzida (isenção parcial). Aplicação da legislação superveniente, 112

Numeração única: 0010797-39.2001.4.01.3200

Apelação Cível 2001.32.00.010818-0/AM

Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral

Oitava Turma – Conselho Regional de Medicina Veterinária. Exigência de diploma para efetivar registro profissional. Atestado de conclusão, 117

Numeração única: 0004443-87.2009.4.01.3500

Remessa *Ex Officio* no Mandado de Segurança 2009.35.00.004497-7/GO

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Decisões Monocráticas

121

Sentença que determinou que a ECT se abstenha de suspender a prestação de seus serviços postais à inventariança extrajudicial da extinta Sudam, bem como de incluí-la em qualquer cadastro de inadimplentes, 121

Numeração única: 0003902-28.2003.4.01.3900

Apelação Cível 2003.39.00.003856-9/PA

Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida

Conflito de competência entre seções do Tribunal. Nulidade do título executivo lavrado, fundado em processo administrativo, no qual não se teria concedido ao executado oportunidade de produção de provas, e não à multa propriamente dita, 124

Numeração única: 0002514-36.2002.4.01.3800

Conflito de Competência 2002.38.00.002474-0/MG

Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado

Reclamação interposta sob a alegação de que o Juízo Federal da 15ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal não está dando fiel cumprimento ao acórdão da Terceira Turma do TRF 1ª Região, 126

Numeração única: 0005709-02.2010.4.01.0000

Relatora: Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

Suspensão dos efeitos da tutela concedida para determinar empresa pública estadual que se abstenha de repassar qualquer valor relativo ao PIS e à Cofins aos usuários do serviço de energia elétrica, 126

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 00337317-02.0104.01.0000

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Indenização. Danos morais. Responsabilidade objetiva do Estado. Configuração do dano, da conduta antijurídica do agente estatal e do nexa causal entre eles, 129

Numeração única: 49648-83.2007.4.01.3800

Recurso 2007.38.00.710445-8

Relator: Juiz Federal Jorge Gustavo Serra de Macêdo Costa

Benefício assistencial. Autor que falece durante o trâmite da ação. Herdeiro que pleiteia prestações devidas até o óbito do autor, 131

Numeração única: 0016980-45.2009.4.01.3200

Recurso 2009.32.00.901942-9

Relatora: Juíza Federal Maria Lúcia Gomes de Souza

Denúncia. Trancamento. Abandono de função pública. Violação direta do interesse público . Pedido de desclassificação. Necessidade de incursão na seara de provas, 131

Numeração única: 5329-43.2010.4.01.3600

Habeas Corpus 2010.36.00.700346-7

Relator: Juiz Federal José Pires da Cunha

Fornecimento de medicamentos. Legitimidade da União. Desnecessidade Requerimento administrativo. Prevalência do direito fundamental à vida e à dignidade da pessoa humana, 133

Numeração única: 61870-49.2008.4.01.3800

Recurso 2008.38.00.726209-6

Relator: Juiz Federal Jorge Gustavo Serra de Macêdo Costa

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

Ato judicial de relator . Teratologia, ilegalidade ou grave lesão ao direito. Ausência de vício. Inicial indeferida .

Ação rescisória. Erro de fato. Art. 485, IX, do CPC. Situação reconhecida pelo INSS. Aposentadoria rural por idade. Tempo de serviço rural.

Delitos previstos nos arts. 168-A, § 1º, I, e 337-a, III, CP, c/c art. 71. Revisão criminal. Art. 621, I, CPP. Alegação de não apreciação de provas pelo magistrado sentenciante e de erro na dosimetria das penas.

Responsabilidade civil. Conta Poupança. Saques fraudulentos. Idoso. Indenização por danos morais. Cabimento. Embargos infringentes. Provento.

Embargos à execução de título judicial. Questão de ordem. Competência do presidente das seções.

Apelação interposta via fac-símile. Risco assumido pelo INSS. Falha na transmissão de dados. Art. 4º da Lei 9.800/1999.

Prova ilícita. Violação de sigilo. Ausência de ordem judicial. Única prova. Trancamento inquérito policial.

Tráfico internacional de entorpecentes. Lei 6.638/1976, art. 16. *Novatio legis in melius*. Lei 11.343/2006, art. 28 e incisos. Crime de descaminho. Materialidade não comprovada. Infração que deixa vestígio. Indispensabilidade do exame pericial.

Demolição de obra edificada em faixa *non aedificandi*. Legitimidade passiva do arrendatário, executor da obra. Sentença terminativa cassada. Julgamento da lide pelo tribunal. Demolição da obra edificada em faixa *non aedificandi*.

Concurso público. Polícia Federal. Investigação social. Multa administrativa.

Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária: incompetência . Extinção do feito por ilegitimidade passiva.

ECT. Imunidade tributária recíproca. Isenção custas. Impenhorabilidade de bens. Decreto-Lei 509/1969. Suspensão da exigibilidade. Certidão Positiva de Débito com efeitos de Negativa. Art. 206 CTN.

Repositórios oficiais de jurisprudência**143**

Normas de envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista**145**

Esta edição traz uma entrevista com o Professor Doutor Alexandre Bernardino Costa, ex-decano de extensão da Universidade de Brasília, o qual faz uma análise dos problemas atuais do ensino jurídico. Questões referentes à necessidade de conexão do ensino, da pesquisa e da extensão universitária aos espaços existentes além dos muros do *campus* são analisadas com clareza científica e sob a perspectiva de se repensar o Direito dentro de um processo histórico e social.

Nosso entrevistado aponta as aulas de conferência e a crescente mercantilização do ensino superior como fatores que alimentam um *Direito que se ensina errado*, o que tem colocado as instituições de ensino em crise permanente, especialmente em tempo de modernidade complexa. Estes e outros temas relacionados ao ensino, tais como as diferenças entre *Direito Alternativo* e *Direito Achado na Rua*, bem como o papel desempenhado pelas universidades em tempos de pós-modernidade são analisados na seção Ponto de Vista.

A edição deste mês traz, também, um estudo doutrinário sobre o processo administrativo como meio de prevenção e solução dos litígios, que se torna oportuno em razão da relevância que o assunto adquiriu face à crescente implantação dos Juizados Especiais Federais, nos quais um número significativo de ações previdenciárias são propostas desacompanhadas da comprovação de prévia decisão administrativa ou do decurso do prazo sem manifestação do respectivo órgão. A seção Artigos Doutrinários traz, ainda, um escrito sobre o princípio da segurança jurídica em face do Direito Administrativo disciplinar.

A destinação, conformação, estrutura e funcionamento das penitenciárias federais e a posição do Supremo Tribunal Federal em face da extensão da imunidade tributária aos livros eletrônicos são temas da seção Tópicos Jurídicos.

Disponibilizamos, finalmente, o repertório da jurisprudência mais recente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com suas inovações e reiteraões.

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".



“Crescer como profissional significa ir localizando-se no tempo e nas circunstâncias em que vivemos, para chegarmos a ser um ser verdadeiramente capaz de criar e transformar a realidade em conjunto com os nossos semelhantes (...).”

Paulo Freire

Disponível em: <<http://recantodasletras.uol.com.br/frases/1811795>>.

Direito e avesso: a crise atual do ensino jurídico

Alexandre Bernardino Costa*



O professor da Universidade de Brasília, Doutor Alexandre Bernardino Costa, fala da influência do *Direito Achado na Rua* na formulação dos trabalhos que balizam a questão do ensino jurídico no Brasil. O modelo de ensino tradicional, apoiado em aulas de conferência, é apresentado como um obstáculo à possibilidade de reflexão crítica sobre o Direito.

Revista: Professor, muito se tem escrito e discutido sobre uma crise existente no ensino. Há um *Direito que se ensina errado*?

Alexandre Bernardino Costa: O *Direito que se ensina errado* e a crise no ensino jurídico são questões que se tornaram permanentes. Há, inclusive, um texto do Professor Roberto Lyra Filho¹ que trata desse assunto. As instituições e as situações se colocam em crise permanente em tempo de modernidade complexa, de modernidade líquida, de alta modernidade, de pós-modernidade, como se queira chamar, na

qual as instituições e as situações se modificam permanentemente. E o ensino do Direito não é diferente, porque, ainda que tentem fazer melhorias, ainda que haja modificações, essas modificações não conseguem acompanhar o ritmo das mudanças sociais, políticas e institucionais. Além disso, há uma característica de um ensino jurídico altamente conservador. Esse *Direito que se ensina errado* é absolutamente atual nos dois sentidos: no conteúdo e na forma. No conteúdo, porque ainda se trabalha o Direito como algo reduzido ao Direito positivo e como se pudesse extrair do Direito positivo um significado *a priori* – se não tivesse que ter um significado social atribuído a esse texto legal, porque o texto só existe dentro do contexto –, então se estabelece uma leitura de manuais e códigos como se fosse a forma adequada de se ensinar o Direito, como se pudesse extrair dali um significado verdadeiro, o que não é o caso. A outra coisa é a jurisprudência entrando como se Direito posto fosse. Analisam-se as decisões dos tribunais, muitas vezes, no ensino jurídico, como se fossem a fala da autoridade sobre o Direito e a única possível, e, muitas vezes, é a fala a ser criticada pelas instituições de ensino e de pesquisa, sobretudo porque quem deveria fazer o controle interno das decisões judiciais, das atuações da polícia, do Ministério Público, dessas instituições jurídicas, deveria ser a universidade.

*Alexandre Bernardino Costa é professor da Faculdade de Direito (FD) da Universidade de Brasília - UnB. Graduado em Direito pela UnB (1986), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1992) e Doutor em Direito pela Universidade de Minas Gerais (2005). Na UnB, coordenou o curso de Direito diurno e noturno, o Núcleo de Prática Jurídica e Escritório de Direitos Humanos e Cidadania e o curso de especialização em Análise da Constitucionalidade. Ex-decano de extensão da Universidade de Brasília, Alexandre Bernardino também trabalhou na Procuradoria Geral da República (PGR) e na Consultoria Jurídica do Governo do Distrito Federal. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: ensino jurídico, estado democrático de direito, reforma curricular e novos movimentos sociais.

¹ LYRA FILHO, Roberto. *O Direito que se Ensina Errado*. Brasília. Centro Acadêmico de Direito, 1980.

Existem vários lugares no mundo onde isso ocorre, sobretudo nos Estados Unidos, onde, quando há uma decisão importante, a primeira coisa que acontece no jornal no dia seguinte é o posicionamento de autores sobre a decisão que foi tomada. Essa reflexão crítica não está presente no ensino do Direito, uma vez que há uma cultura muito *manualesca* que é a cobrada em concursos públicos; reproduz-se isso no ensino do Direito para poder preparar para os concursos públicos. Vira um ciclo autofágico de aniquilamento da possibilidade de discussão crítica sobre o Direito.

Revista: Estamos diante de um modelo de ensino dogmático e acríptico?

Alexandre Bernardino Costa: Há uma perspectiva ainda presente nas aulas de Direito, que são as aulas de conferência. Essas aulas de conferência remontam ao início da criação dos cursos jurídicos no País, em 1827, em que o professor catedrático iria proferir as brilhantes aulas que ele teria, e os alunos aprenderiam esses ensinamentos. Em tempos de computadores, de imagem em tempo real, a possibilidade de gravação e necessidade de uma reflexão crítica e de se aprender a fazer, é impossível que se continue com esse modelo, esse modelo tende a falir: o estudante que abre cinco, seis janelas na internet e atua ao mesmo tempo nas cinco, seis janelas, está lendo um texto acadêmico em uma, conversando com um colega na outra, vendo um vídeo no *youtube* na outra; esse estudante não é disperso nesse sentido, ele tem uma capacidade de assimilação muito maior. Além disso, o aprendizado de se fazer é muito mais importante do que o acúmulo de pressupostos teóricos que não se sabe exatamente para que vai servir, e, pior ainda, o acúmulo de um pseudo-saber que se pretende técnico – no Direito, isso é impossível, não há saber técnico no Direito, nesse sentido – é um falseamento da realidade. O que acontece? Acaba existindo um ensino ainda no método *coimbrão*, professores falando sobre o Direito positivo, seja o Direito positivado em lei, seja o Direito de texto de decisão judicial e acórdãos de jurisprudência, como se isso fosse um aprendizado necessário. Então, na realidade, o aluno tem que aprender a lidar com a vida e com o Direito. É muito curioso, porque Direito é uma coisa fascinante, porque lida com a vida, e as aulas do curso de Direito são uma coisa muito aborrecida, porque elas reproduzem um modelo tanto de forma como de conteúdo bastante ultrapassado, por isso a atualidade da expressão (*o Direito que se ensina errado*).

Revista: A proliferação das faculdades de Direito reflete uma mercantilização do ensino jurídico?

Alexandre Bernardino Costa: Temos mais de vinte e três faculdades de Direito no Distrito Federal e mais de mil e cem faculdades de Direito no País, mil e duzentas, aproximadamente. O ensino superior entrou na Organização Mundial do Comércio como mercadoria. Isso faz com que grandes corporações americanas, internacionais, comprem ações de grupos empresariais que atuam no ensino jurídico brasileiro: ensino universitário em geral e no ensino jurídico brasileiro. Então, o processo de mercantilização é um fato concreto, mais do que outras situações anteriores, porque as instituições de ensino estão na bolsa de valores inclusive, e a lógica é de maiores lucros e menores custos, a lógica não é a de maior qualidade de ensino. Houve uma primeira expansão do ensino privado no País, que se deu logo após a reforma de 1968, ainda durante a ditadura; houve uma proliferação de cursos, sobretudo dos chamados, à época, de cursos de cuspe e giz: Direito, Economia, Contabilidade, Administração, e, agora, na época da redemocratização, ocorreu uma expansão muito grande dos cursos superiores e, sobretudo, dos cursos jurídicos. Isso foi muito rápido, e não houve tempo necessário para uma preparação, inclusive de quadro de professores adequados para suprir essa demanda, embora houvesse uma necessidade real, concreta, que há até hoje, ainda, de democratização no ensino superior; ou seja, muita gente concluindo o ensino médio e com condições, e com desejos, e com legitimidade para poder adentrar nos cursos superiores, inclusive no curso de Direito. E esse processo de mercantilização ocorreu e tem uma série de consequências em relação à qualidade dos cursos jurídicos. Os cursos jurídicos hoje, que são em número muito grande e um número muito grande de alunos, têm o controle do MEC e da OAB, que, no meu entendimento, não é suficiente em termos de qualidade e, ao mesmo tempo, se balizam pelos concursos públicos e pelo exame de ordem. E como falei anteriormente, esses concursos públicos e o exame de ordem, menos até, mas também, se balizam pela bibliografia dos manuais. Os manuais são comentários à legislação e não geram reflexão crítica, e são inadequados para seleção e recrutamento das próprias carreiras jurídicas, e são mais inadequados ainda para o ensino universitário, que é um ensino, sobretudo, de reflexão. Logo, esse processo de mercantilização, que não é só essa a causa, mas ele está entre as causas, é de uma depreciação da qualidade do bacharel em Direito e da função social do ensino jurídico no País,

embora o processo de expansão em si não seja mau, porque era necessário que houvesse um processo de democratização do acesso ao ensino superior.

Revista: O Núcleo de Prática Jurídica da UnB surgiu como um projeto de extensão do curso de Direito, mas, a partir de 1997, passou a fazer parte de seu estágio curricular. Em que medida essa proximidade com a população contribui para a formação do aluno?

Alexandre Bernardino Costa: Essa pergunta é interessante, porque entra em contato com a pergunta anterior, do *Direito que se ensina errado*, a forma e o conteúdo, porque tem que haver contato com a realidade, e a forma de ensino do Direito, ou de educação jurídica, melhor dizendo, não é a aula-conferência, mas é a prática efetiva junto à população, por exemplo. E é o que ocorreu nesse projeto de extensão, que foi coordenado por mim e pelo Professor José Geraldo de Sousa Junior, na fixação definitiva dos moradores da Vila Telebrasilândia, antigamente Acampamento Telebrasilândia: prestamos assessoria a eles e criamos um Núcleo de Prática Jurídica para prestar essa assessoria; ajudamos a comunidade no processo de luta, muito forte, deles, para que fosse assentada tal como é a Vila Planalto e a Candangolândia, como uma história de Brasília que tinha de ser preservada, memória e história de Brasília, e acabou ocorrendo. Essa discussão ganhou nível nacional por causa da reformulação curricular dos cursos de Direito, à época, o que gerou a Portaria 1.886/1994, e o nome Núcleo de Prática Jurídica acabou sendo estendido a todos os cursos de Direito no País. No caso da UnB, o nosso Núcleo de Prática Jurídica se transferiu para a Ceilândia, para um prédio da Universidade que foi cedido para a faculdade de Direito para essa função, no final da década de 1990, porque se considera muito relevante que o aluno tenha esse contato, para que, daquele aprendizado que ele tem nos livros de teoria, ele faça a contrastação e aprenda na prática, aprendendo mais ainda a teoria, aprofundando o conhecimento teórico e lidando com a realidade, e com uma realidade que é sociologicamente adequada, ou seja, não adianta enxergar só o Plano Piloto, porque o Plano Piloto não reflete a realidade nacional; é necessário enxergar o Plano Piloto, Ceilândia, Samambaia, Sobradinho, a Vila Telebrasilândia e outras realidades que a gente tem no universo social brasileiro. Só assim se pode fornecer ou possibilitar uma formação adequada do bacharel em Direito. Portanto, é essa a experiência em extensão – e há uma discussão forte hoje para que a extensão integre a prática de educação jurídica, fugindo a esse

modelo clássico da aula-conferência para que os alunos possam ter criatividade, possam ter mobilidade e possam aprender fazendo.

Revista: Na década de 1980, o Professor Roberto Lyra Filho, da Universidade de Brasília, proferiu uma série de conferências² pelo País denunciando o modelo tradicional de ensino jurídico. Afirmava que nos compêndios oferecidos aos estudantes da época o Direito vinha mutilado pelos códigos e anestesiado pela ideologia. O que mudou hoje?

Alexandre Bernardino Costa: Em certa medida mudou muito e em outra não mudou muita coisa. Vamos começar pelo que não mudou. O curso de Direito ainda tende a ser um curso muito conservador, e os alunos que já têm um compromisso político mais progressista, digamos assim, tendem a abandoná-lo. Contudo, a partir, inclusive, do trabalho dos Professores Lyra Filho, Warat, Roberto Aguiar e José Geraldo, há uma possibilidade de um espaço nos cursos de Direito, no qual se possa se refletir criticamente sobre a realidade e atuar criticamente sobre essa realidade para transformá-la. É papel do Direito, por exemplo, a implementação das promessas contidas na Constituição, nos princípios constitucionais para que possam ser efetivados os direitos e garantias fundamentais de todo cidadão, não só os direitos de primeira geração, mas os de segunda e terceira, para que se possa ter a efetividade de todo o sistema de direitos em relação a toda a população brasileira. Isso seria uma transformação social, jurídica e política enorme. Então, hoje em dia, tem essas brechas, mas, em certo sentido, ainda continuamos, por exemplo, pesquisando só o Direito positivo, como já falei anteriormente, a legislação e a jurisprudência, não se vai à sociedade para poder fazer pesquisa sobre como é que a sociedade se comporta e age em relação ao sistema jurídico, e é absolutamente necessário que se faça isso para ver como o Direito funciona na vida das pessoas; e o estudante de Direito, no aprendizado, e o pesquisador de Direito, no seu processo de pesquisa, pode e deve fazer isso para ter um retrato mais adequado desse contexto.

Revista: A partir de quando o *Direito Achado na Rua* passou a ter influência na formulação dos trabalhos que balizam a questão do ensino jurídico no Brasil?

² *Porque estudar Direito, hoje? e Pesquisa em Que Direito?* Edições Nair, 1984.

Alexandre Bernardino Costa: Tem a ver com as questões anteriores, na medida em que o *Direito Achado na Rua* era uma proposta de deslocamento da centralidade do texto da norma – não é da norma, é do texto da norma, para a norma em construção social –, e essa postulação acabou ganhando uma discussão de âmbito nacional e até internacional, que permite que a gente gere uma reflexão de ensino, pesquisa e extensão que tem uma influência bastante grande sobre as reformas, inclusive no ensino jurídico. Ao se discutir, por exemplo, a reformulação de qualquer sistema de ensino, em qualquer época no Brasil pós 1986, quando faleceu o Professor Lyra Filho, sempre se coloca a questão de como se vai trabalhar o Direito na perspectiva sociológica, ou seja, como se vai trabalhar o Direito do ponto de vista normativo e social, do ponto de vista sócio-jurídico, e não do ponto de vista jurídico, só escrito, institucional, porque esse é só uma parte, e relativamente pequena, do fenômeno jurídico.

Revista: O professor Lenio Streck, em entrevista concedida à Revista do Instituto *Humanitas* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos — Unisinos, edição de 24 de agosto de 2009, afirmou que, após o advento da Constituição de 1988, não há mais como falar em *Direito Achado na Rua* ou pluralismo jurídico. A Universidade de Brasília, no entanto, incluiu o pluralismo jurídico e o *Direito Achado na Rua* dentre as cinco linhas de pesquisa de seu programa de mestrado e doutorado. Como o senhor avalia essa questão?

Alexandre Bernardino Costa: O Professor Lenio é um amigo, parceiro nas lutas político-jurídicas, e vou tentar clarificar a colocação dele, sem a sua autorização, mas vou tentar clarificar, e tenho certeza de que ele concordará comigo: em determinado sentido, ele tem razão na medida em que, no período autoritário, era necessário se lutar contra o Direito instituído para a construção de um Direito que estivesse na sociedade e estivesse na tradição dos direitos humanos e dos direitos fundamentais da sociedade mundial inteira. Então, era necessário criar bandeiras alternativas ao colocado, seja no Direito alternativo, seja no *Direito Achado na Rua*; contudo, a bandeira do *Direito Achado na Rua* é mais do que isso, é a possibilidade de construção e reflexão do Direito por parte da sociedade, que é quem vive, recria, e cria, e interpreta, e pratica o Direito todo santo dia, a partir de uma Constituição legítima, que é a Constituição de 1988. Então, a Constituição de 1988 é um marco definidor dessa postura, o Lenio tem toda razão. Agora, é necessário que se continue uma luta político-jurídica, que ele, inclusive, encampa, para que se possa fazer valer efetivamente os direitos que

ali foram consagrados, porque só fazendo valer tais direitos e dialogando com a sociedade nesse processo de interpretação contínua da Constituição é que se vai fazer valer a Constituição, e, para isso, precisa-se do *Direito Achado na Rua*. O *Direito Achado na Rua* não é uma alternativa à Constituição, ele é a concretização da própria Constituição nesse sentido. Então não é mais necessária uma alternativa à Constituição, mas é necessária uma interpretação da sociedade dessa Constituição e de uma ordem justa, socialmente justa, para que se possa continuar caminhando no processo democrático.

Revista: Além da Universidade de Brasília, o *Direito Achado na Rua* é reconhecido academicamente por outras instituições de ensino superior?

Alexandre Bernardino Costa: Ainda complementando a resposta anterior, o *Direito Achado na Rua* permanece – e também o pluralismo jurídico é um pluralismo, inclusive, constitucional, a partir da própria Constituição – na linha de pesquisa da nossa pós-graduação por conta dessa necessidade e adequação que eu falei anteriormente. E o trabalho de vários pesquisadores, Professor José Geraldo, eu e o grupo que integra o *Direito Achado na Rua*, a continuidade da publicação dos volumes, estamos no volume IV, publicado junto à OPA, junto ao Cepedisa, da USP, junto à Fundação Oswaldo Cruz, que é sobre direito à saúde, por exemplo, inserem o *Direito Achado na Rua* numa discussão acadêmica que tem corpo nacional. Ademais, nós participamos de palestras, publicamos livros e artigos, frequentamos seminários, falamos em nome da Universidade de Brasília e do *Direito Achado na Rua* e temos o reconhecimento acadêmico de inúmeras instituições, seja no Brasil, seja no exterior, porque essa discussão é necessária e pertinente no mundo inteiro. É necessário e é pertinente que a sociedade se sinta autora e destinatária das normas que são produzidas pelos seus representantes. Então, é necessário que, ao discutir o Direito, tenhamos a voz da sociedade e a forma como a sociedade age em relação a esse Direito para que possamos construir, junto aos movimentos sociais, à sociedade civil organizada, à esfera pública – que é o *Direito Achado na Rua*, que constitui a esfera pública –, a possibilidade de afirmação desses direitos que estão escritos nos textos legais, inclusive e sobretudo a nossa Constituição.

Revista: O que diferencia o *Direito Achado na Rua* do Direito que tradicionalmente se ensina nas universidades?

Alexandre Bernardino Costa: Justamente isso que coloquei como crítica na primeira pergunta: o *Direito*

Achado na Rua busca a identificação da construção social do Direito, ou seja, como é que a sociedade constrói o Direito, seja pela afirmação de direitos, por exemplo: a legislação modificou relativamente pouco até a Lei Maria da Penha, mas a visão das mulheres dentro do Direito de Família, dentro do Direito Penal e dentro do Direito Constitucional foi se modificando ao longo do tempo. Não é a legislação que garantiu isso para as mulheres, não é a jurisprudência que garantiu isso para as mulheres, embora seja um ganho, e muito importante, a adesão das instituições; foram as mulheres, no seu movimento social e político, que possibilitaram a afirmação e a concreção de direitos efetivos em relação às suas necessidades e postulações de igualdade que já estavam previstas na Constituição, ou seja, ao se analisar como é que se constitui e se constrói efetivamente o Direito na sociedade é que se tem uma dimensão do que é o Direito. O sistema jurídico não se circunscreve à afirmação de que homens e mulheres são iguais perante a lei, porque até hoje eles não são iguais. Então, a afirmação do movimento feminista, que não é composto só por mulheres, é composto por uma gama de pessoas que estão envolvidas com a causa na questão de gênero, pode construir e afirmar esse direito constitucional. A ideia e a diferença do *Direito Achado na Rua* em relação à visão tradicional do Direito é que o texto legal nos daria o significado. Só que se sabe que isso não é verdade.

Revista: Há quem se refira ao *Direito Achado na Rua* se utilizando de fundamentos do Direito alternativo. Direito alternativo e *Direito Achado na Rua* são expressões sinônimas?

Alexandre Bernardino Costa: De modo algum, o *Direito Achado na Rua* nasceu na Universidade de Brasília, é uma criação do Professor Roberto Lyra Filho; tem um continuador muito forte, que é o nosso reitor atual, Professor José Geraldo de Sousa Júnior; tem um grupo, a que eu pertença, e nós trabalhamos aqui na Universidade; tem inúmeras dissertações e teses já publicadas; tem quatro volumes da série *O Direito Achado na Rua*, o Volume II é sobre Direito do Trabalho, publicado junto com o Professor Roberto Aguiar; o Volume III é sobre Direito Agrário, publicado junto com a Professora Mônica Molina; do Volume IV, também sou um dos organizadores, é sobre Direito à Saúde, a Professora Sueli Dallari é uma das organizadoras.

O Direito alternativo surge na Espanha e na Itália, num determinado momento, num período de autoritarismo, em seus respectivos países, com um movimento, sobretudo, de juízes. Eles buscavam

uma alternativa ao ordenamento posto, que era um ordenamento autoritário, e ele é reproduzido no Brasil, ainda sob a época da ditadura; esse movimento é desenvolvido no Brasil, sobretudo por magistrados do Rio Grande do Sul, que é uma magistratura muito forte, muito articulada até hoje, numa oposição à aplicação, numa desigualdade social muito grande. E esse movimento de Direito alternativo acabou ganhando corpo acadêmico na Universidade Federal de Santa Catarina, onde um grupo de professores passou a trabalhar em associação com esses juízes e passou a gerar uma reflexão crítica sobre o que se chamava Direito alternativo. São movimentos acadêmicos, políticos, institucionais, sociais, irmãos fraternos, mas não são iguais; eles surgem de forma diferente, têm uma atuação de maneira diferente, têm uma perspectiva distinta de aplicação e um desenvolvimento distinto. É importante que se faça essa distinção, não porque sejamos uma oposição ao Direito alternativo, ou o direito alternativo seja uma oposição ao *Direito Achado na Rua*, mas porque são processos históricos de construção de conhecimento, de reprodução de conhecimento e prática social distintos.

Revista: Quais as influências que os movimentos sociais podem ter na realização dos direitos?

Alexandre Bernardino Costa: A primeira coisa é que se tem que ter uma formação político-social em que os movimentos sociais possam ter voz na esfera pública. A participação democrática, a efetivação da democracia passa por essa necessidade. A segunda coisa é que, no ensino do Direito, na educação jurídica, conforme dito anteriormente, é necessário que se perceba a necessidade de se observar e se estudar a atuação dos movimentos sociais na concreção e na efetivação do Direito, e os próprios movimentos sociais; uma vez que eles tenham voz, tenham reconhecimento acadêmico, reconhecimento político. Têm que haver reconhecimento institucional para que os juízes, promotores, delegados, policiais, agentes de justiça em geral, advogados, advogados públicos levem em consideração, sempre, a argumentação social que é desenvolvida em relação ao Direito por parte de movimentos sociais. Isso não significa que vão acolher todas as demandas, que, em todos os momentos, vai ser absolvida a demanda do movimento social, mas é necessário que se coloque na pauta para que possamos discutir democraticamente como é que se faz: é a efetivação de direitos com o povo, que é seu titular de direitos.

O processo administrativo como meio de prevenção e solução de litígios*

João Batista Gomes Moreira**

As ideias contidas neste trabalho vêm sendo reafirmadas por este expositor desde que participou, como palestrante (*Do ato ao processo administrativo: relevância do processo administrativo como instrumento de prevenção e solução de litígios*), do seminário *Administração Pública e processo administrativo federal* — realizado pela Superintendência da Zona Franca de Manaus – Suframa, em 12/05/2006.

De lá para cá, a questão ganhou vulto em face da crescente implantação dos Juizados Especiais Federais, nos quais desaguarão centenas de milhares de ações destinadas ao reconhecimento de direitos previdenciários, as petições iniciais quase sempre desprovidas da prova de decisão ou omissão em face de requerimento à respectiva entidade administrativa, de modo que é muito oportuna a escolha do tema, eleito pelo Instituto de Direito Administrativo de Goiás para constar de seu IX Congresso anual.

Os Juizados Especiais Federais agradecem.

1. Processualidade da atividade administrativa

No Estado de Polícia, o soberano concentrava as três funções estatais – legislativa, executiva e judiciária. O Estado de Direito caracteriza-se, essencialmente, pelo exercício de cada função por órgão independente. Os atos finais dessas funções são, respectivamente, a lei, o ato administrativo e a sentença.

No liberalismo, primeira fase do Estado de Direito, a concepção é a do Estado-mínimo, que exerce verticalmente a função administrativa por meio de atos unilaterais, imperativos, imotivados, presumidamente legítimos, insuscetíveis de controle judicial prévio e, muito menos, de mérito, isolados do contexto e fragmentados. O ato administrativo é, na concepção dessa época, um ato de autoridade que emana da Administração e que determina frente ao súdito o que para ele deve ser de direito em um caso concreto.¹

O Estado Social-Democrático, paradigma que se defende para a atualidade, é caracterizado pela administração ativa, democrática (participativa), horizontal, pactuada ou concertada, cujos atos, atividades, gestão e políticas públicas resultam de processos. O processo administrativo surge como meio de superação da atuação estatal autoritária e consequência inafastável da democracia.² O contraditório processual coloca as partes em simétrica paridade.³

O processo administrativo permite, entre outros efeitos: a) a coleta de informações e a consideração de todos os aspectos da questão em exame, nos casos individuais e, especialmente, nos que envolvem audiências e consultas públicas; b) flexibilidade do método decisório (pluralismo de soluções); c) maior eficiência do controle, graças à publicidade e à participação da sociedade; d) prevenção do desvio de finalidade, incluída a corrupção; e) estímulo à colaboração e à consequente aceitação das medidas administrativas; f) *prevenção e solução de litígios* ou, se não tanto, o tratamento preliminar da questão que posteriormente será levada à Justiça, aqui se situando o tema central desta exposição.

Não é casual, portanto, o prestígio que, no século XX, adquiriu o processo administrativo, ao lado do processo judicial, ao ponto de ser elevado a categoria constitucional, como ocorre no Brasil, e de tornar-se objeto da instituição de códigos ou, no mínimo, de leis específicas que lhe traçam as regras e princípios básicos.

Não é nova, no mundo, a experiência da edição de uma lei de processo administrativo, citando-se, como representativas, a Lei Fundamental Austríaca, de 1925, reposta em vigor em 1950, o *Federal Administrative*

¹ MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Trad. Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires, Depalma, 1945, v. I, p. 126.

² ROCHA, Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar/FGV, 209, 1997, pp. 194/196.

³ Fica aqui uma homenagem ao grande artista goiano Antônio Poteiro, falecido no início do mês de junho de 2010, que pintava a *ciranda celestial* entrelaçada com a *ciranda terrena*, imagem que bem serve para ilustrar o entrelaçamento *Estado e sociedade*, de que o processo é instrumento.

* Texto básico de palestra proferida em 17/06/2010, no IX Congresso Goiano de Direito Administrativo, promovido pelo Instituto de Direito Administrativo de Goiás, de 16 a 18/06/2010.

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

Procedure Act, de 1946, nos Estados Unidos da América, o *Crown Proceeding Act*, de 1947, na Inglaterra, e a *Ley de Procedimiento Administrativo*, na Espanha, de 18 de julho de 1958.⁴

Conforme noticia Gabino Fraga, já no Congresso do Instituto Internacional de Ciências Administrativas, celebrado em Varsóvia no ano de 1936, foram assinalados os fundamentos para todo procedimento administrativo: o princípio de audiência das partes, a enumeração dos meios de prova, a determinação do prazo no qual a Administração deve decidir, a especificação dos atos para os quais a autoridade necessita colher a opinião de outras autoridades ou conselhos, a exigência de motivação pelo menos sumária de todos os atos administrativos que afetem interesses particulares, as condições nas quais a decisão deve ser notificada aos particulares e, como regras gerais complementares, a declaração de que toda violação das normas que fixem garantias de procedimento para o particular causam a nulidade da decisão administrativa e a responsabilidade de quem as infrinja.⁵

No Brasil, Lei Geral de Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal – Lei 9.784 – foi editada em 29 de janeiro de 1999, como resultado do destaque dado pela Constituição de 1988, que, no art. 5º, LV, previu o processo administrativo ao lado do processo judicial, tornando-o também sujeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.⁶

Trata-se de *normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta*, incluída a função administrativa dos *órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União*, com aplicação subsidiária aos *processos administrativos específicos*, que continuam sujeitos a suas próprias leis. Na esteira dessa iniciativa, não tardou a edição de diversas leis estaduais de processo administrativo, incluída a Lei de Goiás.

⁴Cf. CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 7ª ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1965, p. 728.

⁵FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. 35ª ed. México: Editorial Porrúa, 1997, pp. 257/258.

⁶Pela Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, foi acrescentado ao art. 5º o inciso LXXVIII – “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” – novamente elevando o processo administrativo à estatura constitucional, ao lado do processo judicial.

2. Processo administrativo e a universalidade da jurisdição

A utilidade e eficácia do processo administrativo, no Brasil, mesmo após a referida lei, continuam encontrando obstáculos setoriais.⁷ Situa-se em primeiro lugar a concepção, manifestada na jurisprudência, de que o princípio da universalidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição) impede a sujeição de pleito judicial a prévio pedido na esfera administrativa.

Entre outros, no julgamento do REsp 232260/CE, relator Min. Edson Vidigal, entendeu a Quinta Turma do STJ, por unanimidade, em 08/02/2000, portanto, posteriormente à Lei 9.784/1999, que é “desnecessária a prévia postulação administrativa para buscar reconhecimento judicial de benefício previdenciário”. Tal entendimento se mantém, tanto que, em 17/04/2008, a Sexta Turma, no REsp 386570/SC, relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura, também por unanimidade, foi incisiva: “Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que o prévio requerimento na esfera administrativa não pode ser considerado como condição para propositura da ação de natureza previdenciária”. Em sentido diferente está a Súmula 2 do mesmo Tribunal: “Não cabe o *habeas data* (CF, art. 5º, LXXII, *a*) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa”.

No Tribunal Regional Federal da 1ª Região há reiteradas manifestações no mesmo sentido, citando-se por amostragem:

Além do fato de ser desnecessário o anterior exaurimento da via administrativa ou de sua prévia provocação para a propositura de ação previdenciária, a motivação da preliminar de carência de ação suscitada pela autarquia é inexistente, tendo em vista que a parte autora apresentou recurso administrativo da decisão que cassou sua aposentadoria por idade (AC 1999.36.00.002275-0/MT);

É pacífica a jurisprudência quanto à desnecessidade de prévio requerimento administrativo como condição para a propositura de ação de natureza previdenciária (Precedentes do TRF: AC 2003.01.99.017215-1/RO, AC 2004.01.99.012918-4/MG, AC 2005.01.99.056287-0/MT, e do STJ: REsp 437.590/SC, REsp 602.843/PR, REsp 543.117/PR);

A falta de postulação administrativa ou o exaurimento da via administrativa não impede a

⁷Cf. FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 2ª ed. revista e ampliada, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 13.

propositura de ação visando à obtenção de benefício previdenciário. Precedentes do STJ. Preliminar rejeitada” (AC 2003.01.99.017235-7/MG);

O eg. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que a prévia postulação na via administrativa não é condição para o ajuizamento de ação de natureza previdenciária (REsp 232260/CE, REsp 175437/RS, REsp 201656/RS)” (AC 2007.01.99.042687-2/MT.)

A questão já ensejou, no âmbito da Comissão de Jurisprudência do mesmo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, até a proposta de edição de súmula, com a discordância deste expositor, baseado nos seguintes argumentos:

Entendo inconveniente a edição de súmula dispondo que “não é condição para propositura da ação previdenciária o exaurimento da via administrativa” e, menos ainda, a edição de súmula estabelecendo que “a propositura de ação previdenciária prescinde do anterior exaurimento da via administrativa, ou mesmo da sua prévia provocação”.

É tendência atual, universal, a busca de meios alternativos para solução de litígios, entre os quais se inclui o processo administrativo, com a finalidade de diminuir a sobrecarga do Poder Judiciário. Nessa direção, a Constituição brasileira assegurou, no processo administrativo, as mesmas garantias do processo judicial e vêm de ser editadas a Lei 9.784/1999 e diversas leis estaduais de processo administrativo, já com comprovada eficácia especialmente nas agências reguladoras.

Na doutrina, é bem sucedida a tese (de Elio Fazzalari) de que o processo, classificado em legislativo, executivo (administrativo) e judicial, é essencialmente único.

Penso que *condicionar* o acesso ao Poder Judiciário, pelo menos, à prévia provocação da Administração não significa *excluir* desse Poder a apreciação de ameaça ou lesão a direito ou interesse. Tal *exclusão* tem ocorrido, de fato, como é notório, pela sobrecarga de processos judiciais.

Os juízes e administradores são muito ciosos da independência de funções, com o que, na realidade, *excluem* da apreciação do Poder Judiciário os atos administrativos praticados sob o manto da discricionariedade. Diz-se que ao juiz não é dado *substituir* o administrador nesse campo. Acontece que, na solução de litígios, essa substituição tem, na prática, acontecido, com o beneplácito da própria Administração, que deixa de assumir as responsabilidades que lhe são próprias, acomoda-se, indefere sistematicamente e até aconselha a ação judicial.

O prévio percurso da via administrativa propicia, no mínimo, que a questão já venha trabalhada (pontos controvertidos fixados) para o Poder Judiciário, que assim poderá solucionar

mais rapidamente o litígio. Esta afirmação é fruto de experiência do signatário quando, na primeira instância, processava e julgava ações de mutuários do Sistema Financeiro da Habitação.

Súmula naqueles termos atende mais a interesses corporativos da advocacia que ao interesse da sociedade.

O Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais já aprovou importantes enunciados sobre o tema: “o ajuizamento da ação de concessão de benefício da seguridade social reclama prévio requerimento administrativo” (n. 77); “o ajuizamento da ação revisional de benefício da seguridade social que não envolva matéria de fato dispensa o prévio requerimento administrativo” (n. 78); “a comprovação de denúncia da negativa de protocolo de pedido de concessão de benefício, feita perante a ouvidoria da Previdência Social, supre a exigência de comprovação de prévio requerimento administrativo nas ações de benefícios da seguridade social” (n. 79). Tais enunciados, especialmente o primeiro, revelam que a questão não é pacífica e não é, por isso, conveniente, *data venia*, sua consolidação em súmula.

Recentemente (sessão da Corte Especial de 08/04/2010), a questão foi novamente agitada em julgamento de pedido de correção parcial, proferindo o relator, Des. Federal Olindo Menezes, então Corregedor-Geral e hoje Presidente do TRF 1ª Região, o seguinte voto (vencido):

Trata-se de matéria controvertida, com vários julgados a favor da tese da requerente, mas a decisão impugnada, na minha avaliação, está técnica e operacionalmente correta, e teve por fundamento o Enunciado 77 do Fonajef, segundo o qual “o ajuizamento da ação de concessão de benefício da seguridade social reclama prévio requerimento administrativo”.

Com efeito, dentro da dinâmica da divisão de poderes, o Judiciário é pensado como o poder que realiza a função jurisdicional com a aplicação da lei em hipótese controvertida, mediante processo regular, que produz a coisa julgada, a substituir em definitivo a vontade das partes. Afora as suas funções atípicas administrativas e mesmo legislativas, ao Judiciário incumbe julgar lides, conflitos de interesses que representam pretensões resistidas, como terceiro supra partes. É a lide que expressa o interesse processual ou interesse de agir – necessidade de vir ou de permanecer em juízo – como condição da ação. (Cf. art. 267, VI – Código de Processo Civil.)

Qualquer demanda judicial, no juizado ou nas varas cíveis, pressupõe, em princípio, lide entre as partes, tradutora do interesse processual de vir ou de permanecer em juízo. Se a parte entende que faz jus a um benefício previdenciário, nada mais natural que faça o requerimento perante o

Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, órgão administrativo encarregado do exame e, sendo o caso, da concessão.

Não faz sentido, técnico ou operacional, que a pretensão venha diretamente ao Judiciário, que, já assoberbado — e, às vezes, literalmente soterrado de processos pendentes de exame e julgamento —, resulta transformado indevidamente em uma sucursal da autarquia previdenciária, numa completa falta de disciplina processual na divisão técnica de tarefas dos órgãos estatais.

O amplo acesso ao Judiciário, mesmo nos Juizados Especiais, que se regem pelos critérios da oralidade, simplicidade, economia processual e informalidade, não pode ser feito da forma pretendida, sem que haja um conflito de interesses entre as partes, trazendo para o Judiciário uma tarefa que compete à Administração. O exercício da atividade jurisdicional, ainda que nos juizados, não prescinde da hipótese controvertida.

Muitas vezes tem sido flexibilizada a exigência da necessidade de prévio requerimento administrativo, a depender das circunstâncias que estão no entorno do caso, como consta do Enunciado 80 do próprio Fonajef, que dá pela dispensa da exigência em juizados itinerantes, consideradas as peculiaridades da região. Ou mesmo quando o INSS, ao responder ao pedido, manifesta contestação, dando por satisfeito de forma intercorrente o interesse processual, como proclamam vários precedentes.

Não se está exigindo o exaurimento da via administrativa, o que efetivamente seria um atentado ao princípio do amplo acesso ao Judiciário. A parte pode vir a juízo quando, logo após a primeira manifestação hostil da área administrativa, já souber, em face dos precedentes, que a realidade não será diversa nas demais instâncias; ou mesmo nos casos de omissão injustificada na apreciação do caso pela instância administrativa. Exige-se, sim, o prévio requerimento administrativo, evitando-se que o Judiciário ocupe o seu escasso tempo no exame de casos nos quais a própria Administração já defere o pedido.

Sobre a matéria, a Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência – TNU registra dois precedentes. No primeiro, decidiu que é necessária a prévia caracterização da lide para atender à condição da ação relativa ao interesse de agir, o que se dá com o prévio requerimento administrativo no qual haja o indeferimento do pedido ou a demora injustificável na sua apreciação. No segundo, de outubro de 2008, decidiu que não é razoável, diante do princípio do amplo acesso ao Poder Judiciário, que a parte se submeta a prévio requerimento administrativo.

Constitui equívoco, com a devida vênia, a afirmativa de que a exigência de requerimento administrativo, por parte do segurado, num benefício previdenciário, tradutor do interesse processual, representa um obstáculo indevido ao princípio do

amplo acesso ao Judiciário, de base constitucional. O que a Constituição garante, como está expresso no catálogo dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXXV), é que não se excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito.

O amplo acesso à jurisdição não dispensa a necessária disciplina dos procedimentos, nem deve ser praticado com uma visão de assistencialismo constitucional, em nome apenas da hipossuficiência econômica dos segurados. A exigência de prévio requerimento não contém nenhuma lesão ou ameaça a direito, pois consubstancia matéria processual alusiva às condições da ação, que em nada atenta contra o princípio constitucional.

Não desconheço os vários precedentes do STJ, no sentido de que a prévia postulação administrativa não é condição para a propositura da ação de natureza previdenciária, mas eles têm que ser compreendidos além da sua literalidade, no seu autêntico significado, de que, em face da superveniência de contestação do INSS, dentro do princípio da eventualidade, satisfazendo de forma intercorrente o interesse de agir, o processo, regido pelo princípio da efetividade, pode e deve prosseguir mesmo que a parte não tenha feito o requerimento administrativo. Mas isso não equivale a dizer que seja dispensável, em geral, o prévio requerimento administrativo.

O que os precedentes dizem, sem escrever, é que o processo deve ser aproveitado, mesmo sem o requerimento prévio na área administrativa, quando o INSS, trazendo a sua manifestação, contesta o pedido, o que é perfeitamente natural e legal, pois ocorre a presença da condição da ação (interesse de agir) de forma superveniente. Eles não dizem – e não poderiam dizer – que não é necessária a manifestação da autarquia. O juiz não pode emitir a sentença sobre o benefício previdenciário sem ouvir o INSS, tanto mais que em seu banco de dados estão muitas informações técnicas do segurado – contribuições, benefícios anteriores, suspensão de benefícios etc.

Não se faz possível a concessão de um benefício pelo juiz sem um pronunciamento do INSS, seja em requerimento administrativo, seja em contestação. Dizer, pura e simplesmente, que é desnecessário o requerimento administrativo para a propositura de ação que visa a obtenção de benefício previdenciário, equivale a sepultar a visão técnica, decorrente da divisão de poderes, de que a função jurisdicional se realiza com a aplicação da lei em hipótese controvertida.

Isso sem falar no efeito desastroso que o entendimento causa nos Juizados Especiais Federais — um verdadeiro tiro no pé —, abarrotados com milhares de processos desnecessários, que poderiam e deveriam ser examinados pela administração. O Judiciário não pode ocupar o lugar administrativo do INSS, competente em razão da matéria, na análise e implantação (sendo o caso) dos benefícios da seguridade social.

Existe precedente do STF afirmando que “não há no Texto Constitucional norma que institua a necessidade de prévia negativa de pedido de concessão de benefício previdenciário no âmbito administrativo como condicionante ao pedido de provimento judicial.” Mas, com o necessário respeito, a questão da exigência de lide é de natureza processual, tema de procedimento, de regra da atuação, cujo *locus* em princípio não é a Constituição, senão a lei processual.

Relembre-se, *mutatis mutandis*, que já se defendeu que o mandato de segurança não deve submeter-se a prazo decadencial de impetração, porque não previsto na Constituição, mas a tese não prevaleceu, pois a questão dos prazos, tal como a das condições da ação, é de natureza processual, não interferindo no direito material que a parte eventualmente tenha ou não tenha na sua investida.

Não procede, portanto, a correção parcial, que, nos termos da Lei 5.010/1966 (art. 6º, I), se destina a corrigir “ato ou despacho do juiz de que não caiba recurso, ou omissão que importe erro de ofício ou abuso de poder” (art. 6º, I – Lei 5.010/1966). Ou seja, “medida administrativa ou disciplinar destinada a levar ao conhecimento do tribunal superior a prática de ato processual pelo juiz, consistente em *error in procedendo* caracterizador de abuso ou inversão tumultuária do andamento do processo, quando para o caso não existir um recurso previsto na lei processual.”

A despeito de propiciar divergências de entendimento – mais aparentes do que reais, pois os precedentes não dispensam a manifestação do INSS –, o despacho do magistrado, no caso, não subverte em nenhuma medida a ordem processual. Diversamente, e a despeito de aparentemente se atritar com vários acórdãos do STJ, está, além de tecnicamente impecável, regido nitidamente pelo princípio da razoabilidade.

Não é conveniente nem operacional, dentro do quadro de congestionamento de serviço por que no momento passam os Juizados Especiais Federais, que as partes tragam os seus requerimentos de benefícios diretamente ao juiz, sem passar pela repartição administrativa competente em razão da matéria para analisá-los e implantá-los, sabendo-se que esta, necessariamente, terá que manifestar-se nos autos, para que o juiz possa sentenciar.

Em face do exposto, e com toda licença da divergência, indefiro o pedido de correção parcial, mantendo a decisão em causa.

3. Prévio requerimento administrativo e ações do Sistema Financeiro da Habitação

Há alguns anos (início da década de 1990), ocorreu verdadeira inundação da Justiça Federal com ações consignatórias de prestações do Sistema

Financeiro da Habitação. Dava para perceber que a alguns mutuários interessava apenas instaurar o litígio, impedir a execução (ainda não houvera a redação do art. 585, § 1º, do Código de Processo Civil, dada pela Lei 8.953/1994 – “A propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução” —, sem contar que é discutível a aplicação desse dispositivo à execução extrajudicial do Decreto-Lei 70/1966) e pagar as prestações em valores irrisórios, unilateralmente estipulados, pelo maior tempo que fosse possível esticar os processos. Se viessem, ao final, a perder os imóveis, já teriam deles usufruído por longo tempo, pagando *aluguel* simbólico. Falava-se que alguns advogados contratavam seus honorários sob a forma de *mensalidades*, dispensando-se comentário sobre o interesse no retardamento da decisão final, inerente a uma tal conduta. As petições iniciais eram propositalmente mal instruídas; as respostas dos agentes financeiros, genéricas (padronizadas), possivelmente pela deficiência de seus quadros de advogados, em desproporção com o número de ações; restava inevitável a realização de perícias. Só que no momento da designação do exame pericial era frequente a alegação de falta de meios para custear os honorários e o resultante embaraço ao andamento processual. Não bastasse a natural dificuldade dos exames contábeis nessa matéria, agravada pelo tumulto de informações sobre reajustes de salários, alterações de renda, variedade de planos e índices de correção de prestações, começava, depois de oferecidos os laudos, etapa de infindáveis juntadas de novos documentos, acompanhados de pedidos de complementação de perícia e de esclarecimentos adicionais.

Houve juiz que tentou obstar a avalanche de ações com o indeferimento da petição inicial que não viesse acompanhada de prova da resistência do agente financeiro aos valores de prestações pretendidos pelos mutuários, de modo a caracterizar o interesse processual. Mas a iniciativa não resistiu ao argumento de que o agente financeiro, nessas hipóteses, contestava sistematicamente os pedidos, sendo, pois, presumível sua resistência. De positivo, resultou pelo menos a providência, tomada pela Caixa Econômica Federal, de organizar um setor para a apreciação de pedidos da espécie, que antes nem sequer existia.

Ainda hoje persiste a constatação de que é peculiar aos contratos de financiamento habitacional a existência de cláusulas abertas, incompletas, dependentes da interpretação controvertida e da verificação evolutiva de fatos econômico-financeiros, o que recomenda apreciação prévia das questões em

processo administrativo contraditório. Entretanto, o que na realidade acontece é a liquidação unilateral dos débitos pelo credor, para efeito de instruir execução extrajudicial, processo este que se torna fonte de litígios judiciais.

4. Prévio requerimento administrativo de direito⁸ previdenciário

Atualmente, a questão é muito preocupante no âmbito dos Juizados Especiais Federais, em face do ajuizamento de centenas de milhares de ações previdenciárias, em que o prévio requerimento e a decisão administrativa têm a virtude, pelo menos, de fazer com que a causa chegue à Justiça com os pontos controvertidos já assinalados.

Em artigo intitulado *Tribunal Multiportas*, a hoje Des. Federal Mônica Sifuentes observa que

As questões contra o INSS representam nada menos que 70% das demandas em primeira instância, em curso nos Juizados Especiais Federais. Isso porque, paradoxalmente, uma vez facilitado o acesso à Justiça, houve notória diminuição da procura pelos órgãos previdenciários para a postulação de pedidos tais como aposentadorias e revisão de benefícios, antes do ingresso na via judicial. Houve, em consequência, significativo aumento do número de processos judiciais nos quais não se tem caracterizado o conflito de interesses que, em regra, justifica a atuação judicial, pois o pedido não chega sequer a ser analisado na via administrativa. Desse modo, se por um lado se vê a ampliação do acesso à Justiça, por outro parece ocorrer verdadeira transformação do Judiciário em administrador de questões públicas, passando a assumir funções executivas que não são rigorosamente suas.⁹

5. Prévia apreciação administrativa nas agências reguladoras

A tentativa de suprimir o processo administrativo para efeito de ingresso na via judicial ocorre, com frequência, em campos sujeitos a disciplina pelas agências reguladoras.

A função administrativa é constituída, em caráter principal, pelas atividades-meio de todos os poderes ou funções do Estado e de três atividades-fim concentradas essencialmente no Poder Executivo – polícia Administrativa, serviço público e intervenção na economia – a que, atualmente, deve acrescentar-se a regulação. Se a Administração falha no exercício de suas atividades-fim – ex.: prestação de serviço público – o Poder Judiciário, em princípio, é provocado não para suprir aquela omissão, executando diretamente a atividade, mas para impor à Administração o devido exercício de sua competência. Por isso, neste caso, invariavelmente, a pessoa jurídica competente deve figurar no polo passivo da ação.

O exercício direto da atividade, pelo Poder Judiciário, só é possível acontecer, especialmente para preservar direitos fundamentais, em razão de previsível ineficácia de uma ordem à Administração para que cumpra o dever de executar determinada tarefa (ex.: quando seja notório o dismantelo da Administração naquele setor) e, ainda assim, somente enquanto permanece a omissão administrativa.

A conclusão desse raciocínio é que, em princípio (leia-se *em primeira mão*), não cabe ao Poder Judiciário prestar serviço público, exercer atividade de polícia administrativa ou efetuar a regulação de um setor. Caso concreto é o da pretensão, frequentemente manifestada pelo Ministério Público (por meio de ação civil pública) de que o juiz interdite, diretamente (mediante ordem a ser cumprida por oficial de justiça), instituição de ensino superior, sob a alegação de que fora criada ou está funcionando ilegalmente. Há casos em que nem sequer é requerida citação da União, pessoa competente, por meio do Ministério da Educação, para o exercício da polícia administrativa nessa hipótese.

A mesma conclusão pode ser extraída em relação à atividade administrativa de regulação. Se a agência reguladora omite-se em sua atribuição de harmonizar os interesses de determinado setor, não cabe ao Poder Judiciário, senão excepcionalmente (hipótese já citada), substituir aquela entidade em sua atribuição. A ação suscetível, em regra, de ser intentada nesse caso é para que o Poder Judiciário determine à agência reguladora que exercite sua competência. Nem é conveniente (uma vez que não dispõe imediatamente de condições técnicas), senão naquela situação excepcional, que o Poder Judiciário substitua a entidade reguladora em sua competência, inclusive cautelar (cf. art. 45 da Lei 9.784/1999), de disciplinar e policiar a convivência das empresas em setores de atividades reguladas.

⁸ É recomendável empregar, em vez de *benefício*, *direito previdenciário*, para evitar a ideia que o primeiro termo transmite, embora utilizado pela própria Constituição, de que não se trata de verdadeiro direito, mas de beneficência.

⁹ SIFUENTES, Mônica. *Tribunal Multiportas*. *Jornal Correio* Braziliense, 08/02/2006, p. 17.

À Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, por exemplo, compete fixar o valor que deve ser ressarcido por uma empresa a outra na interconexão de redes de telefonia (“em termos não discriminatórios, sobre condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço” – art. 152 da Lei 9.472/1997). Outra atribuição é a de fixar o valor devido por uma empresa a outra pelo compartilhamento de postes e dutos. Mas houve omissão da Anatel no exercício dessas atribuições e, por isso, empresas ingressaram com ações pretendendo a fixação judicial de valores dessa espécie. Este expositor, entre outras oportunidades, no AI 2007.01.00.052820-0/DF, votou (vencido) que o pedido correto seria para que o juiz determinasse à agência reguladora (litisconsorte necessário na ação) a fixação dos valores e não, para que o juiz fixasse, diretamente, tais preços. Depois do estabelecimento desses preços, pela Anatel, é que as empresas inconformadas, com base em nova causa de pedir, poderiam ingressar com outra ação destinada a discutir-lhes a justiça. Nem seria caso de aplicação do art. 462 do Código de Processo Civil.

6. Manifestações doutrinárias

É ilustrativo, de longa data, o pensamento de Fernando Andrade de Oliveira, concordando com Bernard Schwartz, no sentido de que

A desejável juridicidade da Administração Pública não parece incompatível com a organização de um contencioso administrativo interno, desvinculado da Administração ativa, sujeito às normas de um moderno Direito Administrativo procedimental. Essas normas organizariam um conjunto de recursos administrativos dotados de efeito suspensivo da eficácia do ato supostamente lesivo a direitos. Tal sistema não afastaria o controle do Poder Judiciário, apenas evitaria o prematuro e desnecessário acesso à via jurisdicional. Aliás, no Direito Administrativo comparado, compreendendo o norte-americano, esse controle é exercido sobre a decisão final da autoridade superior que esgota a instância administrativa.¹⁰

Acrescenta o mesmo autor, reportando-se a Rodolfo Bledel, que na Inglaterra, a partir da Revolução Industrial, aconteceu

(...) a criação de inúmeros órgãos administrativos, sobretudo colegiados, e alguns Ministérios, em correspondência com a recente intervenção do Estado no campo econômico e social, em matéria de assistência aos pobres, trabalhista, de saúde pública, de agricultura, dos transportes etc. Importa salientar que, dada a complexidade da matéria, a legislação editada desde os fins do século passado (séc. XIX) apenas contém normas muito gerais – *skeleton legislation* – e delega amplas faculdades discricionárias e de natureza legislativa (edição de legislação subordinada) e jurisdicional, ou quase legislativa e quase jurisdicional, a vários órgãos da Administração. Considerava-se que os juizes nem sempre estavam preparados profissionalmente para decidir casos envolvendo questões técnicas e de política administrativa. E mais, que as normas processuais vigentes na jurisdição da *common law* são extremamente complexas e rigorosas, adotando prazos muito longos, sendo ainda muito onerosa a instância judicial. A lei, inclusive, estabeleceu que, em certas matérias, “a decisão final na instância administrativa adquire a autoridade de coisa julgada”. Em outros casos, porém, eram previstos recursos ante a justiça comum, só em questões de fato, ou de direito, ou em questões de fato e de direito.¹¹

No artigo já mencionado, a Des. Federal Mônica Sifuentes dá notícia da experiência desenvolvida nos países anglo-saxônicos, cuja principal característica está no

Procedimento inicial: ao se apresentar perante determinado tribunal, a pessoa passa por uma triagem para verificar qual processo seria mais recomendável para o conflito que a levou ao Poder Judiciário. Pode, assim, ser direcionada primeiramente para a porta da Administração Pública ou, então, para a porta dos conciliadores extrajudiciais, antes de ser encaminhada à Justiça.¹²

Em alentado livro há pouco tempo editado, mas já em segunda edição, Lucas Rocha Furtado expõe interessantes ideias, que podem ser assim resumidas: a) “em períodos de normalidade democrática, como o que vivemos, em que se reconhece legitimidade no exercício de todas as funções do Estado, deve ser buscado novo equilíbrio para os mecanismos de controle recíprocos existentes entre os poderes, e não se justifica a exacerbação ou o excesso de interferência de um poder em relação aos demais”; b) “a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário deve ser franqueada aos particulares sempre que decisão, ou omissão,

¹⁰ OLIVEIRA, Fernando Andrade de. *O Direito Administrativo – origem e perspectivas*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coordenadora). *Perspectivas do Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 54.

¹¹ OLIVEIRA, Fernando Andrade de, *op. cit.*, pp. 42/43.

¹² SIFUENTES, Mônica, *op. cit.*, p. 17.

administrativa ferir ou puser em risco (ameaça de lesão) direito subjetivo, e é inconstitucional qualquer regra que estabeleça limitações ou impedimentos ao livre acesso ao Poder Judiciário”; c) “quando a atuação administrativa não lesionar direito subjetivo, ao contrário, a interferência do Poder Judiciário sobre a Administração Pública será legítima somente quando tiver sido expressamente autorizada por lei específica ou pela própria Constituição”; d) “sempre, e enquanto a lesão, ou a ameaça de lesão, a direito puder ser questionada na esfera administrativa, e enquanto esse questionado fizer sustar referida lesão, bem como sua ameaça, a interferência judicial irá ferir a autonomia do Poder Executivo, e, em consequência, a harmonia entre os poderes”; e) “García de Enterría afirma que ‘a reclamação prévia constitui um autêntico pressuposto processual, quer dizer, um elemento que afeta a regular constituição da relação jurídica em que o processo consiste’”; f) admitida “a possibilidade de, a qualquer momento, independentemente de violação ou ameaça de lesão a direito subjetivo, ou ainda no curso de processo administrativo que observe o devido processo legal, inclusive quanto a aspectos temporais, o Poder Judiciário interferir na instância administrativa, compromete-se a capacidade do próprio Judiciário de atender, a tempo e a contento, a sociedade”; g) “enquanto a questão estiver sob a apreciação da Administração Pública sendo tratada em processo administrativo e isto não caracterizar violação (ou ameaça de violação) de direito subjetivo do cidadão, ele não está legitimado a se socorrer das vias judiciais, devendo aguardar a conclusão do mencionado processo administrativo. Esta conclusão não afasta a possibilidade de o Poder Judiciário intervir nas decisões administrativas, mas apenas define o momento em que a intervenção judicial na atividade administrativa se torna legítima”.¹³

Conclusão

O tratamento da questão da exigência ou não de prévia decisão administrativa, ou o decurso do respectivo prazo sem manifestação, para efeito de ingresso na via judiciária, está contaminado por algumas distorções.

Em primeiro lugar, alinha-se que a jurisprudência majoritária, afirmando dispensa de prévia postulação administrativa, vem da fase anterior à Constituição de

1988, quando ainda não ganhara fôlego a doutrina da unidade de princípios processuais, comuns ao processo legislativo, administrativo e judicial. Essa doutrina, na atual Constituição, inspirou a colocação do processo administrativo ao lado do processo judicial, para efeito de sujeitá-lo aos princípios do contraditório e da ampla defesa (devido processo legal). Mais recentemente, a similitude foi reafirmada na instituição do princípio de razoável duração do processo (no âmbito judicial e administrativo).

Outro importante aspecto a considerar é que essa jurisprudência justificava-se, plenamente, no regime autoritário, em que a praxe consistia em decisões unilaterais e imotivadas, quando não, no simples descaso para com as pretensões administrativamente manifestadas. No regime de normalidade democrática, ainda mais com as referidas garantias constitucionais, não é razoável, econômico, nem eficiente substituir o agente do INSS pelo juiz federal.

Isso, sem considerar que as decisões dos tribunais, formadoras da referida jurisprudência, foram dadas sempre após a resposta da entidade administrativa, portanto, quando já *preclusa* a oportunidade para remeter a parte à via administrativa. Em outros termos, não é afirmado que, ao ser despachada a petição inicial ou, tratando-se de juízo especial, na atermção ou na abertura da audiência, deva ser reconhecido interesse processual em perspectiva.

Conquanto seja a advocacia indispensável à administração da Justiça, não se pode ignorar o interesse corporativo da nobre classe dos advogados na dispensa de prévio processo administrativo para preservar o campo profissional, numa cultura em que não é costume contratar advogado para requerer administrativamente.

É conhecida a deficiência da estrutura administrativa, mas esta, na realidade, é fruto de um círculo vicioso: não se pede administrativamente porque a estrutura é deficiente, mas não se melhora a estrutura porque a Justiça aceita resolver em primeira mão as questões. Que tal ação do Ministério Público para que a União melhore a estrutura administrativa? O Poder Judiciário é órgão do Estado, da mesma forma que a Administração. Deve prevalecer entre as funções estatais, em vez de fragmentação e oposição (ideias típicas do exacerbado liberalismo), o princípio da complementaridade.

Fique claro que não se vai ao ponto de exigir esgotamento da via administrativa, salvo quando o recurso tenha efeito suspensivo independentemente de caução (nesse sentido dispõe o art. 5º, I, da Lei

¹³ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 1196/1203.

12.016/2009), mas apenas o prévio requerimento e a decisão ou omissão da administração dentro do prazo estabelecido no art. 49 da Lei 9.784/1999: “Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada”.

A exigência de prévia postulação administrativa, com as exceções que a experiência se encarrega de estabelecer, não significa exclusão, mas apenas racionalização da prestação jurisdicional. A verdadeira exclusão decorre, na prática, da insegurança causada pela precária instrução e da morosidade dos processos judiciais.

Há algum tempo, foi realizado em Salvador/BA seminário destinado a examinar o direito de marcas e patentes, durante o qual foi noticiado que havia no Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, sem decisão, seiscentos mil pedidos de registro. Imagine-se que as partes, de um momento para outro, decidam requerer diretamente na Justiça tais registros (!), os quais, por natureza, envolvem questões técnicas especializadas. Isso, se acontecer, será na 2ª Região da Justiça Federal, porque o INPI ainda é sediado no Rio de Janeiro, mas, diante da possibilidade de que um dia possa ser transferido para Brasília, não custa aos juízes da 1ª Região, desde já, imprecisar ao céu, como faz o Min. Carlos Britto em forma de poema: “Santa Maria do *desestresse*, não nos deixeis cair em tanta ação”.

O ditoso ambiente de segurança jurídica na lida do Direito Administrativo disciplinar

Sebastião José Lessa*

Cícero ensinava que o Direito é inteligência. Ulpiano proclamava pela justiça, como principal objeto do Direito. E a Constituição Federal cobra eficiência nas ações do Estado. Logo, qualquer solução que não seja inteligente, justa e eficaz não é solução jurídica: é mero produto da burocracia sem alma.

(Léo da Silva Alves, *Ajustamento de conduta e poder disciplinar*, Coleção, Cebrad, 2008, p. 53)

Sumário

1. Abordagem preliminar; 1.a. Princípio da legalidade; 1.b. Princípio do devido processo legal; 1.c. Princípio do contraditório e da ampla defesa; 1.c.1. Ampla defesa e jurisprudência; 1.d. Princípio da inadmissibilidade do uso no processo da prova obtida por meios ilícitos; 1.e. Princípio da razoabilidade e proporcionalidade; 1.e.1. Legalidade, razoabilidade e mérito do ato; 1.e.2. Prova emprestada; 1.f. Princípio da segurança jurídica; 2. Afinidade do Direito Administrativo disciplinar com o Direito Penal; 2.a. Dignidade constitucional da defesa administrativa; 2.b. Súmula Vinculante 5 – STF; 3. Direito Administrativo disciplinar e o princípio da legalidade ou reserva legal (Art. 5º, inciso XXXIX, da CF); 3.a. Defesa da liberdade individual; 4. Direito Administrativo disciplinar e o princípio da tipicidade; 4.a. Tipo e tipicidade; 4.a.1. Tipicidade; 4.a.2. Base factual e base hipotética; 5. Antijuridicidade e culpabilidade; Conclusão.

1. Abordagem preliminar

Anota a doutrina que o *Direito se traduz em princípios de conduta social tendentes a realizar a Justiça* (Carlos Mouchet-Zorraquin Becu, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1959, pp. 24 e ss).

Em aligeirada síntese, pode-se dizer que aqueles *princípios*, no plano das *afirmações teóricas*, sustentam a *ciência jurídica*, esta encimada pela *Filosofia do Direito*.

Quando esses *princípios* são expressados em *norma jurídica*, concretiza-se o *Direito positivo* consubstanciado na *legislação*.

Nesse *panorama*, a *sistematização* desses *princípios*, em *normas legais*, constitui a *ordem jurídica*, *garante da existência do Estado e da coexistência pacífica dos indivíduos em comunidade* (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo brasileiro*, Ed. Malheiros, SP, 35ª ed., 2009, p. 37).

Releva consignar, na dição do art. 37, *caput*, da Carta Política de 1988, que:

A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos *princípios* de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...). (Grifei.)

E a Lei 9.784/1999, por seu turno, tratando das regras de observância compulsória e dos fundamentos da ação administrativa, é expressa:

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

Imprescindível ressaltar, a título de alerta, o texto do art. 11 da Lei 8.429/1992, *verbis*:

Constitui *ato de improbidade administrativa* que *atenta* contra os *princípios da administração pública* qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (...). (Grifei.)

Concluindo, malgrado a importância de todos os *princípios*, serão destacados neste trabalho os *princípios da legalidade*, do *devido processo legal*, do *contraditório e ampla defesa*, da *inadmissibilidade do uso no processo da prova obtida por meios ilícitos*, da *razoabilidade e proporcionalidade*, e da *segurança jurídica*.

1.a. Princípio da legalidade

De fato, para tornar consistente o implemento das ações visando a *boa guarda e zelo dos interesses sociais*, reluz inclusive no âmbito da Administração

*Membro do Conselho de Ética da ADPF (Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal). Autor dos livros: *Do processo administrativo disciplinar e da sindicância, doutrina, jurisprudência e prática*, Ed. Fórum BH/MG, 5ª ed., 2009; *Temas práticos de Direito Administrativo Disciplinar*, Ed. Brasília Jurídica, 2005; *Direito Administrativo disciplinar interpretado pelos Tribunais*, Ed. Fórum BH/MG, 2008; *Nulidades no processo administrativo disciplinar: princípios básicos influentes e jurisprudência*, 2010 (no prelo).

Pública – o *princípio da legalidade* –, cravado no art. 37, *caput*, da Carta Política de 1988, e representado na sujeição compulsória do administrador público aos *mandamentos da lei e às exigências do bem comum* (Hely Lopes Meirelles, obra citada, pp. 87/89).

Não é demais gizar a preponderante relevância do *princípio da legalidade* (arts. 5º, II e 37, *caput*, CF; art. 2º, parágrafo único e incisos, Lei 9.784/1999), tronco de onde espraiam as correspondentes garantias fundamentais, e que, na didática de *Canotilho*:

Expressa a ideia da lei como instrumento mais apropriado para definir o regime de certas matérias (princípio da prioridade e prevalência da lei, princípio da reserva da lei) e de instrumento normativo de vinculação jurídico-constitucional da Administração. (Romeu Felipe Bacellar Filho, *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, Ed. Max Limonad, SP, 1998, p. 156.)

Gabriel Dezen Júnior, comentando o art. 37, *caput*, CF, pondera que:

O princípio da legalidade decorre do art. 5º, II, e significa que a lei deve ser o fundamento de toda atuação administrativa. Esse princípio, na lição de Hely Lopes Meirelles, implica a subordinação completa do administrador à lei. (*Curso completo de Direito Constitucional*, Ed. Vestcon, Brasília/DF, 2ª ed., p. 241.)

Nesse rumo, o *vetor da legalidade condiciona toda e qualquer conduta da Administração Pública, que não poderá impor ao particular o dever de fazer ou não fazer algo sem que exista lei autorizando*. (Uadi Lammêgo Bulos, Ed. Saraiva, SP, 2000, p. 559.)

De inestimável valia a lição do Min. Paulo Medina, quando realça o propósito político do *princípio da legalidade, o de submeter os exercentes do poder administrativo em concreto, a um quadro normativo, geral e abstrato, que embargue a prática de atos que favoreçam ou persigam determinado cidadão*. (STJ, MS 8817 DF, DJ 22/05/2006.)

Esse é também o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello in *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Malheiros, SP, 11ª ed., p. 59.

Nessa aligeirada síntese, e para destacar a preponderância do *princípio da legalidade*, quando se cogita até mesmo do preceito da *razoabilidade* ou *proporcionalidade* e do intitulado *mérito do ato administrativo*, o julgado do c. Superior Tribunal de Justiça:

Administrativo. Servidor público do INSS. Demissão. Processo administrativo disciplinar. Nulidades. Agravamento da pena sugerida pela

comissão processante. Possibilidade. Necessidade de fundamentação. Art. 168 da Lei 8.112/1990. Impossibilidade de análise pelo Poder Judiciário do mérito administrativo. Alteração da penalidade imposta administrativamente. Segurança denegada.

(...)

II - O juízo de valor do magistrado, ao analisar mandados de segurança envolvendo alteração ou majoração da pena administrativa imposta a servidor, deve levar em conta o *princípio da legalidade*, ou seja, eventual malferimento à proporcionalidade deve estar jungido à quebra do regramento legal aplicável ao caso vertente. Afinal, não se pode esquecer que a mensuração da sanção administrativa é feita pelo juízo competente - o Administrador Público - sendo defeso ao Poder Judiciário adentrar ao mérito administrativo. (STJ, MS 7.347 DF, rel. p/ acórdão Min. Gilson Dipp, DJ 25/08/2003.)

1.b. Princípio do devido processo legal

Deveras, o advogado, em seu nobre mister, quando propõe ou contesta a demanda perante o Poder Judiciário, tem a seu dispor – como garante do direito postulado ou contestado – um amplo corpo de regras legais dispostas com técnica na Constituição Federal, nos códigos de Processo Penal, de Processo Civil e em leis extravagantes.

É o *devido processo legal* (art. 5º, LIV, CF), e que opera como *garantia que as pessoas têm de que o processo seguirá regras jurídicas e não será instrumento do arbítrio*. (Léo da Silva Alves, *Os servidores públicos e o poder sancionador do Estado*, Revista de Administração Pública e Política, Ed. Consulex, Ano XIII, 140, fev. 2010, p. 36)

Com isso, tem-se um ativo e iniludível círculo de segurança jurídica nos pleitos judiciais.

Esse aperfeiçoamento, todavia, carece até então de razoável estabilidade nas lides administrativas, dado que ainda não alcançamos – no leito do direito positivo – a razoável e concreta maturidade jurídica, apesar da constante e valorosa construção doutrinária e jurisprudencial, do advento da Carta Política de 1988 (art. 5º, incisos LIV, LV e LXXVIII) e da Lei 9.784/1990.

Nesse contexto, convém redizer a importância da tão almejada *codificação* do Direito Administrativo, fonte de fecundo debate ainda reinante no seio dos doutrinadores, na visão autorizada de Hely Lopes Meirelles:

(...) *que a reunião dos textos administrativos num só corpo de lei não só é perfeitamente exequível, a exemplo do que ocorre com os demais ramos do Direito, já codificados, como propiciará à Administração e aos administrados maior segurança e facilidade na*

observância e aplicação das normas administrativas. (Grifei.) (Obra citada, p. 48.)

Não soa desarrazoado lembrar a fecunda ideia do *contencioso administrativo*, matéria tratada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. (Obra citada, pp. 4/8)

De fato, as controvérsias jurídicas – na quadra administrativa – de há muito vêm reclamando efetiva resposta por parte do direito positivado.

Para os operadores do *Direito Administrativo disciplinar*, como é correntio, esse parcimonioso corpo legislativo propicia um clima de incerteza e que, na prática, fragiliza o princípio do *devido processo legal* e a efetiva operosidade dos *meios* e dos *recursos* garantidores dos direitos fundamentais, mormente do contraditório, da ampla defesa e da inadmissibilidade do uso no processo das provas obtidas por meio ilícito, tudo como enumerado no art. 5º, incisos LIV, LV e LVI, da Carta Política.

Mitigando essa realidade na lida do Direito Administrativo, o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, que reza:

Inciso LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a *razoável* duração do processo e os meios que garantam a *celeridade* de sua tramitação. (Grifei.) (EC 45/2004.)

Destaque, como recurso *analógico* para o procedimento disciplinar, as novas disposições preventivas acerca da *qualificação* dos meios de obtenção da prova no processo penal, introduzidas pela Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP.

Em verdade, a gravosa consequência que vem modulada na aplicação de uma pena disciplinar, sobretudo a *expulsiva* do serviço público, reivindica um maior desvelo do legislador no sentido de ampliar os mecanismos legais para o desenvolvimento válido e regular do processo administrativo disciplinar.

1.c. Princípio do contraditório e da ampla defesa

O aludido preceito está elencado no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, que diz:

Inciso LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o *contraditório* e a *ampla defesa*, com os *meios* e *recursos* a ela inerentes. (Grifei.)

A norma, a bem dizer, *assegura* o direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como *garante* os meios e recursos para a fruição do aludido direito.

Alexandre de Moraes mostra a diferenciação entre *direitos* e *garantias individuais*:

Diversos doutrinadores diferenciam direitos de garantias fundamentais. A distinção entre direitos e garantias fundamentais, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito. (Direito Constitucional, Ed. Atlas, 14ª ed., p. 61.)

Comentando o dispositivo Constitucional (art. 5º, LV), leciona Celso Ribeiro Bastos, *in Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, v. 2, pp. 265/688, *verbis*:

O presente dispositivo confere aos acusados em geral a proteção da ampla defesa e do contraditório. No direito anterior, ambos estavam separados em preceptivos diferentes. A união que ora se faz parece de boa técnica, dada a íntima imbricação existente entre eles.

Ampla defesa

Por ampla defesa deve-se entender o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. É por isso que ela assume múltiplas direções, ora se traduzirá na inquirição de testemunhas, ora na designação de um defensor dativo, não importando, assim, as diversas modalidades, em um primeiro momento. Por ora, basta salientar o direito em pauta como um instrumento assegurador de que o processo não se converterá em uma luta desigual, em que ao autor cabe a escolha do momento e das armas para travá-la e ao réu só cabe timidamente esboçar negativas. Não, forçoso se faz que ao acusado se possibilite a colocação da questão posta em debate sob um prisma conveniente à evidenciação da sua versão.

É por isso que a *defesa* ganha um caráter necessariamente *contraditório*. É pela afirmação e negação sucessivas que a verdade irá exurgindo nos autos. *Nada* poderá ter valor *inquestionável* ou irrefutável. A tudo terá de ser assegurado o direito do réu de *contraditar*, contradizer, contraproduzir e até mesmo de contra-agir processualmente. (Grifei.)

Contraditório

O *contraditório*, por sua vez, *se insere dentro da ampla defesa*. Quase que com ela se confunde integralmente, na medida em que uma defesa hoje em dia não pode ser senão contraditória. O contraditório é pois a exteriorização da própria defesa. A *todo ato* produzido caberá igual direito da outra parte de *oporse-lhe* ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. (Grifei.)

E citando Ada Pellegrini:

Muito embora, no Direito Administrativo, se possa falar em atipicidade, não havendo necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, mesmo assim, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa.

1.c.1. Ampla defesa e jurisprudência

Construtiva a lição que se colhe da jurisprudência, acerca da *ampla defesa*, na esfera do Direito Administrativo disciplinar:

2 – A Magna Carta, em seus arts. 5º, LV, e 41, § 1º, inciso II, alude, não ao simples direito de defesa do servidor público, mas sim à *ampla defesa*, com os *meios e recursos a ela inerentes*. O preceito ampla defesa reflete a evolução histórica e legislativa que reforça tal princípio e denota elaboração acurada para melhor assegurar sua observância. Significa, nestes termos, que a *possibilidade de rebater acusações, alegações, argumentos, interpretações de fatos, interpretações jurídicas*, para evitar sanções ou prejuízos, não pode ser restrita. (Grifei.) (STJ, MS 6.478-DF, rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 29/05/2000.)

Na mesma direção, ficou assentado mais adiante, que

A Constituição da República (art. 5º, LIV e LV) consagrou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, também, no âmbito administrativo. A interpretação do princípio da ampla defesa visa a propiciar ao servidor oportunidade de produzir conjunto probatório servível para a defesa. (Grifei.) (STJ, ROMS 10.574 ES, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 04/02/2002.)

A jurisprudência é rica em torno do tema como mostram os arestos: TJDF, MS 2005002000122-1, rel. Des. Lécio Resende, DJ 04/10/2005; TJDF, APC 2001011108265-9, rel. Des. Romeu Gonzaga Neiva, DJ 17/03/2005; TRF 1ª R., REOMS 20023400037734-4, rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, DJ 16/06/2006; TRF 1ª R., AMS 19970100035084-6 RO, rel. Juíza Federal

(convocada) Simone dos Santos Lemos Fernandes, DJ 15/05/2006.

A Lei 8.112/1990, nos arts. 143 e 153, e a Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, no art. 2º, estabeleceu entre os princípios de obediência o *contraditório e a ampla defesa*.

Em Portugal, o atual Estatuto Disciplinar da Função Pública – Lei 58, de 09/09/2008 – preconiza no art. 37 a observância da ampla defesa. (Sebastião José Lessa, *Do processo administrativo disciplinar e da sindicância*, Ed. Fórum, BH/MG, 5ª ed., 2009, pp. 54/55 e 177/8.)

1.d. Princípio da inadmissibilidade do uso no processo da prova obtida por meios ilícitos

Está escrito no art. 5º da Constituição Federal, na parte que trata dos *direitos e garantias fundamentais*: “LVI – *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.*”

Por sua vez, a Lei 9.784/1999, que *regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*, dispõe no art. 30 que *são inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos*.

Não obstante a qualificada redação, trata-se de tarefa reconhecidamente complexa, saber, em cada caso, acerca da *licitude ou ilicitude do meio para a obtenção da prova*.

Em verdade, após duas décadas de vigência da Carta Política, veio a lume a Lei 11.690, de 09/06/2008, com nova redação para o art. 157 e §§ do CPP:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º (vetado). (Grifei.)

A redação do art. 157, *caput*, do CPP, acima mencionado, definiu, em princípio, que são *provas ilícitas* aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Decidindo com precisa definição, o c. Supremo Tribunal Federal pontuou que:

A prova ilícita – por qualificar-se como elemento inidôneo de informação – é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica. (STF, RE 251.445-GO, rel. Min. Celso de Mello, DJ 03/08/2000, in Ricardo Raboneze, Provas obtidas por meios ilícitos, Ed. Síntese, RS, 4ª ed., pp. 120/1.)

Malgrado o cuidado com a redação do preceito que veda o uso da prova ilícita, repita-se em nome da clareza, que se trata de empreitada reconhecidamente complexa, saber, em cada caso, acerca da *licitude ou ilicitude do meio para a obtenção da prova*.

Portanto, indispensável a lição de Ricardo Raboneze, inspirada em Mauro Cappelletti, *verbis*:

(...) embora a concepção hodierna da atividade probatória seja no sentido de propiciar todos os elementos relevantes para a valoração crítica do magistrado, há hipóteses em que o próprio direito à prova deve ceder a outros valores, em especial se estão constitucionalmente previstos e garantidos. (Provas obtidas por meios ilícitos, Ed. Síntese, RS, 4ª ed., pp. 15/6.)

Rica a contribuição de Celso Ribeiro Bastos:

Na medida em que o propósito constitucional é prestigiar e defender certos direitos fundamentais, é preciso reconhecer que o comando contido no inciso sob comento deve ceder naquelas hipóteses em que a sua observância intransigente levaria à lesão de um direito fundamental ainda mais valorado.

E segue o mestre:

A seguir, enunciamos algumas regras de imposição obrigatória em função das premissas já lançadas.

A primeira delas é a de que a prova a ser feita valer seja indispensável na defesa de um direito constitucional mais encarecido e valorizado pela Lei Maior do que aquele cuja violação se deu.

Em segundo lugar é necessário que a produção dessa prova se faça na defesa do réu e não a favor do Estado, entendido este como autor da ação penal.

Finalmente, a prova deve ser colhida quando aquele que a exhibe não teve nenhuma participação, quer direta ou indireta, no evento inconstitucional que a ensejou. (Comentários à Constituição do Brasil, Ed. Saraiva, SP, 2ª v., 3ª ed., 2004, p. 298.)

1.e. Princípio da razoabilidade e proporcionalidade

O princípio da razoabilidade e proporcionalidade está expresso na Lei 9.784/1999, no art. 2º, *caput*, parágrafo único, inciso VI, nestes termos:

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

Nesse ponto, torna-se prudente advertir, em tema de *prova emprestada* e na linha da corrente doutrinária que advoga – com temperamento – a tese da *proporcionalidade (teoria do balanceamento ou da preponderância de interesses)* (Ada Pellegrini Grinover, *in As nulidades no processo penal*, Ed. Malheiros, SP, 3ª ed., 1993, p. 115), que:

(...) deve haver um limite de aplicação da teoria da proporcionalidade, em se levando em conta a sua admissibilidade no sistema pátrio, sob pena de infringir-se o próprio princípio constitucional vedatório de uso processual das provas ilicitamente obtidas. (Cf.: Ricardo Raboneze, Provas obtidas por meios ilícitos, Ed. Síntese, RS, 4ª ed., 2002, p. 28.)

Aponta mais a doutrina:

O Ministro Nelson Jobim, do Supremo Tribunal Federal, ao relatar o HC 75.338-8 – Rio de Janeiro – com apoio na lição de Benda e Xynopulos que a proporcionalidade deve ser considerada levando em conta o caso concreto, ministrando que “(...) o problema está em identificar por onde corre a linha (...)entre lo autenticamente privado (...)” e os demais interesses protegíveis (...). (STF, HC 75338-8-RJ, DJ 25/09/1998.)

Ademais, cumpre assinalar que a carga de subjetivismo em torno da prevalência dos interesses em confronto, em cada caso concreto, em verdade, são fatores intangíveis e que estarão a enfraquecer a tão almejada segurança e estabilidade das relações jurídicas, ainda mais para os que *vêm no princípio da proporcionalidade um parâmetro excessivamente vago e perigoso, para uma satisfatória sistematização das vedações probatórias* (Ricardo Raboneze, obra citada, pp. 27 e 30).

E arrematando, aduz o autor, com acurada precisão:

Indubitavelmente, diz ele, existe o perigo, na definição da fattispecie singular, de que os juízes venham a orientar-se, somente, com base nas circunstâncias particulares do caso concreto e percam de vista as dimensões do fenômeno no plano geral. De outro lado, insiste, não se deve esquecer que se trata de uma regra de exclusão que não prescinde da existência de um critério geral. (Obra citada, p. 30.)

De bom alvitre ressaltar que a aferição da licitude da prova, por *casuismo*, a par de nada contribuir para a segurança e estabilidade das relações jurídicas, restará fragilizada quando manejada *no amplo campo do subjetivismo*, como no exemplo em que a Suprema Corte dos Estados Unidos admitiu a prova ilícita, com base na relação custo/benefício, isto é, por entender-se que *o dano causado pela violação era sensivelmente menor que o ganho trazido pela prova* (J. C. Barbosa Moreira, *Consulex*, n. 135, p. 38).

Concluindo, cuida-se de tema delicado e por isso intitulado de *princípio da proibição do excesso*, e que não pode ser lançado:

(...) como instrumento de substituição da vontade da lei pela vontade do julgador ou do intérprete, mesmo porque 'cada norma tem uma razão de ser. (Cármem Lúcia Antunes Rocha, *Princípios constitucionais da administração pública*, Ed. Del Rey, BH, 1994, p. 53; Hely Lopes Meirelles, obra citada, 2009, pp. 94/6.)

1.e.1. Legalidade, razoabilidade e mérito do ato

Vem a tempo a jurisprudência, onde estão perfilhados os princípios da *legalidade*, da *razoabilidade*, e o *mérito do ato* :

Administrativo. Servidor público do INSS. Demissão. Processo administrativo disciplinar. Nulidades. Agravamento da pena sugerida pela comissão processante. Possibilidade. Necessidade de fundamentação. Art. 168 da Lei 8.112/1990. Impossibilidade de análise pelo Poder Judiciário do mérito administrativo. Alteração da penalidade imposta administrativamente. Segurança denegada.

I - A Lei 8.112/1990, em seu art. 168, autoriza a autoridade competente para a aplicação da sanção dissentar do relatório apresentado pela comissão processante, desde que a sanção aplicada esteja devidamente motivada. Ademais, não há vedação quanto à adoção do parecer de sua Consultoria Jurídica. Na hipótese dos autos, na majoração da pena sugerida, Consultoria Jurídica do Ministério levou em conta todo o acervo probatório produzido no compêndio administrativo, sendo certo que a menção à sentença penal denotou mera ratificação dos fatos apurados na órbita administrativa.

II - O juízo de valor do magistrado, ao analisar mandados de segurança envolvendo alteração ou majoração da pena administrativa imposta a servidor, deve levar em conta o princípio da legalidade, ou seja, eventual malferimento à proporcionalidade deve estar jungido à quebra do regramento legal aplicável ao caso vertente. Afinal, não se pode esquecer que a mensuração da sanção administrativa é feita pelo juízo competente - o Administrador Público - sendo defeso ao Poder Judiciário adentrar ao mérito administrativo.

III - O fato do Direito Administrativo também integrar o chamado "Direito Público", não dá ensejo a uma incursão tão profunda como ocorre na seara penal. Afinal, a principiologia de um não se confunde com a do outro, especialmente quando o aspecto dosimétrico da pena é arguido na via estreita do mandado de segurança, cuja aferição se apresenta mais dificultosa ainda.

IV- Ordem denegada. (Grifei.) (STJ, MS 7.347 DF, rel. p./ acórdão Min. Gilson Dipp, DJ 25/05/2003.)

Este tema foi amplamente abordado no livro do autor desta matéria. (Sebastião José Lessa, *Direito Administrativo Disciplinar Interpretado pelos Tribunais*, Ed. Fórum, BH/MG, 2008, p. 73)

1.e.2. Prova emprestada

Discute-se, com consistentes argumentos, e em razão da regra prevista no inciso LVI do art. 5º da CF, se é válida a transferência para o processo administrativo disciplinar – *a título de prova emprestada* – o conteúdo de interceptação telefônica obtida em processo penal onde são apurados os mesmos fatos.

O c. Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, por maioria, decidiu:

Ementa: Prova emprestada. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inciso XII, da CF, e do art. 1º da Lei Federal 9.296/1996. Precedente. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova. (Grifei.) (STF, Inq. 2424 QO-QO/RJ, rel. Min. Cezar Peluzo, DJe 24/08/2007.)

O tema da *inadmissibilidade do uso no processo da prova obtida por meios ilícitos* foi tratada pelo autor desta matéria e publicada na Revista do Tribunal Regional da 1ª Região (número 4, ano 16, abril de 2004, pp. 28/36).

1.f. Princípio da segurança jurídica

Com efeito, o princípio da *segurança jurídica* está plasmado no art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei 9.784/1999, *verbis*:

Inciso XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

A citada regra contém vasta incidência *podendo mesmo ser inserido entre os princípios gerais do direito, portanto não específico do Direito Administrativo* (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, Ed. Atlas, SP, 20ª ed., p. 77).

E esse venturoso caminho pede de antemão, um sistema de instrumentos legais para o efetivo exercício dos direitos e das garantias essenciais elencados no Título II e Capítulos, da Carta Política.

A propósito, o princípio da *segurança jurídica* é entendido como princípio da *boa-fé dos administrados ou da proteção da confiança*, “ligada a exigência de maior estabilidade das situações jurídicas”. (Grifei.) (Hely Lopes Meirelles, obra citada, p. 100.)

Com precisa definição a jurisprudência do Pretório Excelso:

Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica.

Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV). (Grifei.) (STF, MS 24.268-0, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 17/09/2004.)

Acrescentando em torno do tema, colhe-se dos ensinamentos de Carlos Roberto de Siqueira Castro que a *segurança jurídica reclama um mínimo de coerência e firmeza nas decisões administrativas, que não podem transformar-se em marola de mandos e desmandos desinfluentes para o atingimento das superiores finalidades do serviço público*. (Grifei.) (Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari, *Processo Administrativo*, Ed. Malheiros, SP, 2001, p. 75.)

2. Afinidade do Direito Administrativo disciplinar com o Direito Penal

Édito que o *Direito Administrativo* tem reconhecida aproximação com o *Direito Penal*, ainda que plasmados *cada qual em fundamentos e normas diversas*.

Anote-se, entretanto, que:

(....) a própria Lei Penal, em muitos casos, tais como nos crimes contra a Administração Pública (CP, arts. 312 a 327), subordina a definição do delito à conceituação de atos e fatos administrativos. Noutros casos, chega, mesmo, a relegar à Administração prerrogativas do Direito Penal, como ocorre na caracterização de infrações dependentes das chamadas normas penais em branco. (Hely Lopes Meirelles, obra citada, p. 42.)

Elucidativa a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

(....) cada um desses conjuntos normativos traz preceitos impositivos de conduta e prevê sanções para as hipóteses de infração. As relações jurídicas por eles reguladas, apresentam perfil diverso. O Direito Penal deriva do poder punitivo geral atribuído ao Estado na sua relação com os indivíduos em geral, ainda que no exercício de função pública. Já o Direito punitivo funcional se enquadra dentro do Direito Administrativo, e emana da relação entre a Administração Pública e os seus servidores, exatamente para preservar a disciplina que deve reinar na Organização Administrativa. (Grifei.) (*Manual de Direito Administrativo*, Ed. Lumen Juris, RJ, 5ª ed., pp. 41/2.)

De igual valor o ensinamento de Léo da Silva Alves:

(....) o Direito Disciplinar é uma espécie do gênero Direito Penal. Em 1935, Gerhard Hubernagel, na Alemanha, sustentava a existência do chamado Direito Penal não criminal. Enquanto o Direito Penal criminal trata de crime e contravenções, o Direito

Penal não criminal divide-se, segundo o doutrinador alemão em:

Direito Penal administrativo – quando o poder público aplica sanções no exercício no seu poder de polícia;

Direito Penal disciplinar – relacionado à aplicação de sanções pela autoridade administrativa aos agentes da Administração, face infrações cometidas no desempenho das suas atribuições ou com reflexo nelas. (Grifei.)

Vem a tempo rica contribuição do ilustre doutrinador, quando diz que, além da improbidade administrativa elencada na Lei 8.429/1992, os crimes contra a Administração Pública (peculato, corrupção, concussão, prevaricação...) *antes de serem tipos penais, são flagrantes agressões aos princípios orientadores da ação e da postura públicas*, como inserido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal (legalidade, moralidade administrativa, impessoalidade e eficiência) (Léo da Silva Alves, *Ajustamento de conduta e poder disciplinar*, Coleção, v. 2, Cebrad, Brasília, 2008, pp. 50 e 61).

2.a. Dignidade constitucional da defesa administrativa

Realmente, o *Direito Penal* e o *Direito Administrativo*, como a clara doutrina aqui colacionada, têm fundamentos e normas diversas. No entanto, em se tratando dos *direitos fundamentais*, soa virtuosa a *equiparação* das garantias essenciais tanto no *processo judicial* como no *processo administrativo*, na redação do inciso LV, do art. 5º, da Carta Política de 1988, *verbis*:

Inciso LV — aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Tal realidade foi afirmada pelo e. Superior Tribunal de Justiça, no voto do Ministro Arnaldo Esteves Lima, que citou o doutrinador Léo da Silva Alves:

A Constituição Federal de 1988 equiparou os processos administrativos aos processos judiciais, como se observa na clara redação do art. 5º, LV. Por conseguinte, não há diferença entre funcionário e réu. As mesmas garantias que tem o réu no processo penal, tem o funcionário no processo disciplinar. (STJ MS 7.239 DF, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 08/03/2004.)

Nessas circunstâncias, proveitoso redizer que, ao *equiparar* – no elenco dos direitos e das garantias fundamentais – os litigantes em *processo judicial* ou *administrativo*, assegurando-lhes o *contraditório* e a *ampla defesa*, inclusive, com os *meios* e *recursos* a ela inerentes (art. 5º, LV, CF), o legislador constituinte elevou, a mais não poder, o patamar da *defesa*

administrativa dando-lhe indiscutível *dignidade constitucional*.

2.b. Súmula Vinculante 5 – STF

De fato, logo após a conquista alcançada no c. Superior Tribunal da Justiça com a *Súmula 343 – STJ*, o e. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 434.059, em 07/05/2008, decisão plenária, unânime, editou a *Súmula Vinculante 5*, onde está escrito que: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

O aresto do Pretório Excelso está assim ementado:

Recurso extraordinário. 2. Processo Administrativo Disciplinar. 3. Cerceamento de defesa. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Ausência de defesa técnica por advogado. 4. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (STF, RE 434.059-3 DF, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 12.09.2008.)

É plausível considerar que no julgamento do Recurso Extraordinário 434059, quando foi então editada a *Súmula Vinculante 5 – STF*, levou-se em conta, segundo foi noticiado no *site* do STF, *Notícias STF de 07/05/2008*, os argumentos atribuídos ao Advogado-Geral da União, que advertia para o risco de, a se consolidar o entendimento do c. Superior Tribunal de Justiça na *Súmula 343*, servidores demitidos a bem do serviço público, nos Três Poderes, voltarem a seus cargos. Isso porque, segundo a exposição do representante da Advocacia-Geral da União, para todos eles (os servidores), o processo administrativo disciplinar é regido pelo art. 156 da Lei 8.112 (Estatuto do Funcionalismo Público). E disse mais, como consta do *site*, que a decisão do c. Superior Tribunal de Justiça daria ensejo a demandas semelhantes, em que os servidores, além de sua reintegração ao cargo, poderiam reclamar salários atrasados de todo o período em que dele estiveram ausentes. (Sebastião José Lessa, *Direito Administrativo disciplinar interpretado pelos tribunais*, Ed. Forum, BH/MG, 1ª ed., 2008, pp. 110/4, 148 e 168.)

Em verdade, é lastimável que – no processo administrativo disciplinar – não se tenha reconhecido a necessidade absoluta da participação do advogado na defesa do acusado, sobretudo nas transgressões graves e gravíssimas apenadas com sanções capazes de provocar consequências de substancial impacto na esfera familiar, profissional, financeira e social.

Esse inimaginável retrocesso, provocado por razões que por mais fervorosas não teriam o condão de superar direitos e garantias de dignidade constitucional conquistados ao longo do tempo, como aqueles elencados inclusive nos incisos LIV, LV e LVI, da Carta Política.

Vem a tempo então aplaudir o novo Estatuto Disciplinar da Função Pública editado em Portugal (Lei 58, de 09/09/2008), que prestigiou o universal instituto da ampla defesa, e especialmente a *defesa técnica*, nos termos do art. 53:

7. O advogado do arguido pode estar presente e intervir na inquirição das testemunhas.

Comentando o dispositivo, diz a doutrina portuguesa:

O n. 7 deste artigo consagra finalmente a possibilidade de o Advogado vir a ter um papel mais activo e intervir na inquirição das testemunhas, o que não acontecia no velho Estatuto, nem na própria proposta. Foi com bom grado que vimos tal alteração ser incluída na presente Lei. (Grifei.) (Cf.: Inês Reis, José Pinto Monteiro e Susana Costa Pinto, Novo estatuto disciplinar da função pública, Ed. Vida Económica, Porto, 2009, pp. 70/73)

Ressalte-se, em arremate, que, não obstante o verbete da *Súmula Vinculante 5 – STF*, não se pode fragilizar e nem arredar as garantias do *contraditório* e da *ampla defesa*, bem como os *meios* e *recursos* respectivos, tudo assegurado pelo inciso LV, do art. 5º, da Constituição Federal.

Por outro vértice, como é cediço, deverá o interessado *comprovar* – no caso concreto – que a falta de defesa técnica por advogado causou *efetivo* prejuízo. É o *pas de nullité sans grief* (STJ, ROMS 15.940 BA, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 08/03/2004) (Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades no processo penal*, Ed. RT, SP, 7ª ed., p. 28).

3. Direito Administrativo disciplinar e o princípio da legalidade ou reserva legal (art. 5º, inciso XXXIX, da CF)

Na quadra dos direitos e garantias fundamentais, estabelece o art. 5º, inciso XXXIX, da Carta Política, que:

“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

Por sua vez, dispõe o art. 1º do Código Penal:

não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. É o brocardo (nullum crimen, nulla poena sine praevia lege). (Celso Delmanto, Código penal comentado, Ed. Renovar, RJ, 6ª ed., pp. 3/4)

É de bom alvitre assinalar que:

(...) a maioria dos nossos autores considera o princípio da legalidade sinônimo de reserva legal, afirmando serem equivalentes as expressões. Helene Cláudio Fragoso, referindo-se ao disposto no art. 1º do Código Penal, afirma: ‘Essa regra básica denomina-se princípio da legalidade dos delitos e das penas ou princípios da reserva legal, e representa importante conquista de índole política, inscrita nas Constituições de todos os regimes democráticos e liberais’, in Lições de Direito Penal; parte geral, 4ª ed., RJ, Ed. Forense, 1987, p. 89. (Fernando Capez, Curso de Direito Penal, parte geral, Ed. Saraiva, SP, 3ª ed., pp. 34/5.)

Nesse diapasão:

Os princípios da reserva legal e da tipicidade, adotados em nossa sistemática jurídica, obrigam o juiz a ajustar os fatos no conjunto de elementos descritivos do delito, contidos na lei, sendo-lhes desfeito, sob pena de violentar a liberdade jurídica do réu, escolher outra figura que não a própria. (Grifei.) (TACrSP, RT 511/361 in Celso Delmanto, obra citada, p. 5.)

Em tal ambiência:

O Direito Penal é, não uma instância diretamente limitadora das liberdades, mas sim um garante constitucional do sistema total de liberdades (Grifei.) (Garcia Pablos de Molina, El Derecho Penal como limite al ejercicio de las liberdades y derechos fundamentales, Estudios Penales Bosch, Barcelona, 1984, p. 369; Estudos Telefônicos, Helena Susano, Coimbra Editora, 2009, p. 11.)

Sendo assim, a magnitude do Direito Penal abrange sobretudo a *liberdade de ir e vir*, direito e garantia fundamental, a luz do art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal.

3.a. Defesa da liberdade individual

Nessa toada, já assentava o Ministro Pedro Lessa, que a *liberdade individual* é o primeiro de todos os direitos depois do direito de viver. (Grifei.) (Boanerges do Amaral, *A prisão ilegal e o habeas corpus*, Gráfica Laemmert Limitada, RJ.)

E a *liberdade individual*, assinale-se, não pode ser coarctada ilegalmente, como faz certo a colacionada doutrina:

Quando o funcionário público não executa a lei, saindo de suas funções ou abusando delas, comete um ato arbitrário em prejuízo dos cidadãos, e estes,

resistindo, não se opõem à execução da lei, e, sim, à sua violação. Não somente esta resistência deixa de ser delituosa, como se torna legítima. (Obra citada, p. 16.)

Abre-se espaço para a Lei 4.898/1965, que regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa e penal, nos casos de *abuso de autoridade*.

4. Direito Administrativo disciplinar e o princípio da tipicidade

A doutrina conceitua o Direito Administrativo disciplinar como o “conjunto de princípios e normas que objetivam, através de vários institutos próprios, condicionar e manter a normalidade do Serviço Público”. (José Armando da Costa, *Direito Administrativo disciplinar*, Ed. Brasília Jurídica, 2004, p. 26)

E a transgressão disciplinar é definida como sendo *a violação pelo funcionário, de qualquer dever próprio de sua condição, embora não esteja especialmente prevista ou definida*. (José Cretella Júnior, *Tratado de Direito Administrativo*, Ed. Forense, RJ, v. VI, p. 170.)

José Armando da Costa, destacando a dificuldade do conceito formal, define assim a transgressão disciplinar, em sentido material:

(...) proceder anômalo, interno ou externo, do agente público que, além de por em descrédito a administração, redunde em detrimento da regularidade do serviço público. (Obra citada, pp. 202/3.)

Léo da Silva Alves assinala que

a infração disciplinar para ser compreendida como tal, deve estar associada a uma ofensa. No caso, ofensa aos princípios que são pilares da Administração ou à regularidade dos serviços. (Ajustamento de conduta e poder disciplinar, Coleção, v. 2, 2008, pp. 62/3.)

Na legislação de Portugal, o atual Estatuto Disciplinar da Função Pública, fixou o entendimento em torno da infração disciplinar nos seguintes termos:

Considera-se infração disciplinar o comportamento do trabalhador, por acção ou omissão, ainda que meramente culposos, que viole deveres gerais ou especiais inerentes à função que exerce. (Lei 58, de 09/09/2008, Capítulo II, art. 3º) (Inês Reis, José Pinto Monteiro e Suzana Costa Pinto, *Novo estatuto disciplinar da função pública*, Ed. Vida Económica, Porto, 2009, pp. 42/4.)

4.a. Tipo e Tipicidade

Na lição de Francisco de Assis Toledo, *tipo é a descrição abstrata da ação proibida ou da ação permitida, e tipicidade é a subsunção, a justaposição, a adequação de uma conduta da vida real a um tipo legal de crime*. (*Princípios básicos de Direito Penal*, Ed. Saraiva, SP, 2ª ed., p. 78.)

No ensinamento de Anibal Bruno, *tipo é o conjunto dos elementos do fato punível descritos na lei penal, e tipicidade é essa conformidade do fato com a descrição precisa da definição legal*. (*Direito Penal*, Ed. Forense, v. I, 1967, p. 277.)

Discorrendo sobre o *fato típico*, anota Fernando Capez que *é o fato material que se amolda perfeitamente aos elementos constantes do modelo previsto na lei penal*. (*Curso de Direito Penal*, parte geral, Ed. Saraiva, SventinvenvP, 3ª ed., v. I, p. 102.)

Por seu turno, no âmbito administrativo, a Lei 8.112/1990 revela no art. 161, que *tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas*. (Grifei.)

Mauro Roberto Gomes de Mattos registra que:

O indiciamento do servidor não poderá ser uma caixa de surpresas para ele, devendo o termo relatar os fatos de forma ampla, possibilitando ao acusado uma real defesa, onde a transparência da acusação é fundamental para a própria regularidade do PAD. (Lei 8.112/1990 – Interpretada e comentada, Ed. América Jurídica, RJ, 2005, p. 861.)

Em verdade, quando se cogita, sobretudo, de *transgressão disciplinar de maior potencial ofensivo* (grave ou gravíssima), a atuação do administrador – com observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (art. 2º, *caput*, parágrafo único, inciso VIII, Lei 9.784/1999) – está plasmada no *poder vinculado* (STJ, RMS, 24.503 DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 1º/02/10; STJ, MS 12.983 DF, rel. Min. Felix Fischer, DJ 15/02/2008).

Ora, se a decisão administrativa nessas circunstâncias é *vinculada, na realidade não encerra prerrogativa do poder público, mas, ao contrário, dá ideia de restrição*, dado que *quando se diz que determinada atribuição da Administração é vinculada, quer-se significar que está sujeita à lei em praticamente todos os aspectos*. (Grifei.) (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, obra citada, p. 77)

Com precisão didática e na linha da *tipicidade*, na esfera do direito disciplinar, sustenta a doutrina:

Já esse mesmo rigor (tipicidade), que é um corolário do princípio da anterioridade da lei, não é consagrado pelo Direito Disciplinar. Este, havendo

deixado uma certa margem de discricção ao detentor do poder hierárquico, optou pela relativa tipicidade da transgressão disciplinar. Exceto nos casos de punições mais severas, de que são exemplo as penas de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade. (Grifei.) (José Armando da Costa, obra citada, p. 207.)

Como precedente forte a preleção de Marcelo Caetano in *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*, Ed. Forense, RJ, 1977, pp. 395/6.

4.a.1. Tipicidade

Assim, *tipicidade* é dizer: a conformação típica da transgressão disciplinar decorre da junção dos dois elementos essenciais, ou seja, *base factual* com a *base hipotética*.

Então, repita-se, a adequação da *conduta (base factual)* ao *tipo (base hipotética)* denomina-se *tipicidade*.

Emprestando clareza ao tema, a decisão do c. Superior Tribunal de Justiça, da relatoria da Min. Laurita Vaz, onde se vê, a mais não poder, o expressivo significado da *tipicidade*, no leito do processo disciplinar:

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Infração administrativa tipificada no art. 303, Inciso LVI, da Lei 10.460/1988. Ausência da elementar do tipo “em serviço”. Nullidade do decreto demissório. Direito líquido e certo.

I. *In casu*, em nenhum momento restou efetivamente evidenciado que o recorrente estivesse no exercício de seu mister (“em serviço”). Isso porque, uma vez que os fatos se deram em local diverso do ambiente do trabalho, ainda que próximo, como consta do Relatório Final, somente seria cabível a imputação acaso ficasse demonstrado que o Recorrente estava, ao menos, no cumprimento das atribuições do cargo no momento do ocorrido, o que não ocorrera na espécie.

II. *O fato de cuidar-se a vítima de funcionário público, colega de serviço do recorrente, e de existir uma animosidade entre eles em razão do serviço, segundo consta dos autos, não se mostra suficiente para tipificar o ilícito administrativo.*

III. No campo do Direito disciplinar, assim como ocorre na esfera penal, interpretações ampliativas ou analógicas não são, de espécie alguma, admitidas, sob pena de incorrer-se em ofensa direta ao princípio da reserva legal.

IV. *Ressalte-se que a utilização de analogias ou de interpretações ampliativas, em matéria de punição disciplinar, longe de conferir ao administrado uma acusação transparente, pública, e legalmente justa, afronta o princípio da tipicidade, corolário do princípio da legalidade, segundo as máximas: nullum crimen nulla poena sine lege stricta e nullum crimen nulla*

poena sine lege certa, postura incompatível com o Estado Democrático de Direito.

V. *Recurso conhecido e parcialmente provido para anular a pena demissória aplicada ao Recorrente.* (Grifei.) (STJ, RMS 16.264 – GO, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 02/05/2006).

No aresto aqui colacionado (STJ, RMS 16.264 GO), verifica-se que a *base factual* não se encaixou com tessitura à *base hipotética*, daí o reconhecimento da *atipicidade*.

IV.a.2. Base factual e base hipotética

A bem dizer, a *base factual (empírica)*, ou seja, a exposição detalhada do fato censurável, segundo a doutrina, é o *comportamento (previsto na lei) levado a efeito pelo transgressor*.

E a *base hipotética* consiste na descrição do modelo de conduta proibida, como por exemplo, a figura contida no art. 117, inciso XII, da Lei 8.112/1990 (receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições), e que é sancionada com a pena máxima (demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, e destituição de cargo em comissão).

Acrescenta a doutrina que o ilícito disciplinar, como o ilícito penal, também se constitui dessas duas bases, apenas com uma diferença na sua *base hipotética*, a qual, em decorrência da margem *discricionária* deixada pelo legislador ao detentor do poder disciplinar, se desdobra em *duas divisórias: base hipotética expressa* (sanções mais graves) e *base hipotética em branco* (sanções leves). (José Armando da Costa, obra citada, pp. 204/5.)

5. Antijuridicidade e culpabilidade

Sob o pálio da doutrina, além da *tipicidade*, são também componentes relevantes para a configuração da transgressão disciplinar a *antijuridicidade* e a *culpabilidade*, matéria tratada no livro do autor deste trabalho. (Sebastião José Lessa, *Temas práticos de direito administrativo disciplinar*, Ed. Brasília Jurídica, 2005, pp. 41/2.)

Conclusão

Diante de tais considerações e na busca da almejada *segurança jurídica* é fortemente plausível sustentar que:

a) O propósito político do *princípio da legalidade* (arts. 5º, II, 37, *caput*, CF; art. 2º, parágrafo único, inciso I, Lei 9.784/1999), consiste em “*submeter os exercentes*

do poder administrativo em concreto, a um quadro normativo, geral e abstrato, que embarque a prática de atos que favoreçam ou persigam determinado cidadão” (STJ, MS 8817 DF, rel. Min. Paulo Medina, DJ 22/05/2006) (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Malheiros, SP, 11ª ed., p. 59.);

b) O princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), em verdade, opera como “garantia que as pessoas têm de que o processo seguirá regras jurídicas e não será instrumento do arbítrio”. (Léo da Silva Alves, *Os servidores públicos e o poder sancionador do Estado*, Revista de Administração Pública e Política, Ed. Consulex, ano XIII, 140 – fev. 2010, p. 36.);

c) O princípio do contraditório e da ampla defesa, (art. 5º, LV, CF), visa a propiciar ao servidor oportunidade de produzir conjunto probatório servível para a defesa. (STJ, ROMS 10.574 ES, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 04/02/2002.);

d) O princípio da inadmissibilidade do uso no processo da prova obtida por meios ilícitos, (art. 5º, LVI, CF; art. 157, CPP – Lei 11.690/2008; art. 30, Lei 9.784/1999), diante da doutrina aqui perfilhada, sobretudo a tese da proporcionalidade (*Teoria do balanceamento ou da preponderância de interesses*) (Ada Pellegrini Grinover, *in As nulidades no processo penal*, Malheiros, SP, 3ª ed., 1993, p. 115), constata-se como tarefa de reconhecida complexidade, definir, no caso concreto, acerca da licitude ou ilicitude do meio para obtenção da prova;

e) O princípio da razoabilidade e proporcionalidade está expresso na Lei 9.784/1999, no art. 2º, caput, parágrafo único, inciso VI, nestes termos: “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

f) Torna-se prudente advertir, em tema de prova emprestada e na linha da corrente doutrinária que advoga – com temperamento – a tese da proporcionalidade (*teoria do balanceamento ou da preponderância de interesses*) (Ada Pellegrini Grinover, *in As nulidades no processo penal*, Malheiros, SP, 3ª ed., 1993, p. 115), que “deve haver um limite de aplicação da teoria da proporcionalidade, em se levando em conta a sua admissibilidade no sistema pátrio, sob pena de infringir-se o próprio princípio constitucional vedatório de uso processual das provas ilicitamente obtidas.” (Ricardo Raboneze, *Provas obtidas por meios ilícitos*, Ed. Síntese, RS, 4ª ed., 2002, p. 28).

g) O princípio da segurança jurídica, (art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, Lei 9.784/1999), na lição de Carlos Roberto de Siqueira Castro, “reclama um mínimo de coerência e firmeza nas decisões administrativas, que não podem transformar-se em marola de mandos e desmandos desinfluentes para o atingimento das

superiores finalidades do serviço público”. (Grifei.) (Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari, *Processo administrativo*, Ed. Malheiros, SP, 2001, p. 75.);

O Direito Administrativo tem reconhecida aproximação com o Direito Penal, ainda que plasmados “cada qual em fundamentos e normas diversas”.

Em verdade, “O Direito Penal deriva do poder punitivo geral atribuído ao Estado na sua relação com os indivíduos em geral, ainda que no exercício de função pública. Já o Direito punitivo funcional se enquadra dentro do Direito Administrativo, e emana da relação entre a Administração Pública e os seus servidores, exatamente para preservar a disciplina que deve reinar na Organização Administrativa”. (Grifei.) (*Manual de Direito Administrativo*, Ed. Lumen Juris, RJ, 5ª ed., pp. 41/2.)

Anote-se, todavia, que “a própria Lei Penal, em muitos casos, tais como nos crimes contra a Administração Pública (CP, arts. 312 a 327), subordina a definição do delito à conceituação de atos e fatos administrativos. Noutros casos, chega, mesmo, a relegar à Administração prerrogativas do Direito Penal, como ocorre na caracterização de infrações dependentes das chamadas normas penais em branco”. (Hely Lopes Meirelles, obra citada, p. 42);

h) A aplicação da Súmula Vinculante 5 do c. Supremo Tribunal Federal não fragiliza e nem arreda a garantia do contraditório e da ampla defesa, bem como os meios e recursos respectivos, tudo assegurado pelo inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

Por outro vértice, deverá o interessado comprovar – no caso concreto – que a falta de defesa técnica por advogado causou efetivo prejuízo. É o *pas de nullité sans grief* (STJ, ROMS 15.940 BA, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 08/03/2004) (Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades no processo penal*, Ed. RT, SP, 7ª ed., p. 28);

i) Quando se cogita de aplicação de pena disciplinar para transgressão de maior potencial ofensivo (grave e gravíssima – arts. 130 e 132, Lei 8.112/1990), é bom destacar que: “No campo do direito disciplinar, assim como ocorre na esfera penal, interpretações ampliativas ou analógicas não são, de espécie alguma, admitidas, sob pena de incorrer-se em ofensa direta ao princípio da reserva legal.

Ressalte-se que a utilização de analogias ou de interpretações ampliativas, em matéria de punição disciplinar, longe de conferir ao administrado uma acusação transparente, pública, e legalmente justa, afronta o princípio da tipicidade, corolário do princípio da legalidade, segundo as máximas: *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* e *nullum crimen nulla poena sine lege certa*, postura incompatível com o Estado Democrático de Direito”. (Grifei.) (STJ, RMS 16.264 – GO, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 02/05/2006.)

Resumo

O texto cuida das prisões federais no Brasil. Discorre acerca da destinação, conformação, estrutura e funcionamento das penitenciárias federais. Tece considerações relativas ao custo do sistema e à perspectiva de ressocialização dos presos. Também aborda o processo e o procedimento de inclusão do preso no sistema penitenciário federal, além de aspectos relevantes da execução da pena. A abordagem ainda faz alusão aos princípios da proibição do excesso e da proibição à proteção deficiente.

Sumário

Introdução; 2. Estrutura e funcionamento dos presídios federais; 3. Custos do sistema e ressocialização; 4. Procedimento; 5. Execução da pena; Conclusão; Bibliografia.

Introdução

Já faz algum tempo, no Brasil, há prisões federais em pleno funcionamento. Todavia, pouco se tem abordado a temática, quer quanto à vocação, estrutura e funcionamento propriamente dos presídios federais, quer quanto a questões volvidas ao procedimento e à execução da pena em si. A título de contributo à meditação, seja-nos permitido aportar ponderações a respeito.

O paradoxo do cárcere, a despeito de secular, ainda subsiste inextricável: preparar o preso para a liberdade sob clausura, em condições de não liberdade, em convivência com pessoas igualmente perturbadas, desajustadas.

Com efeito, na conjuntura da luta contra o crime (prevenção, repressão, processo e julgamento), o cárcere tem produzido resultados deveras escassos. A recuperação, ressocialização, reinserção, repersonalização, reeducação do agente quase nunca se concretizam. De ordinário, o encarceramento não regenera, nem ressocializa, nem reeduca. Tais desideratos apenas eventualmente são atingidos.

Nada obstante, a sociedade não pode prescindir da pena privativa de liberdade, do cárcere. Inexiste outro veículo apto a fazer-lhe as vezes. É um mal necessário. Cumpre, sim, reputá-la como derradeiro recurso do Direito Penal, sua *ultima ratio*. Há de ser reservada aos casos de delinquência grave e de multirreincidência. Nestas situações, o Estado não pode titubear, ao fito de não periclitir a paz pública. Os delitos graves, os delinquentes perigosos, contumazes, devem ser arrostados com firmeza e arrojo pelo aparelho estatal repressivo¹.

Os presídios federais se inserem no contexto de necessidade inarredável da pena de privação de liberdade, porquanto servem ao seu cumprimento, em condições de segurança extrema.

A Lei de Execuções Penais, tanto na redação original quanto na vigente, autoriza a União a construir presídios em locais mais afastados, com o escopo de acomodar presos no interesse da segurança pública ou deles próprios (Lei 7.210/1984, art. 86, § 1º). Igual previsão contemplou a Lei 8.072/1990², no afã de acautelara a incolumidade pública. Já a Lei 9.807/1999³ versou o tema sob a óptica do risco ao preso.

E o Sistema Penitenciário Federal concretizou o mandamento legal evocado, através das penitenciárias federais, disciplinadas pelo Decreto 6.049/2007. A vocação dos presídios federais, de *segurança máxima especial*, é abrigar presos estaduais ou federais, condenados em regime fechado ou provisórios, de alta periculosidade ou cuja integridade se encontre em risco. Atualmente, há quatro deles em operação, sediados nos Estados do Paraná (Catanduvas), Mato Grosso do Sul (Campo Grande), Rondônia (Porto Velho) e Mossoró (Rio Grande do Norte). Há previsão

¹JESCHECK, Hans-Heinrich. *Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del derecho penal*. Ciência Jurídica, v. 3, n. 26, pp. 356/367, mar/abr 1989 (Fórum Internacional de Direito Penal Comparado, 1989: Salvador).

²“Art. 3º A União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública”.

³“Art. 19. A União poderá utilizar estabelecimentos especialmente destinados ao cumprimento de pena de condenados que tenham prévia e voluntariamente prestado a colaboração de que trata esta Lei”.

*Professor de Direito Penal e Processo Penal. Mestre em Direito. Juiz Federal da Seção Judiciária de Rondônia/TRF 1ª Região.

de edificação d'outro, no Distrito Federal, em idênticos moldes.

2. Estrutura e funcionamento dos presídios federais

Observando arquitetura padrão, totalmente edificadas à base de concreto, cada uma das penitenciárias federais conta 208 (duzentos oito) vagas, 13 (treze) para cumprimento em Regime Disciplinar Diferenciado/RDD. Todas as celas são individuais, de adequada salubridade, dotadas de dormitório, aparelho sanitário, pia, chuveiro, mesa e assento em alvenaria, com área total de 7m² (sete metros quadrados), superior ao parâmetro mínimo fixado pela Lei de Execuções Penais/LEP (6m² – seis metros quadrados)⁴. As celas destinadas ao RDD possuem perímetro mais encorpado, 12m² (doze metros quadrados), além de solário individualizado contíguo. A União provê toda a demanda material dos reeducandos: alimentação, vestuário (uniforme), calçados, produtos de higiene, de uso pessoal, etc.

A *assistência à saúde* é prestada por profissionais servidores do sistema penitenciário federal (médico, enfermeiro, farmacêutico, psicólogo, dentista), no interior da própria unidade, dotada de enfermaria e gabinete odontológico: daí a prescindência de deslocamentos externos, passíveis de ultimação apenas em hipóteses excepcionais.

Quanto à *educação*, as prisões federais contemplam local apropriado para aulas, ministradas mediante convênio com as Secretarias Estaduais de Educação.

A *alimentação* consiste em quatro refeições diárias, preparadas a partir de orientações de nutricionistas, incluindo dietas especiais (hipossódica, hipolipídica, rica em fibras, para diabéticos), quando prescritas por médico. É vedada a entrada de qualquer alimento externo.

O *trabalho* é atribuído no interior do presídio, em atividades manuais, como, *e.g.*, oficina de fabricação de bola. Não se permite labor em setores primários da unidade, como cozinha, lavanderia, limpeza: cuida-se de serviços executados por empresas terceirizadas, contratadas sob processo de licitação.

A *recreação* ou *lazer* ocorre durante o banho de sol diário de duas horas, executado por grupos apartados,

em horários distintos, permitidos jogos de bola ou jogos de salão (dominó, dama, xadrez). Há exibições semanais de filmes (cinemateca). Livros, periódicos e revistas integrantes do acervo das penitenciárias permanecem à disposição dos reeducandos: é proibido qualquer material de leitura extramuros.

A *assistência religiosa* é permitida e há espaço apropriado à sua implementação.

No concernente a *contatos externos*, os internos não dispõem de acesso a qualquer espécie de sistema de telefonia, televisão, *internet*, rádio ou congêneres. Semanalmente, são permitidas visitas comuns, cuja duração é de até três horas. Visitas íntimas ocorrem quinzenalmente, em local apropriado e reservado, estendendo-se por até uma hora.

Entrevistas com advogados, dêes que devidamente agendadas, sucedem ordinariamente. Em caso de urgência, devidamente comprovada, podem ocorrer de imediato. Executadas em parlatório apropriado, correm sob o timbre da reserva; apenas há registro de imagem e, eventualmente, sob autorização judicial, pode haver captura de som. Ausente advogado constituído, a assistência jurídica ao interno é prestada pela Defensoria Pública da União. Aliás, em processo para apuração de faltas disciplinares, é obrigatória a assistência por advogado⁵: conquanto se trate de processo administrativo, a natureza de seu objeto (apuração de falta disciplinar) arreda a aplicação do verbete cristalizado na Súmula Vinculante 5⁶, na dicção do próprio Pretório Excelso⁷.

O dia a dia no interior do presídio federal palmilha diretriz diferenciada, balizada pela extrema segurança, compatível ao perfil dos reeducandos. Quando não é dia de visitação e para quem não estiver trabalhando ou engajado no estudo, a estada em cela perdura 22 (vinte duas) horas, só se deixa o habitáculo ao ensejo do banho de sol (duas horas): até as refeições são feitas sob clausura. Qualquer movimentação interna ou externa do interno sucede com utilização de algemas, não empregadas nas áreas de visita, de trabalho e de estudo, no banho de sol e no atendimento assistencial. O reeducando apenas sai da cela depois de estar algemado, escoltado por pelo menos dois agentes penitenciários. Diálogos travados entre os

⁴Lei 7.210/1984, art. 88.

⁵Decreto 6.049/2007, art. 66, § 2º.

⁶Súmula Vinculante 5: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

⁷STF. RE 398.269, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 15/12/2009, DJe-35, 26/02/2010.

internos e os funcionários são registrados mediante microfones de lapela, acoplados aos uniformes dos agentes penitenciários. Toda a área dos presídios federais, interna e externa, é monitorada por sistema de câmeras de ininterrupto funcionamento (24 horas). Somente não há registro de imagens do interior das celas, cujo acesso é vedado aos agentes penitenciários, dos locais destinados à visitação íntima e dos banheiros. As imagens são transmitidas em tempo real à administração penitenciária, na Capital Federal. Ainda por medida de segurança, nas áreas internas do estabelecimento penal federal, é proscrito o porte de arma de fogo letal, salvo em caso de intervenção. O ingresso às áreas internas se atrela a rigorosa revista, independentemente de quem se trate: sem exceção, todos são esquadrihados, juizes, membros do Ministério Público, delegados de polícia, advogados, oficiais de justiça, mandatários, autoridades em geral, os próprios agentes penitenciários, demais servidores, visitantes, dentre outros. Equipamentos de última geração – inclusive à base de radiação eletromagnética: *raios x* – são utilizados no procedimento de revista, também incidente sobre bens e coisas: nada é internado sem revista.

Cerca de 250 (duzentos cinquenta) agentes penitenciários cumprem as tarefas, internas e externas, inerentes à segurança e à administração de cada um dos presídios federais. Trata-se de corpo de funcionários altamente qualificado, recrutado sob concorridos certames públicos e treinado na gloriosa Academia Nacional de Polícia. Há articulação entre os diversos órgãos de segurança da União para auxiliar, sem mórula e de modo eficaz, em incidentes nos presídios federais.

3. Custos do sistema e ressocialização

A conformação assim delineada dos presídios federais, amiúde, tem suscitado diversas reflexões, dentre elas, o custo econômico do sistema e a consecução das perspectivas de ressocialização do preso.

De um lado, o custo do sistema penitenciário federal, em linha de princípio, aflora relativamente expressivo. O gasto mensal aproximado com cada interno federal é na casa de US\$ 2.600,00 (dois mil, seiscentos dólares), o quádruplo do valor *per capita* apurado nos estabelecimentos penais dos Estados brasileiros (cerca de US\$ 660,00). De primeiro, na órbita jurídica, a intromissão preponderante de critérios matemáticos ou econômicos é sempre temerária: no Direito, exatamente porque veiculadas regras

de aplicação absoluta, o referencial é o certo ou o errado; já na economia, girando o norteamento em torno do mais e do menos, de quantidades e relações, a relatividade é a tônica⁸. Registrado o lembrete, é de se ter em conta que a inclusão de lideranças criminosas e de seus asseclas diretos em presídios federais contribuiu, decisivamente, à obtenção de resultados inconcussos: em todos os quadrantes do país, houve substancial adelgaçamento nas cifras de rebeliões, motins, insurreições e congêneres. De tal modo, preservam-se valores materiais e pessoais e se salvaguarda a segurança pública. Decerto, muitos ainda têm viva a triste lembrança da hecatombe sucedida em 2006, comandada de dentro de prisões⁹. Induvidosamente, um sistema penitenciário matizado pela tibieza é propício a ações violentas da massa carcerária, eletrizada e capitaneada por lideranças.

De outro lado, a perspectiva de ressocialização do preso, um dos escopos da prevenção especial¹⁰, é intrincada por si só. Os percalços se adensam à luz do giro de orientação operado neste terreno: malograda a ideologia de tratamento/recuperação durante a execução da pena (superação do *mito médico*), o propósito de ressocialização tem se vincado noutra plano, o de criar condições e oportunidades para o agente, a nuto próprio, abdicar de perseverar na senda antissocial, é ele quem deve não querer voltar a delinquir e, para tanto, há de se valer das oportunidades forjadas pela política social estatal¹¹.

A complexidade ainda mais ganha corpo quando os holofotes se voltam a presídios federais, pautados por rigoroso regime de cumprimento de pena, nos moldes já delineados. Sem embargo de previamente tabulado o tempo de permanência do preso no sistema penitenciário federal (abordagem emergencial), enquanto perdurar a inclusão, haverá efetivo cumprimento da pena. E o ideal seria que a vida no cárcere fosse o mais próxima possível da vida externa¹². Há, contudo, restrições inevitáveis, máxime

⁸ DAHRENDORF, Ralf. *A Lei e a ordem*. Tradução portuguesa de Tamara D. Barile. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997, pp. 61/62.

⁹ SOUZA, Percival de. *O sindicato do crime, PCC e outros grupos*. São Paulo: Ediouro, 2006, pp. 93/110.

¹⁰ JAKOBS, Gunther. *Derecho penal, parte general*. Tradução espanhola da 2. alemã por Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 29/30.

¹¹ BARBERO SANTOS, Marino. *La defensa social, treinta anos despues*. *Ciência Jurídica*, v. 3, n. 26, pp. 399/409, mar./abr. 1989.

¹² BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: B de F, 2006, pp. 357/375.

em se cuidando de internos de periculosidade extrema, timoneiros de organizações criminosas, municidados de largo aporte econômico, os chamados *ases do crime*, perfil da maioria dos incluídos no sistema penitenciário federal. Efetivamente, a execução da pena não se desenvolve segundo projetos jurídicos ou modelos de laboratório, bem o sabem tantos quantos militam no árduo campo da persecução penal. Se o Direito Penal é o ramo mais dolorido do Direito, a execução penal é ainda mais dolorida, tanto mais quando a pena é privativa de liberdade, cumprida em regime fechado e com necessidade de apartar o reeducando de suas origens. Neste campo, a estrela guia é o resguardo ao núcleo mínimo da dignidade do homem delinquent. Por isto mesmo, nenhum estabelecimento penal pode operar à moda de campos de concentração, convolar-se em guetos ou, para infratores mais bem aquinhoados economicamente, transformar-se em hotéis de quase nenhuma estrela¹³. A privação de liberdade há de ser executada de forma minimamente tolerável, sem mazelas adicionais, em pé de igualdade para todos os internos, sob perene controle judicial. Assim inspirados, os presídios federais não referem episódios de lideranças internas, de tratamento diferenciado, de violências, brutalidades, agressões, promiscuidade. A propósito, até hoje, não há registro de qualquer fuga, motim ou rebelião: até o momento, tais presídios têm sido à prova de fuga. Nesse sentido, a telefonia celular, indispensável a articulações ilícitas de todos os matizes, é inacessível aos internos de presídios federais¹⁴. Enfim, fixado o adequado balizamento do princípio da humanidade¹⁵, as penas executadas em presídios federais se mostram afinadas à liturgia constitucional e infraconstitucional¹⁶.

4. Procedimento

Os aspectos volvidos ao procedimento de inclusão no sistema penitenciário federal têm disciplina na

Lei 11.671/2008, secundada pelo Decreto 6.877/2009. Os pontos primordiais assim podem ser alinhavados:

a) Objetivo dos presídios federais: o endereço das prisões federais é claro: abrigar presos estaduais ou federais, condenados em regime fechado ou provisórios, de alta periculosidade ou cuja integridade se encontre em xeque; no primeiro caso, o endereço é salvaguardar a segurança pública, a incolumidade pública, enquanto, no segundo, o resguardo à incolumidade particular, do próprio preso. A situação de risco há de ser divisada a partir de elementos concretos, servindo de exemplos: a continuidade na perpetração de atos ilícitos pelo preso, por si ou interpostas pessoas; liderança e engajamento em motins, rebeliões e tumultos; risco de arrebatamento e fuga, diante da precariedade do estabelecimento penal onde esteja; risco à vida do preso, por conta da natureza do crime ou de delação expondo convivas de banditismo. A quantidade de pena infligida ao agente, embora alusão a respeito tenha sido expungida com a modificação operada na Lei de Execuções Penais em 2003¹⁷, também há de ser tomada em conta, a título ancilar;

b) Início do processo de inclusão: o processo voltado à inclusão, autuado em apartado e sob sigilo, é deflagrado no juízo encarregado da execução penal (preso definitivo) ou no âmbito do juízo subscritor da ordem de prisão (preso provisório), o denominado juízo de origem. O processo de inclusão não tem início no juízo federal corregedor do estabelecimento penal federal, salvo se o preso já estiver sob sua jurisdição, por força de cumulação de competência criminal comum;

c) Legitimidade ativa: detêm legitimidade à formalização de requerimento de inclusão a autoridade administrativa responsável pela custódia do preso (Secretário de Segurança, Polícia Civil, Polícia Federal, dentre outros), o Ministério Público Estadual e Federal, o próprio preso. O próprio juízo responsável pelo preso, de ofício, pode demandar a inserção;

d) Inclusão ordinária: de ordinário, adequadamente instruído o pedido (Decreto 6.877/2009, art. 4º)¹⁸, são colhidas manifestações da autoridade admi-

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana*. Discursos sediciosos: Crime, Direito e Sociedade, v. 2, n. 4, pp. 25/36, jul./dez. 1997.

¹⁴ Franquear serviço de telefonia celular a presos é conduta penalmente tipificada (CP, art. 319-A e 349-A), além de implicar a prática de falta grave pelo preso que o tenha sob posse, utilize ou forneça (Lei 7.210/1984, art. 50, VII).

¹⁵ ARRUDA, Élcio. *Primeiras linhas de Direito Penal, fundamentos e teoria geral da lei penal*. Leme: BH, 2009, pp. 204/209.

¹⁶ STJ. HC 77.835/PR, rel. Des. Jane Silva, 5ª Turma, DJ 08/10/2007, p. 335.

¹⁷ A Lei 7.210/1984, no art. 86, § 1º, na redação original, assim dispunha: "A União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher, mediante decisão judicial, os condenados à pena superior a 15 (quinze) anos, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado".

¹⁸ "Art. 4º. Constarão dos autos do processo de inclusão ou de transferência, além da decisão do juízo de origem sobre as razões da excepcional necessidade da medida, os seguintes documentos: I -

nistrativa e do Ministério Público; quando não forem os próprios requerentes, ouve-se o Departamento Penitenciário Nacional/Depen e, por fim, franqueia-se pronunciamento à defesa, no prazo sucessivo de cinco dias. Carreada ao processo documentação substancialmente nova, ainda ignorada pelo Ministério Público, é de se lhe franquear a manifestação, em prazo exíguo. O juízo de origem, então, delibera acerca da pertinência da inclusão: autorizando-a, ordena a remessa dos autos ao juízo federal corregedor competente; recusando-a, o processo segue no juízo de origem, sem necessidade de qualquer comunicação ou ciência ao juízo federal corregedor. Aportando os autos no juízo corregedor do presídio federal, colhido o opinativo do Ministério Público Federal (cinco dias), cuja intervenção é obrigatória em todos os termos da execução penal federal (LEP, art. 67), é exarada decisão acerca da inclusão. Antes de decidir, porém, ao juízo federal é dado ordenar a realização de diligências reputadas imprescindíveis, hipótese em que, se forem acoplados elementos substancialmente novos ao processo de execução, haverá de se renovar a vista ministerial e se ouvir a defesa;

e) *Inclusão sumária (emergencial)*: hipóteses emergenciais permitem a chamada *inclusão sumária*. Provocado por um dos legitimados, o juízo de origem, aquiescendo à extrema necessidade da medida, em caráter de urgência, sem instrução exauriente, logo encaminha os autos ao juízo federal corregedor, a quem incumbirá prontamente deliberar, no exercício do poder geral de cautela. Ordenada a inclusão, aí sim, já no juízo federal, são colhidas as manifestações pertinentes (autoridade administrativa e Ministério Público, quando não forem os próprios requerentes, Depen e defesa), no prazo sucessivo de cinco dias. A feição cautelar da inclusão emergencial é inconciliável à plena instrução dos autos, tampouco se coaduna à prévia manifestação da defesa, sob pena de se descerrar flanco a rebeliões, motins e levantes no já conturbado ambiente carcerário. Nos autos da execução, ter-

se-á o palco apropriado à adução de arrazoados, nomeadamente porque, ao cabo, o juízo federal haverá de convalidar ou revogar a medida emergencial¹⁹. Aliás, em hipóteses emergenciais (motins ou práticas análogas), à própria autoridade administrativa de presídio federal, dès que previamente autorizada por normativo do juízo federal corregedor, é dado abrigar presos egressos de estabelecimentos estaduais, sob imediata comunicação àquele²⁰, a quem caberá convalidar ou reverter a medida²¹;

f) *Prazo da inclusão*: o recolhimento em presídios federais sempre sucede sob o signo da excepcionalidade e da efemeridade, sob a cláusula *rebus sic stantibus*. O interstício de permanência, em princípio, é limitado a 360 (trezentos sessenta) dias. São toleradas prorrogações, sob decisões fundamentadas, passadas pelo juízo de origem e pelo juízo federal corregedor. A subsistência da motivação determinante da inclusão vestibular, uma vez reconfortada por comprovação hábil, legitima a dilação da estada do reeducando, tantas vezes quantas forem necessárias²². Novos motivos, com ainda mais razão, contanto que igualmente evidenciados, justificam o protraimento da inclusão em presídio federal²³. No particular, o único referencial válido é o *interesse à segurança pública ou do próprio preso*, vedada qualquer outra infiltração argumentativa. Bem por isto, a legislação reitora (Lei 11.671/2008, art. 10, § 1º)²⁴ não erigiu prazo de estada peremptório, nem atrelou cada interregno de inserção a uma dada motivação, até porque, se o fizesse, deixaria a descoberto a incolumidade pública ou a do próprio preso em situação de risco. Sessenta dias antes do termo final do prazo de inclusão no presídio federal, cabe ao Departamento

tratando-se de preso condenado: a) cópia das decisões nos incidentes do processo de execução que impliquem alteração da pena e regime a cumprir; b) prontuário, contendo, pelo menos, cópia da sentença ou do acórdão, da guia de recolhimento, do atestado de pena a cumprir, do documento de identificação pessoal e do comprovante de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF, ou, no caso desses dois últimos, seus respectivos números; e c) prontuário médico; e II - tratando-se de preso provisório: a) cópia do auto de prisão em flagrante ou do mandado de prisão e da decisão que motivou a prisão cautelar; b) cópia da denúncia, se houver; c) certidão do tempo cumprido em custódia cautelar; d) cópia da guia de recolhimento; e e) cópia do documento de identificação pessoal e do comprovante de inscrição no CPF, ou seus respectivos números”.

¹⁹ STF, HC 96.531, rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, j. 03/02/2009, DJe-53, 20/03/2009; TRF 4ª Região, HC 2009.04.00.044751-4, 8ª Turma, rel. Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteado, de 27/01/2010; TRF 1ª Região, HC 2009.01.00.069504-7/RO, rel. Juiz Federal convocado Cesar Jatahy Fonseca, 3ª Turma, DJF1 29/01/2010, p.111.

²⁰ Lei 10.792, art. 6º: “No caso de motim, o Diretor do Estabelecimento Prisional poderá determinar a transferência do preso, comunicando-o ao juiz competente no prazo de até vinte e quatro horas”.

²¹ STJ, CC 89.309/RJ, rel. Des. Jane Silva, 3ª Seção, j. 12/12/2007, DJe 06/06/2008.

²² TRF 4ª Região, AGEXP 2009.70.00.016557-2, 8ª Turma, rel. Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteado, de 11/11/2009.

²³ TRF 3ª Região, HC 33.399/MS, rel. Des. Cecília Mello, 2ª Turma, DJF3 05/11/2009, p. 88.

²⁴ “O período de permanência não poderá ser superior a 360 (trezentos e sessenta) dias, renovável, excepcionalmente, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência”.

Penitenciário Nacional se reportar ao juízo de origem, no afã de obter-lhe pronunciamento acerca da necessidade, ou não, de renovação. O juízo federal corregedor deve ser formalmente cientificado da comunicação, sem prejuízo de controle autônomo pela secretaria do juízo. Enquanto pender solicitação de prorrogação, o interno permanecerá na penitenciária federal. Exaurido o prazo assinalado à inclusão, ausente pedido de prorrogação ou lhe sobrevindo definitiva denegação, o preso será recambiado ao juízo de origem, obrigado a recebê-lo. Em vigor o prazo de inclusão do interno no presídio federal, pode ocorrer de o juízo de origem deliberar pela desnecessidade de sua manutenção até o final. Neste caso, o interno haverá de ser prontamente recambiado à origem, sem mais. Revogada prisão cautelar então determinante da inserção, deverá o preso ser colocado em liberdade, salvo se perdurarem outros mandados de prisão. Nesta hipótese, de pendência de outras ordens de prisão, o agente somente poderá permanecer no presídio federal se algum dos juízos demandar inserção autônoma, observada a liturgia procedimental pertinente;

g) *Recursos*: tratando-se de condenados definitivos, as decisões de inclusão ou prorrogação *positivas* do juízo de origem e do juízo federal corregedor comportam hostilização por meio de agravos em execução, cujo prazo de interposição é de um quinquídio²⁵, o processamento sucede nos moldes do recurso em sentido estrito²⁶ e a competência recursal é do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal, respectivamente. Em definitivo, *habeas corpus* não é sede apropriada a tanto, diante de seu leito acanhado²⁷ e da expressa previsão de recurso próprio (agravo em execução), circunstância a atrair, *mutatis mutandis*, a incidência de verbete sumular da lavra do Pretório Excelso²⁸: é inadmissível pretender convolar o remédio heroico em veículo à ressurreição de prazos processuais caducos, como sói acontecer. Cuidando-se de presos provisórios, inexistente previsão específica do recurso voltado a alvejar decisão de cunho *positivo*: não há execução de pena, a inviabilizar o agravo em execução; o rol atinente ao recurso em

sentido estrito não contempla a hipótese; a apelação, sem embargo de residual, é inconciliável à natureza cautelar da prisão do agente. A bem da verdade, o recurso de agravo, inexistente no atual processo penal brasileiro, seria o adequado para contrastar a decisão envolvendo a inclusão do preso provisório²⁹. Em obséquio à recorribilidade, presente o princípio da fungibilidade, há de se permitir a utilização de recurso em sentido estrito e até de agravo em execução, como se fossem *agravos*, para fustigar decisões de inclusão alusivas a presos provisórios, sem prejuízo de eventual acesso à via peregrina (*habeas corpus*). A propósito, em caso de decisões *positivas* de inclusão ou prorrogação, se o juízo de origem não for federal, é possível a subsistência concomitante de dois recursos, em esferas recursais distintas (Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal), sem ulceração ao princípio da singularidade recursal. Neste caso, definitivamente provido aquele empolgado contra decisão do juízo de origem, de molde a fulminar a inclusão ou prorrogação, o preso imediatamente torna à origem, sobrevindo perda de objeto ao processo deflagrado no juízo federal corregedor e ao recurso dele advindo. Se a decisão do juízo de origem for *negativa*, o recurso cabível é o agravo em execução (preso definitivo) e/ou recurso em sentido estrito (preso provisório), na forma já expendida. Já a decisão *negativa* do juízo federal, seja de inclusão, seja de prorrogação, desafia a suscitação de *conflito de competência* pelo juízo de origem, a ser dirimido pelo Superior Tribunal de Justiça (juízos vinculados a tribunais distintos: CF, art. 105, I, d) ou pelo Tribunal Regional Federal a que se vincularem os juízos federais envolvidos. Nenhum dos recursos é dotado de efeito suspensivo;

h) *Competência para execução*: uma vez admitida a inclusão, os autos da execução são encaminhados ao juízo federal corregedor, a quem cumprirá, enquanto durar a transferência, a execução da pena privativa de liberdade, com todos os seus desdobramentos e incidentes, por injunção legal, avalizada pela doutrina e jurisprudência³⁰. A recusa do juízo de origem em

²⁵ STF, Súmula 700: “É de cinco dias o prazo para interposição de agravo contra decisão do juiz da execução penal”.

²⁶ MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 308/309.

²⁷ STF. HC 93.003, rel. Min. Menezes Direito, 1ª Turma, DJe-107, 13/06/2008.

²⁸ STF, Súmula 267: “Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial passível de recurso ou correição”.

²⁹ Pretende o anteprojeto de Código de Processo Penal, em curso no Senado Federal (PLS 156/2009), consagrar o recurso de agravo.

³⁰ Lei 7.210/1984, art. 66; STJ, Súmula 192, aplicável *mutatis mutandis*: “Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos a administração estadual”; STJ, HC 77.835/PR, rel. Des. Jane Silva, 5ª Turma, DJ 08/10/2007, p. 335; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 945/946.

remeter os autos de execução, para as medidas cabíveis, induz à devolução do preso, sem prejuízo de contraste em sede de *habeas corpus*³¹ ou questionamento no âmbito de conflito de competência³². Tratando-se de preso provisório, o juízo de origem deverá expedir carta precatória, de modo a viabilizar a fiscalização da prisão no presídio federal. A existência de sentença condenatória recorrível – denegada, evidentemente, a prerrogativa de recurso em liberdade ao preso provisório – induz à possibilidade de progressão de regime³³, a desaguar na necessidade de expedição da correlata guia de execução provisória, remetida ao juízo federal corregedor, para os fins de direito;

i) *Prazos processuais*: no processo de inclusão em presídio federal, o único prazo processual categoricamente delimitado é aquele reservado à manifestação das partes interessadas e à prolação de decisão pelo juízo: cinco dias, *ex vi* da Lei 11.671/2008, art. 5º, §§ 2º e 5º. Quanto ao mais, no que couber, segue-se a diretriz traçada no Código de Processo Penal. Entretanto, é inaplicável a forma de contagem mais elástica pertinente ao prazo processual (exclusão do dia de início e a inclusão do dia de vencimento). Neste campo, exatamente por se cuidar de réus forçosamente presos, prevalece a sistemática de contabilização inerente ao direito material, incluindo o dia de início e sem espaço a interrupções, suspensões ou prorrogações, nem em face de domingos, feriados ou férias (CP, art. 10)³⁴. Nesta ordem de ideias, prazos alusivos a intimações têm fluência a partir de quando efetivamente realizadas, independentemente do momento de juntada de mandados, cartas precatórias ou de ordem³⁵. Nem se coaduna ao processo penal, máxime se envolver agentes custodiados, contagem diferenciada de prazos: para o Ministério Público e Defensoria Pública, intimados mediante entrega dos

autos com *vista*, a data de entrega do processo ao setor administrativo do órgão traduz o *dies a quo* do prazo, irrelevante a data de *ciente* aposta no processo pelo representante do poder público³⁶. Neste diapasão, prazos em dobro são absolutamente inconciliáveis ao processo penal, ainda mais quando há presos. O princípio da paridade de armas ou *par conditio* impõe rigoroso tratamento igualitário entre os sujeitos processuais³⁷. Logo, assistido o preso por órgão estatal devidamente aparelhado (Defensoria Pública), sucumbe à filtragem constitucional a instituição do privilégio da dobra de prazos, sob a óptica do cânone da paridade. Porque incompatíveis à liturgia constitucional, afiguram-se írritos os dispositivos consagrando a benesse à Defensoria Pública (Lei 1.060/1950, art. 5º, § 5º, acrescido pela Lei 7.871, de 08/11/1989; Lei Complementar 80/1994, com a redação dada pela Lei Complementar 132, de 07/10/2009, art. 44, inciso I). A propósito do regramento, o primeiro deles, ao tempo de sua edição (1989), até tinha razão de ser: recém-promulgada a Carta Política de 1988 e ainda em estruturação as Defensorias Públicas, órgãos até então inexistentes, urgia conceder-lhes fôlego. Agora, mais de duas décadas depois, delira do razoável perpetuar o enfoque pretérito, atrelado ao timbre da incipiência: os tempos mudaram, as Defensorias Públicas se estruturam suficientemente, devem trabalhar em regime processual de igualdade, como sempre sucedeu em relação à atuação dos defensores dativos³⁸;

j) *Inspecções nos presídios federais*: ao juiz federal corregedor incumbe, pessoalmente, realizar inspecções mensais nos presídios federais, na forma da Lei de Execuções Penais, art. 66, inciso VII. O escopo da inspeção é constatar, *in loco*, as condições de funcionamento do estabelecimento e, se necessário, afixar recomendações e promover a apuração de responsabilidades. Não é tarefa do juiz da execução se substituir a prepostos da agência penitenciária, nem lhe cabe exercer função pastoral. O relatório emitido por conta de cada inspeção deve ser remetido à Corregedoria de Justiça a que se vincular o magistrado (CNJ, Resolução 47, de 18/12/2007). Ao ensejo de cada ato, é curial se franquear a presença do Ministério

³¹ TRF 4ª Região, HC 2009.04.00.030830-7, 8ª Turma, rel. Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus, de 30/09/2009; TRF 4ª Região, HC 2008.04.00.038154-7, 8ª Turma, rel. Des. Federal Élcio Pinheiro de Castro, de 19/11/2008.

³² STJ, CC 89.309/RJ, rel. Des. Jane Silva, 3ª Seção, j. 12/12/2007, DJe 06/06/2008.

³³ STF, Súmula 716: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

³⁴ GRECO, Rogério. *Direito Penal, parte geral*. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2006, v. 1, pp. 138/139.

³⁵ STF, Súmula 710: “No processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem”.

³⁶ STF, RE 213.121 Ag, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, j. 21/10/2008, DJe-43, 06/03/2009.

³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 19.

³⁸ STF, CR 7.870 AgR-AgR, rel. Min. Marco Aurélio, pleno, j. 07/03/2001, DJ 14/09/2001, p. 51.

Público Federal, Defensoria Pública da União e representante da Ordem dos Advogados do Brasil, previamente cientificados. A título comparativo, na Espanha, o juiz realiza inspeções uma vez por semana, sem prévio aviso, nem dia determinado, fazendo-se acompanhar de representante do Ministério Público³⁹;

k) *Outras questões: k-1) Deslocamentos de presos:* por medida de segurança, todos os atos processuais envolvendo o preso inserido no presídio federal hão de se cumprir, na medida do possível, por sistema de videoconferência, sem necessidade de movimentação extramuros, nos exatos termos da legislação processual penal em vigor⁴⁰. Eventualmente impossível ou denegado o uso da ferramenta tecnológica, os deslocamentos pelo território nacional deverão se circunscrever a audiências de oitiva de testemunhas de acusação, contanto que o próprio preso tenha manifestado intenção de se fazer presente aos atos. Interrogatórios judiciais se realizarão na própria comarca onde se localize o presídio federal, pela Justiça Estadual ou Federal, conforme o caso; k-2) *Regras de competência:* a presença do interno em presídio federal não repercute sobre regras de competência: atos e depreciações oriundos de juízos estaduais são cumpridos pela Justiça Estadual da comarca, somente ficarão a cargo da Justiça Federal com jurisdição sobre o local do presídio se emanados de outros juízos federais; k-3) *Cumprimento de alvarás de soltura:* por cautela, é conveniente o juízo federal corregedor condicionar o cumprimento de todo e qualquer alvará de soltura ao seu prévio *cumpra-se*; k-4) *Juízo federal corregedor:* ausente vara federal especializada em execução penal, a função de juízo corregedor do presídio federal há de ser atribuída a vara federal com atribuições exclusivamente criminais. O juízo pode, em tese, funcionar à moda de órgão colegiado, a partir de deliberação do competente Tribunal Regional Federal (e.g., cf. Resolução 67, de 17/10/2006, TRF 4ª Região); k-5) *Cálculos de liquidação:* confeccionados e

atualizados cálculos de liquidação de penas, depois de homologados pelo juízo, são cientificados o Ministério Público e a defesa. Conquanto assim possa ocorrer por liberalidade do juízo, é prescindível a concessão de *vistas* precedentemente à homologação judicial. As guias de execução enfeixam todos os parâmetros necessários à elaboração dos cálculos. Qualquer equívoco ou impropriedade, dès que comprovado, é passível de corrigenda, a todo tempo.

5. Execução da pena

Na órbita da execução das penas propriamente, cumpre pontuar questões projetadas no cotidiano do juízo da execução penal, a saber:

a) *Unificação de penas:* a existência de mais de uma condenação em processos distintos remete à necessidade de unificação de penas, para fixação de regime de cumprimento e aferição de benefícios⁴¹. Concurso formal próprio e continuidade delitiva não apreciados pelos juízos da condenação, por inobservância às regras de conexão e continência, comportam enfrentamento no juízo da execução. No concernente ao crime continuado⁴², comumente agitado em sede de execução penal, a premissa basilar é se cuidar de crimes da *mesma espécie*, tipificados em idêntico artigo de lei: condutas enquadradas em diferentes dispositivos legais, ainda que integrantes dum mesmo gênero (furto e roubo, roubo e latrocínio, *in exemplis*), escapam à restrita órbita da ficção legal em pauta⁴³ e se sujeitam à regra geral do concurso material⁴⁴. *Pari passu*, continuidade delitiva reclama identidade de *condições de tempo, lugar, maneira de execução e outros semelhantes: condições de tempo* remetem a dado ritmo de periodicidade entre as condutas típicas: intervalo excedente a um trintídio a desfigura de plano; *condições de lugar* induzem à

³⁹ Código de Processo Penal da Espanha (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*), art. 526: “El Juez instructor visitará una vez por semana, sin previo aviso ni día determinado, las prisiones de la localidad, acompañado de un individuo del Ministerio Fiscal, que podrá ser el Fiscal municipal delegado al efecto por el Fiscal de la respectiva Audiencia; y donde exista este Tribunal, harán la visita al Presidente del mismo o el de la Sala de lo Criminal y un Magistrado, con un individuo del Ministerio Fiscal y con asistencia del Juez instructor. En la visita se enterarán de todo lo concerniente a la situación de los presos o detenidos, y adoptarán las medidas que quepan dentro de sus atribuciones para corregir los abusos que notaren”.

⁴⁰ Código de Processo Penal, art. 185, § 2º, art. 217 e art. 222, § 3º, com as modificações da Lei 11.900, de 08/01/2009.

⁴¹ STF, Súmula 715: “A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução”.

⁴² Código Penal, art. 71: “Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços”.

⁴³ STF, HC 91370, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 19/06/2008, p. 586.

⁴⁴ STF, RvC 4603, rel. Min. Xavier de Albuquerque, rel. p/ acórdão Djaci Falcão, Tribunal Pleno, DJ 15/05/1981.

perpetração dos ilícitos num dado eixo espacial, em locais geograficamente circunvizinhos; *maneiras de execução e semelhantes* se conectam à identidade de *modus operandi*, vale dizer, semelhança do processo executivo dos crimes. Por outra parte, suscitação acerca de duas ou mais condenações definitivas à conta de fato único – *bis in idem* – extravasa a pertinência temática da continuidade delitiva. Eventual *bis in idem* é insusceptível de corrigenda pelo juízo da execução, ausente a outorga de competência legal para tanto (LEP, art. 66)⁴⁵. O desfazimento da coisa julgada, indispensável à segurança jurídica constitucionalmente salvaguardada (CF, art. 5º, XXXVI), quando possível, há de se operar na forma legal⁴⁶, *id est*, mediante revisão criminal, veículo apto a expungir éditos condenatórios sobrepostos⁴⁷;

b) Progressão de regime – requisito objetivo: para os crimes em geral, quanto ao requisito objetivo-temporal, a progressão de regime é viável mediante cumprimento de pelo menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior (LEP, art. 112). A base de cálculo é sempre o total da pena infligida, mesmo depois da primeira progressão: do contrário, ainda mais se afrouxaria a já leniente fração consagrada em lei^{48,49}. O cometimento de crime ou falta grave impõe o reinício na contagem do prazo para progressão, abstraído, agora sim, o interregno já cumprido de pena, sob pena de dupla penalização⁵⁰. Quanto aos crimes hediondos – objeto de tratamento mais rigoroso, por injunção constitucional (CF, art. 5º, XLIII) –, a Lei 8.072/1990, na redação original, vedava a progressão de regime, ao assinalar: “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado” (art. 2º, § 1º). O interdito fora confortado pelo aval do Pretório Excelso (Súmula 698)⁵¹. Ao depois, em sede

de controle difuso/concreto de constitucionalidade, o mesmo Supremo Tribunal Federal pronunciou a inconstitucionalidade da proibição⁵², com efeitos *ex tunc* (desde a origem) e *inter partes* (limitados às partes), ausente resolução baixada pelo Senado Federal (CF, art. 52, X). Logo, para os demais protagonistas de crimes hediondos, estranhos àquela relação processual, a vedação perdurara incólume. Então, sobreveio a Lei 11.464, de 28/03/2007, franqueando a progressão de regime em crimes hediondos, com “2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”: mais benevolente em relação à regra então vigente (regime integralmente fechado), passou a também reger as condutas perpetradas anteriormente (CP, art. 2º; CF, art. 5º, XL). Neste contexto, ainda depois, a 23/12/2009, o Supremo Tribunal Federal trouxe a lume a Súmula Vinculante 26⁵³, emprestando, agora sim, eficácia *erga omnes* à inconstitucionalidade antes proclamada na via difusa⁵⁴. Urge abrir um parêntesis a respeito da redação da súmula evocada: ela nada dispôs acerca do critério objetivo-temporal a ser observado na progressão. Suscitado o aspecto ao ensejo da discussão, ponderou-se da “impossibilidade constitucional de adentrar-se o problema de conflito de leis no tempo” (Min. Marco Aurélio), para se rejeitar, tal e como posta inicialmente, a redação da Proposta de Súmula Vinculante (PSV)⁵⁵. Não é correto asseverar, pois, tenha a Súmula Vinculante 26 ordenado a observância da fração de 1/6 (um sexto) em referência a crimes hediondos perpetrados antes da Lei 11.464/2007⁵⁶. De toda sorte, a inconstitucionalidade *erga omnes* proclamada remete ao cotejo entre os

⁴⁵ TJDF, 2009.00.2009445-6 RAG, rel. Des. Arnaldo Camanho de Assis, 2ª Turma Criminal, j. 13/08/2009, DJ 20/10/2009, p. 192.

⁴⁶ ARRUDA, Élcio. *Revisão criminal pro societate*. 2ª ed. Leme: BH, 2009, pp. 209/210.

⁴⁷ TJMG, Processo 1.0000.07.464114-3/000, rel. Des. José Antonino Baía Borges, 22/05/2009.

⁴⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1993, p. 285.

⁴⁹ STF, HC 69.975/RJ, rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, DJ 05/03/1993, p. 2.898.

⁵⁰ STF, HC 97.767, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. 20/10/2009, DJe-218, 20/11/2009.

⁵¹ STF, Súmula 698: “Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura”.

⁵² STF, HC 82.959/SP, rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, DJ 1º/09/2006.

⁵³ STF, Súmula Vinculante 26: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

⁵⁴ ARRUDA, Élcio. *Primeiras linhas de Direito Penal, fundamentos e teoria geral da lei penal*. Leme: BH, 2009, pp. 275/276.

⁵⁵ A redação originalmente proposta assim era enunciada: “Para efeito de progressão de regime de cumprimento de pena, por crime hediondo ou equiparado, praticado antes de 29 de março de 2007, o juiz da execução, ante a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, aplicará o art. 112 da Lei de Execução Penal, na redação original, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico” (STF, Informativo 572).

⁵⁶ TJSP, AgEx 990.09.271184-9, rel. Des. Ricardo Tucunduva, j. 28/01/2010.

preceitos passíveis de reger o tema: art. 112 da Lei 7.210/84 (1/6) e art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei 11.464/2007 (2/5 e 3/5). À luz da doutrina clássica⁵⁷, a solução intuitiva seria a aplicação do primeiro normativo, vigente ao tempo dos fatos e dotado de maior benignidade. Todavia, antes de tudo, há de se tomar em conta o balizamento *constitucional*. Aos crimes hediondos há de se dispensar tratamento mais rigoroso: tem-se, no particular, *mandado constitucional explícito de penalização*, insusceptível de menoscabo pelo legislador ordinário, pela magistratura ou por quem quer que seja. O teor cogente da Carta Política (art. 5º, XLIII)⁵⁸ é referencial inarredável, traduz conteúdo mínimo irrenunciável⁵⁹, sob pena de se desaguar em *proteção deficiente* e em estado de *ilicitude constitucional*^{60,61}. A gravidade mais toma corpo porque a Lei de Execuções Penais (1984) é anterior à atual Carta Política (1988), foi gestada em regime constitucional (Constituição de 1967, com a Emenda de 1969) sem previsão de *crimes hediondos* ou algo congênere, e, mais ainda, sua extrema leniência quanto ao tópico progressão é notoriamente preocupante. Efetivamente, é juridicamente viável a incidência da fração de 1/6 (um sexto) para progressão em crimes hediondos apenas se todos os requisitos necessários houvessem se aperfeiçoado antes da entrada em vigor da modificação operada pela Lei 11.464/2007⁶². Fora daí, independentemente de quando perpetrado o crime, incide o derradeiro normativo;

c) *Progressão de regime – requisito subjetivo*: na redação original, a Lei de Execuções Penais impunha a realização de exame criminológico, para progressão do regime fechado ao semiaberto e o facultava

quando se cuidasse de progressão ao aberto (arts. 8º e 112). Ombreado a parecer da Comissão Técnica de Classificação, ele servia à aferição do mérito do reeducando, isto é, permitia divisar seu coeficiente de ressocialização e de adaptação a regime permeado por maior liberdade⁶³. A Lei 10.792, de 1º/12/2003, ao emprestar nova disciplina ao assunto, restringiu o aspecto subjetivo ao *bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento*, vale dizer, o *atestado de bom comportamento* seria o vetor à averiguação de mérito. No entanto, amiúde, o expediente apontado é inservível ao desiderato colimado. *Atestado* assim passado apenas deixa à mostra a submissão do reeducando à cartilha disciplinar do estabelecimento prisional. Muita vez, nem para tanto serve, por espelhar conteúdo carente de fidedignidade: no cárcere, é lugar-comum, *in exemplis*, presos assumirem faltas cometidas por líderes, sempre com assentamentos imaculados⁶⁴. *Atestado* passa ao largo de perquirições acerca de caráter, consciência e arrependimento do reeducando, nem permite qualquer prognóstico quanto à futura conduta, não permite extrair índice de ressocialização e readaptação. É o *atestado de bom comportamento*, sim, um ponto de partida à positivação do mérito do condenado, mas, conforme o caso, faz-se mister solidificá-lo por outros elementos de convicção: parecer da Comissão Técnica de Classificação e exame criminológico, expedidos em prazo assinalado pelo juízo da execução;

d) *Remição*: vigente regime fechado ou semiaberto, o trabalho na prisão permite encurtar o tempo de cumprimento da pena: cada três dias de trabalho suprime um dia de condenação. A duração de trabalho permissivo à benesse há de se situar entre seis e oito horas diárias (LEP, art. 33). Nada obstante, peculiaridades do estabelecimento prisional podem permitir remição com esteio em jornada laboral diária inferior. A ausência de oferta de trabalho pela agência penitenciária, independentemente do motivo, não autoriza a outorga de remição: remição ficta ulcera a ordem jurídica⁶⁵. Nos presídios federais, o perfil dos reeducandos dita redobrada cautela na atribuição de trabalho. É igualmente viável a remição mercê da frequência a atividades estudantis, exatamente

⁵⁷ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, pp. 97/107, v. 1.

⁵⁸ CF, art. 5º. XLIII: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

⁵⁹ Daí o porquê da denegação de liberdade provisória e outros benefícios a protagonistas de crime hediondos e assemelhados, e.g.: STF, HC 97.975, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. 09/02/2010, DJe-50, 19/03/2010; STF, HC 96.183, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, j. 19/05/2009, DJe-113, 19/06/2009.

⁶⁰ FELDEN, Luciano. *A constituição penal, a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 69/84.

⁶¹ TJSP, AgEx 990.09.203469-3, rel. Des. Walter da Silva, j. 11/02/2010.

⁶² TJSP, AgEx 990.09.011592-0, rel. Des. José Gavião de Almeida, j. 11/02/2010.

⁶³ SILVEIRA, Alípio. *Os estabelecimentos penais e o juízo das execuções criminais*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1965, pp. 111/130.

⁶⁴ TJSP, AgEx 990.09.129080-7, rel. Des. Souza Nery, j. 20/08/2009.

⁶⁵ TJMG, Ag. 1.0000.08.476837-3/0001, rel. Des. Edelberto Santiago, DJ de 02/08/2008.

porque afinadas ao propósito de ressocialização e readaptação do interno⁶⁶. Para tanto, há de se firmar a carga horária mínima conducente ao resgate do dia de pena. A perpetração de falta grave, definitivamente reconhecida, induz ao desvanecimento de todo tempo remido, mesmo se já declarado pelo juízo da execução⁶⁷. A partir da falta grave, começa a se escoar novo período apto à remição. Vedada interpretação extensiva, faltas leves e médias não deságuam na perda de dias remidos;

e) *Regime Disciplinar Diferenciado/RDD*: nos presídios federais, também é possível a sujeição do interno a Regime Disciplinar Diferenciado, sob autorização judicial e dès que subsistentes os pressupostos legais (LEP, arts. 52 e 54; Decreto 6.049/2007, arts. 54 a 58)⁶⁸. O preso em regime fechado nele permanece, com maiores restrições, a bem da ordem e disciplina. Tratando-se de medida disciplinar inerente à administração penitenciária, comporta aplicação inclusive quanto a condutas levadas a efeito precedentemente à sua instituição (Lei 10.792, de 1º/12/2003)⁶⁹.

Conclusão

Na arena do combate à criminalidade, é lugar-comum a sensação de se estar diante duma encruzilhada. Se levar os primeiros princípios às últimas consequências significa desguarnecer a sociedade, institucionalizar e generalizar o pragmatismo importa maltrato ao Estado de Direito. Há de se operar concomitante aferição entre os direitos do infrator e os direitos da sociedade em ser eficazmente defendida contra o crime. Há de se forjar um ponto de equilíbrio, tanto quanto seja possível.

Seja como for, algo parece inconcusso: numa sociedade de seres imperfeitos, a amarga medida

representada pela pena de cárcere há de subsistir, reservada a crimes graves e à multirreincidência.

A abordagem emergencial levada a efeito através de presídios federais tem cerrado fileiras à segurança pública. Urge, porém, alargar-se o espectro de abrangência das prisões federais, até mesmo para se fazer cumprir o ordenamento jurídico. Na área de jurisdição de cada Tribunal Regional Federal, há de se edificar pelo menos um complexo penitenciário, para cumprimento de penas em regime fechado e semiaberto, destinadas as vagas exclusivamente a presos federais comuns. O crescimento exponencial da população carcerária federal nos últimos tempos, em si e por si, justifica a providência.

De modo geral, a persecução penal – aí incluído seu exaurimento: a execução da pena – há de se nortear por estrela guia bifacial: a proibição ao excesso e proibição à proteção deficiente. O referencial obrigatório é a Carta Política: a proteção penal dela decorrente não pode ser nulificada, reduzida a zero. Nenhuma construção ou interpretação podem arredar-lhe a força cogente.

Enfim, a política criminal legislativa e a política criminal dogmática encontram limites mínimos e máximos intransponíveis na Lei Maior. Vulnerações consideráveis não podem ser *bagatelizadas* por meio de atenuações arbitrárias, nem dramatizadas com excessiva dureza. Do limiar ao exaurimento, o aparelho estatal repressivo há de tratar cada crime *segundo mereça*, a cada protagonista há de impor, também *segundo mereça*, uma privação de liberdade, patrimônio ou prestígio, de molde a fazer reconhecer, de modo geral, o fato antijurídico cometido e impedir sua legitimação pela consciência social.

Bibliografia

ARRUDA, Élcio. *Primeiras linhas de direito penal – fundamentos e teoria geral da lei penal*. Leme: BH, 2009.

_____. *Revisão criminal pro societate*. 2ª ed. Leme: BH, 2009.

BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: B de F, 2006.

BARBERO SANTOS, Marino. *La defensa social, treinta años despues*. *Ciência Jurídica*, v. 3, n. 26, pp. 399/409, mar./abr. 1989.

DAHRENDORF, Ralf. *A Lei e a ordem*. Tradução portuguesa de Tamara D. Barile. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997.

⁶⁶ STJ, Súmula 341: “A frequência a curso de ensino formal é causa de remição e parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto”.

⁶⁷ STF, Súmula Vinculante 9: “O disposto no art. 127 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no *caput* do art. 58”.

⁶⁸ O Regime Disciplinar Diferenciado é compatível à Lei Fundamental: STF, HC 93.391, rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, j. 15/04/2008, DJE-83, 09/05/2008; STJ, HC 40.300/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, DJ 22/08/2005, p. 312.

⁶⁹ ARRUDA, Élcio. *Primeiras linhas de Direito Penal, fundamentos e teoria geral da lei penal*. Leme: BH, 2009, pp. 287/288.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal – a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GRECO, Rogério. *Direito Penal – parte geral*. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2006, v. 1.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, v. 1.

JAKOBS, Gunther. *Derecho penal – parte general*. Tradução espanhola da 2ª ed. alemã por Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del derecho penal*. *Ciência Jurídica*, v. 3, n. 26, pp. 356/367, mar./abr. 1989 (Fórum Internacional de Direito Penal Comparado – 1989: Salvador).

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal – parte general*. Tradução espanhola da 5ª ed. alemã por Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1993.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*. Tradução espanhola da 2ª ed. alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, t. 1.

_____. *Derecho procesal penal*. Tradução espanhola da 25ª ed. alemã por Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

SILVEIRA, Alípio. *Os Estabelecimentos penais e o juízo das execuções criminais*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1965.

SOUZA, Percival de. *O sindicato do crime – PCC e outros grupos*. São Paulo: Ediuoro, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas: deslegitimacion y dogmatica juridico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 2005.

_____. *Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana*. *Discursos sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, v. 2, n. 4, pp. 25/36, jul./dez. 1997.

RE 330.817 STF — posição contrária à extensão da imunidade tributária aos livros eletrônicos

Alexandre Pontieri*

Em recente decisão no RE 330.817 (*Dje* 40, publicado em 05/03/2010), o Min. Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, entendeu que a imunidade tributária dos livros em papel não é extensiva aos livros em formato eletrônico.

Em seu voto, o Min. Dias Toffoli conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento para denegar a segurança, com base nos argumentos de que

a jurisprudência da Corte é no sentido de que a imunidade prevista no art. 150, inciso VI, alínea *d*, da Constituição Federal, conferida a livros, jornais e periódicos, não abrange outros insumos que não os compreendidos na acepção da expressão “papel destinado a sua impressão”.

Cita, ainda, outros precedentes da Corte, para fundamentar sua tese, com a mesma linha de raciocínio, conforme se vê em sua decisão:

Tributário. Imunidade conferida pelo art. 150, VI, *d*, da Constituição. Impossibilidade de ser estendida a outros insumos não compreendidos no significado da expressão “papel destinado à sua impressão”. Precedentes do Tribunal.

Porém, com o devido respeito à decisão do Min. Dias Toffoli do STF, acredito que o tema deva ser um pouco mais debatido, principalmente pelo fato de a sociedade estar vivendo uma verdadeira revolução do conhecimento por meio de diversas ferramentas digitais; negar a extensão da imunidade tributária aos livros no formato eletrônico contraria a tese que amplia e facilita a difusão das informações, conhecimento e cultura, garantindo a liberdade da comunicação e do pensamento.

Acredito ainda que, ao se analisar essa matéria, é mais importante considerar-se a questão da liberdade e da propagação do conhecimento, ao invés de ficar-se restrito ao meio físico em que essa informação está inserida.

Nessa linha de pensamento, algumas decisões sobre a possibilidade da imunidade tributária aos chamados livros ou mídias em formato eletrônico:

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na Apelação Cível 1996.001.01801, proferiu a seguinte decisão:

Apelação cível. Mandado de segurança. Imunidade concernente ao ICMS. Inteligência do art. 150, VI, *d*, da Constituição Federal. Comercialização do Dicionário Aurélio Eletrônico por processamento de dados, com pertinência exclusiva ao seu conteúdo cultural – *software*. A lição de Aliomar Baleeiro: “Livros, jornais e periódicos são todos os impressos ou gravados, por quaisquer processos tecnológicos, que transmitem aquelas ideias, informações, comentários, narrações reais ou fictícias sobre todos os interesses humanos, por meio de caracteres alfabéticos ou por imagens e, ainda, por signos Braille destinado e cegos”. A limitação ao poder de tributar encontra respaldo e inspiração no princípio *no tax on knowledge*. Segurança concedida.

Os Tribunais Regionais Federais também apreciaram questões sobre a extensão da imunidade tributária aos livros eletrônicos. A decisão abaixo segue o entendimento da tese teleológica e sistemática, dando efetividade aos princípios constitucionais da livre manifestação do pensamento, de expressão da atividade intelectual, comunicação e de acesso à informação.

Vejamos o que decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região no Processo 1998.04.01.090888-5:

Constitucional. Tributário. Imunidade. *Jornal. CD-Rom*. 1. O fato de o jornal não ser feito de papel, mas veiculado em *CD-Rom*, não é óbice ao reconhecimento da imunidade do art. 150, VI, *d*, da Constituição Federal, porquanto isto não desnatura como um dos meios de informação protegidos contra a tributação. 2. Interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, segundo a qual a imunidade visa a dar efetividade aos princípios da livre manifestação de pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, de acesso à informação aos meios necessários para tal, o que deságua, em última análise, no direito de educação, que deve ser fomentado pelo Estado visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, havendo liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 5º, IV, IX, XIV, 205, 206, II, etc.).

*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.

Conclusão

A questão da imunidade tributária aos livros eletrônicos deve ser analisada de forma mais ampla e entendida em seu sentido finalístico, garantindo a manifestação do pensamento, da cultura e da educação.

Restringir essa imunidade ao formato papel é fechar os olhos diante dos inegáveis avanços que a tecnologia proporciona, tributando-se ainda mais a liberdade ao conhecimento, à cultura e à manifestação do pensamento desse País.

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010

Altera a Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

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

Art. 1º Esta Lei Complementar altera a Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências.

Art. 2º A Lei Complementar 64, de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º

I –

.....

c) o Governador e o Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal e o Prefeito e o Vice-Prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos;

d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;

2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;

3. contra o meio ambiente e a saúde pública;

4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade;

5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública;

6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;

7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos;

8. de redução à condição análoga à de escravo;

9. contra a vida e a dignidade sexual; e

10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;

f) os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis, pelo prazo de 8 (oito) anos;

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;

h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;

.....

j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição;

k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura;

l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;

m) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário;

n) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão que reconhecer a fraude;

o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário;

p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22;

q) os magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que tenham perdido o cargo por sentença

ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar, pelo prazo de 8 (oito) anos;

.....
 § 4º A inelegibilidade prevista na alínea e do inciso I deste artigo não se aplica aos crimes culposos e àqueles definidos em lei como de menor potencial ofensivo, nem aos crimes de ação penal privada.

§ 5º A renúncia para atender à desincompatibilização com vistas a candidatura a cargo eletivo ou para assunção de mandato não gerará a inelegibilidade prevista na alínea k, a menos que a Justiça Eleitoral reconheça fraude ao disposto nesta Lei Complementar.” (NR)

“Art. 15. Transitada em julgado ou publicada a decisão proferida por órgão colegiado que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput*, independentemente da apresentação de recurso, deverá ser comunicada, de imediato, ao Ministério Público Eleitoral e ao órgão da Justiça Eleitoral competente para o registro de candidatura e expedição de diploma do réu.” (NR)

“Art. 22.

.....
 XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar;

XV – (revogado);

XVI – para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam.

.....” (NR)

“Art. 26-A. Afastada pelo órgão competente a inelegibilidade prevista nesta Lei Complementar, aplicar-se-á, quanto ao registro de candidatura, o disposto na lei que estabelece normas para as eleições.”

“Art. 26-B. O Ministério Público e a Justiça Eleitoral darão prioridade, sobre quaisquer outros, aos processos de desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade até que sejam julgados, ressalvados os de habeas corpus e mandado de segurança.

§ 1º É defeso às autoridades mencionadas neste artigo deixar de cumprir qualquer prazo previsto nesta Lei Complementar sob alegação de acúmulo de serviço no exercício das funções regulares.

§ 2º Além das polícias judiciárias, os órgãos da receita federal, estadual e municipal, os tribunais e órgãos de contas, o Banco Central do Brasil e o Conselho de Controle de Atividade Financeira auxiliarão a Justiça Eleitoral e o Ministério Público Eleitoral na apuração dos delitos eleitorais, com prioridade sobre as suas atribuições regulares.

§ 3º O Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e as Corregedorias Eleitorais manterão acompanhamento dos relatórios mensais de atividades fornecidos pelas unidades da Justiça Eleitoral a fim de verificar eventuais descumprimentos injustificados de prazos, promovendo, quando for o caso, a devida responsabilização.”

“Art. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas *d, e, h, j, l e n* do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso.

§ 1º Conferido efeito suspensivo, o julgamento do recurso terá prioridade sobre todos os demais, à exceção dos de mandado de segurança e de habeas corpus.

§ 2º Mantida a condenação de que derivou a inelegibilidade ou revogada a suspensão liminar mencionada no *caput*, serão desconstituídos o registro ou o diploma eventualmente concedidos ao recorrente.

§ 3º A prática de atos manifestamente protelatórios por parte da defesa, ao longo da tramitação do recurso, acarretará a revogação do efeito suspensivo.”

Art. 3º Os recursos interpostos antes da vigência desta Lei Complementar poderão ser aditados para o fim a que se refere o *caput* do art. 26-C da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, introduzido por esta Lei Complementar.

Art. 4º Revoga-se o inciso XV do art. 22 da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990.

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

Brasília, 4 de junho de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto
Luis Inácio Lucena Adams

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 12.287, de 13 de julho de 2010

Altera a Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, no tocante ao ensino da arte.

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

Art. 1º O § 2º do art. 26 da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 26.

.....

§ 2º O ensino da arte, especialmente em suas expressões regionais, constituirá componente curricular obrigatório nos diversos níveis da educação básica, de forma a promover o desenvolvimento cultural dos alunos.

..... “(NR)

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

Brasília, 13 de julho de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Fernando Haddad

Corte Especial

Numeração única: 75751-13.2009.4.01.0000

Agravo Regimental na SLAT 2009.01.00.077055-2/MG

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Requerente: Universidade Federal de Uberlândia – UFU
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Requerido: Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG
Impetrantes: Thiago Ferreira Capanema e outros
Advogada: Dra. Beatriz Correa Elias Uliano
Agravantes: Thiago Ferreira Capanema e outros
Publicação: e-DJF1 de 21/06/2010, p. 160

Ementa

Agravo. Deferimento do pedido de suspensão dos efeitos de medidas liminares. Não provimento.

I – A previsão de critérios no preenchimento das vagas nas instituições públicas de ensino superior, com a reserva dessas vagas para estudantes negros, indígenas ou oriundos de escolas públicas visa à efetivação do princípio da igualdade constitucionalmente estabelecido.

II – As políticas públicas pautadas em ações afirmativas têm como objetivo atenuar as graves desigualdades existentes na sociedade brasileira, e o que o PAAES procura é exatamente proporcionar aos alunos carentes o direito de acesso ao ensino superior, razão pela qual as decisões de primeiro grau que interferem em sua efetivação tem o condão de causar grave lesão à ordem pública.

III – “A reserva de vagas de ensino superior em favor de candidatos oriundos de escolas públicas tem como objetivo a mitigação da desigualdade de ensino em desfavor de alunos que, devido a suas condições econômicas, não puderam custear escola na rede particular. A triste premissa do sistema de cotas é a de que a rede pública de ensino fundamental e médio apresenta, em regra, nível de ensino mais fraco e, portanto, os alunos dela oriundos não têm condições de competir em igualdade com os provenientes da rede particular. Assim, o fator que justifica a discriminação em favor dos alunos da rede pública no vestibular não é, diretamente, a carência econômica, mas terem cursado o ensino médio e fundamental na rede pública. Se estudaram em escolas particulares, mesmo sem nada pagar, por terem conseguido bolsa integral, não se lhes aplica o motivo que levou à adoção do sistema de cotas” (AMS 2008.38.03.009701-5/MG, rel. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Sexta Turma, e-DJF1 p.164 de 26/10/2009).

IV – Agravo a que se nega provimento. Suspensão mantida.

Acórdão

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

Corte Especial do TRF 1ª Região – 25/03/2010.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — Thiago Ferreira Capanema e outros(as) agravam em face da decisão de fls. 64-72, que deferiu o pedido da Universidade Federal de Uberlândia e suspendeu os

efeitos de medidas liminares da lavra do MM. Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG, proferidas nos autos dos Mandados de Segurança 2009.38.03.00.008144-9/MG e 2009.38.03.00.8519-6/MG.

2. A decisão agravada está assim fundamentada:

Trata-se de pedido de suspensão dos efeitos de medidas liminares, com fundamento nos arts. 4º da Lei 8.437/1992 e 318 do RITRF – 1ª Região, formulado pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU em face de decisões da lavra do MM. Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia – MG, que, nos autos dos Mandados de Segurança 2009.38.03.00.008144-9/MG e 2009.38.03.00.8519-6/MG, deferiu os pedidos para determinar que a autoridade impetrada se abstenha de indeferir a inscrição dos impetrantes na 1ª etapa do PAAES/Subprograma 2009/2011, permitindo-lhes realizar as provas e demais avaliações inerentes ao programa (fls. 47-53 e 56-62).

2. Requer, ainda, a extensão dos efeitos desta decisão para as medidas liminares que porventura vierem a ser deferidas em diversos feitos que cita.

3. Observo que o objeto da presente suspensão de medida liminar é similar ao da SLAT 2008.01.00.065713-2/MG (e-DJF1 de 16/12/2008), razão pela qual adoto os seus fundamentos com razões de decidir:

Trata-se de pedido de suspensão dos efeitos de medida liminar, com fundamento nos arts. 4º da Lei 4.348/1964, 4º da Lei 8.437/1992 e 317 do RITRF – 1ª Região, formulado pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU, em face do Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG, que, nos autos do Mandado de Segurança 2008.38.03.009734-4/MG, proposta por Renan Santana Ferreira, proferiu decisão deferindo a medida liminar, nos termos abaixo (fls. 62-67):

Trata-se de mandado de segurança impetrado por *Renan Santana Ferreira* contra ato do *Reitor da Universidade Federal de Uberlândia/MG*, consubstanciado na edição da Resolução 20/2008, por meio da qual foi instituído o PAAES - Programa de Ação Afirmativa de Ingresso no Ensino Superior, o qual destinou vagas no ensino superior exclusivamente para alunos que tenham cursado os quatro últimos anos do ensino fundamental e que estejam cursando o ensino médio na escola pública.

Sustenta o impetrante que a destinação das vagas do PAAES exclusivamente para os alunos das escolas públicas violou o princípio da igualdade, assim como o disposto nos arts. 206, I, e 208, V, da Constituição Federal de 1988. Informa que o impetrante não efetuou sua inscrição porque acreditava que não teria acesso à inscrição por estar cursando o ensino médio em escola privada.

Breve relatório.

Passo a decidir.

Trata-se e mandado de segurança no qual o(s) impetrante(s) insurge(m)-se contra a Resolução 20/2008, do Conselho Universitário da Universidade Federal de Uberlândia, que instituiu o Programa de Ação Afirmativa de Ingresso no Ensino Superior - PAAES, reservando determinado número de

vagas nos cursos superiores da UFU em favor dos estudantes provenientes da escola pública.

Consoante o art. 1º da Resolução 20/2008, o PAAES tem por finalidade 'ampliar os níveis de inclusão social e de democratização do ingresso no ensino superior na UFU'.

Para tanto, a UFU reservou ao PAAES 25% das vagas de cada um de seus cursos, vagas que serão destinadas *exclusivamente* aos candidatos egressos de escolas públicas.

Em análise preliminar, verifico a presença do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, requisitos necessários para o deferimento do pedido liminar.

O *periculum in mora* reside na iminência da realização da primeira etapa do PAAES, designada para o dia 7 de dezembro de 2008, pois caso não garantida a participação dos candidatos não oriundos da escola pública na primeira etapa, restaria prejudicada a continuidade da avaliação do candidato, pois o PAAES, conforme edital publicado pela UFU, é um programa seriado de avaliação e ingresso no ensino superior, composto de três etapas (1ª, 2ª e 3ª Etapas), 'nas quais ocorre, respectivamente, uma avaliação seriada do aprendizado dos conteúdos programáticos da 1ª, 2ª e 3ª séries do Ensino Médio Público' (item 1.1 do Edital).

Por sua vez, o *fumus boni juris* pode ser verificado sob diversos aspectos.

Inicialmente, tenho que a Resolução 20/2008 do Conselho Universitário da UFU, ao introduzir as reservas de vagas para determinadas classes de candidatos, violou a competência privativa da União Federal para legislar acerca de diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV, da CF/1988).

Preceitua o seguinte o art. 22, XXIV, da Constituição Federal de 1988:

'Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXIV - diretrizes e bases da educação nacional;'

Não há dúvida de que a destinação de vagas nos cursos superiores em favor de determinado grupo de candidatos tem relação direta com as diretrizes e bases da educação nacional, pois o art. 206, inciso I, da Constituição Federal de 1988 traz como um dos princípios base do ensino a '*igualdade de condições para o acesso e permanência na escola*'.

Dessa forma, a UFU não poderia, através de *mera resolução*, retirar da ampla concorrência determinado número de vagas de seus cursos superiores para destiná-las a grupo específico de candidatos, violando, assim, a igualdade de condições para o acesso ao ensino superior. *Somente através de lei*, sujeita, evidentemente, a prévia e ampla discussão no Congresso Nacional,

poderia ocorrer a reserva de cotas em universidades públicas, por força do disposto no art. 22, XXIV, combinado com o art. 206, I, ambos da Constituição Federal de 1988.

No tocante à autonomia universitária, entendo que referido princípio está restrito ao próprio funcionamento da Universidade, pois o art. 207, *caput*, da Constituição Federal de 1988 confere às Universidades autonomia 'didático-científica, administrativa e de gestão financeira'. Portanto, a autonomia universitária *não pode servir de fundamento para que sejam impostas vedações de forma discricionária*.

No caso presente, a discriminação imposta pelo sistema de cotas para o ingresso no ensino superior no âmbito da Universidade Federal de Uberlândia, estabelecida pela Resolução 20/2008, atua de forma restritiva em relação aos candidatos que não fossem beneficiados pelo referido sistema, em razão da *diminuição da disponibilidade de vagas destinadas à ampla concorrência*.

Tal fato, além de contrariar o disposto no art. 22, XXIV, e no art. 206, I, ambos da Constituição Federal de 1988, ofenderia, também, o princípio da igualdade assegurado no art. 5º da Constituição Federal de 1988 (Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:).

Não bastasse isso, não há como se aferir se todos os candidatos egressos de escolas públicas são efetivamente carentes de recursos financeiros. Também não há como garantir que todos os alunos de escolas privadas tenham condições de custear um Curso superior em uma universidade particular. Poderá haver casos de alunos de escolas privadas contemplados com bolsas de estudo, os quais estariam excluídos do PAAES, como também poderá haver casos de alunos que poderiam custear uma escola particular, mas que a família optou por mantê-lo na escola pública. Como solucionar esses casos, já que não há qualquer dispositivo na Resolução 20/2008 sobre o assunto.

Cumprido ressaltar, ainda, que o PAAES, diversamente do vestibular, é um programa seriado, durante o qual é realizada uma avaliação do aprendizado dos conteúdos programáticos da 1ª, 2ª e 3ª séries do Ensino Médio Público, conforme se infere do item 1.1 do Edital.

A participação no PAAES é opcional e, caso o candidato por ele opte, ainda poderá concorrer também às vagas remanescentes do vestibular.

Nesse caso, verifica-se mais um fator de *desigualdade* entre os candidatos egressos das escolas públicas e os egressos das escolas particulares, pois *somente aos egressos das escolas públicas foram proporcionados dois processos*

seletivos para o ingresso na Universidade Federal de Uberlândia, quais sejam: o PAAES e o vestibular.

Aos egressos de escolas particulares, além de sofrerem com a redução das vagas do vestibular em todos os cursos da UFU, com a edição da Resolução 20/2008, foi-lhes negado o direito de participar da avaliação seriada instituída inicialmente pelo extinto PAIES e atualmente prevista no PAAES.

Por fim, ressalto que a presente decisão não contraria, em princípio, a decisão proferida pelo Egrégio TRF da 1ª Região nos autos da Ação Civil Pública 1999.38.00.036330-8, pois naquele processo o egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região determinou às Universidades Federais de Minas Gerais, inclusive à Universidade Federal de Uberlândia:

'(a) reserva de cinquenta por cento de vagas é para os que cursaram todo o ensino fundamental e médio em escola pública.

(b) A implementação da reserva de vagas será gradativa e, por isso, numa média de 10% de reservas por ano até completar cinco anos.

(c) As rés poderão estabelecer pontuação mínima para o preenchimento das vagas.

(d) As vagas reservadas não preenchidas poderão ser oferecidas aos alunos egressos da rede particular de ensino.'

Percebem-se, portanto, significativas diferenças entre o comando dirigido às Instituições de Ensino Superior federais de Minas Gerais e o PAAES ora questionado.

Além da exigência de que todo o ensino fundamental e médio seja feito em escola pública, a ordem do Egrégio TRF da 1ª Região estabeleceu que 'a implementação de reserva de vagas será gradativa e, por isso, numa média de 10% de reservas por ano até completar cinco anos'.

Portanto; ressaltou-se o caráter gradativo da medida e o percentual anual da reserva, até completar cinco anos.

A Universidade Federal de Uberlândia, porém, decidiu instituir o programa de ação afirmativa de modo diferente, fazendo-o sem observar o caráter gradativo prescrito pela decisão judicial.

Dispõe o art. 3º da Resolução 20/2008: 'A UFU reservará 25% das vagas de cada um de seus cursos de graduação para o PAAES da UFU.' Já o art. 6º estabelece: 'O PAAES da UFU terá duração inicial de seis anos, contados a partir de sua implantação'.

O item 8.1 do Edital da 1ª Etapa do PAAES/ Subprograma 2008/2011 reserva, também, 50% das vagas dos cursos/turnos com entrada semestral.

Dessa forma, a UFU reservou para implantação imediata do programa de ação afirmativa mais do que o dobro do que fora determinado pela decisão do Tribunal.

Além disso, instituiu sistema alternativo de ingresso ao ensino superior, o qual, como já dito, não

foi oferecido aos candidatos egressos das escolas privadas. Caso a UFU pretendesse cumprir a ordem emanada do Egrégio TRF da 1ª Região, deveria reservar no PAAES, de forma gradativamente, somente 50% das vagas aos candidatos egressos da escola pública.

Ante exposto, defiro a liminar para:

a) *determinar* que a autoridade coatora proporcione ao Impetrante a realização de sua inscrição no PAAES, Subprograma 2008/2011, mediante preenchimento do respectivo formulário e recolhimento da taxa de inscrição, preferencialmente antes da data da realização das provas da 1ª Etapa;

b) caso não seja possível a formalização da inscrição do impetrante antes da data designada para a realização das provas da primeira etapa do PAAES, Subprograma 2008/2011, *determinar que a autoridade coatora permita a participação do(s) Impetrante(s) nas primeira etapa do PAAES*, designada para o dia 07/12/2008, proporcionando a formalização da inscrição e recolhimento da respectiva taxa em momento posterior primeira etapa, em prazo razoável a ser fixado pela UFU;

c) uma vez formalizada a inscrição, *determinar* que a autoridade coatora se abstenha de excluir o Impetrante do PAAES, Subprograma 2008/2011, permitindo a participação do Impetrante em todas as provas e renovações de inscrições que se façam necessárias, até o julgamento final do presente mandado de segurança.

(...)'

2. Alega a requerente, em síntese:

2.1. Que a decisão de primeira instância possui caráter eminentemente satisfativo, pois esgota o resultado da prestação jurisdicional que deveria ser objeto de exame aprofundado quando do julgamento final do mandamus;

2.2. A ocorrência de grave lesão à ordem pública, pois obriga a administração pública ao cumprimento de decisão sem causa legítima e ameaça a regular realização do certame, que depende de toda uma logística, pois '...para a aplicação das provas deve haver não só os cadernos propriamente ditos, mas espaço físico adequado, fiscais em número suficiente (convocados antecipadamente), transporte, alimentação, apoio médico, psicológico, segurança, dentre tantos outros afazeres que têm que ser providenciados com antecedência' (fls. 9);

2.3. A possibilidade de ocorrência do chamado efeito multiplicador dessa decisão, fato que causará conseqüências tais que poderão inviabilizar toda a logística já preparada em torno da realização do certame.

3. No mais, tece considerações sobre mérito do mandado de segurança, bem assim sobre a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial de que goza a instituição superior de ensino, nos termos do art. 207 da Constituição Federal e sobre a legalidade

da Resolução 20/2008, consoante o disposto na Lei 9.394/1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Relatada a espécie, decido.

.....
.....

11. Tenho que a decisão impugnada é suscetível de causar grave lesão à ordem pública, pois, ao determinar a inscrição de candidato em desconformidade com as regras postas no Edital do certame, ela invadiu a esfera de competência da administração pública, pois a Universidade Federal de Uberlândia goza de autonomia didático-pedagógica, cabendo a ela a criação, a organização, a fixação do número de vagas e o estabelecimento de critérios para o seu preenchimento.

12. Ademais, o estabelecimento de critérios para o preenchimento de vagas nas universidades públicas, nos quais se reserva certo número delas para estudantes de origem negra, indígena ou de escolas públicas, visa efetivar o princípio constitucional da igualdade.

13. As ações afirmativas, portanto, visam à mudança desse quadro de desigualdade social, buscando proporcionar a esses alunos carentes o acesso ao ensino público superior, antes só acessível as classes mais privilegiadas da população, e a reduzir a enorme desigualdade social.

14. Assim, a decisão atacada interfere na implantação de políticas públicas que visam a redução dessas desigualdades sociais, fato que caracteriza a grave lesão à ordem pública.

15. Observo, também, a possibilidade de ocorrência do efeito multiplicador dessa decisão, o que inviabilizaria os demais programas de acesso ao ensino superior público alternativos ao tradicional vestibular já em andamento ou em fase de implantação nas demais universidades públicas.

16. Verifico, ao final, a presença do *periculum in mora* inverso com a manutenção da decisão de primeiro grau, que pode inviabilizar todo o processo seletivo do PAAES em curso na Universidade Federal de Uberlândia.

Pelo exposto, *defiro* o pedido, nos termos acima delineados, para suspender os efeitos da decisão atacada, até o trânsito em julgado da sentença.

(...)'

Pelo exposto, defiro o pedido e suspendo os efeitos das decisões proferidas nos Mandados de Segurança 2009.38.03.00.008144-9/MG e 2009.38.03.00.8519-6/MG, em trâmite na 1ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia.

(...)"

3. Sustentam os agravante em síntese, que:

3.1. A suspensão das medidas liminares causará graves prejuízos aos candidatos, uma vez que o PAAES

é um processo seriado de avaliação, consistente em três etapas sucessivas, e a não participação na primeira colocará esses candidatos em enorme desvantagem em relação aos demais, sendo que a Universidade Federal de Uberlândia, por sua vez, não terá qualquer prejuízo com a manutenção dessas decisões, mesmo porque a instituição tem pleno conhecimento do número de inscritos no programa;

3.2. A UFU autorizou, antes mesmo de qualquer decisão judicial, a inscrição de candidatos oriundos de escolas particulares no PAAES e, desse modo, aqueles que se inscreveram poderão continuar no programa, ao passo que os que agiram de boa-fé e resolveram aguardar o pronunciamento do Poder Judiciário ficarão excluídos;

3.3. O prejuízo aos agravantes não advém do estabelecimento de cotas, mas, sim, da previsão de processo seletivo alternativo ao vestibular, sem a possibilidade de participação dos alunos das escolas privadas. Assim, aqueles candidatos oriundos de instituições públicas de ensino contam com duas possibilidades de ingresso na universidade, quais sejam, o vestibular tradicional e o PAAES, enquanto que aqueles oriundos de estabelecimentos particulares só podem contar com a primeira opção; e

3.4. O princípio da autonomia universitária previsto no art. 207 da Constituição Federal se restringe às suas atividades administrativas, não autorizando a restrição de direitos ou a criação de imposições não previstas em lei, razão pela qual a Resolução 20/2008 viola os princípios da igualdade e da legalidade.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — Primeiramente, saliento que a discussão a respeito da suposta violação ao art. 207 da Constituição Federal pela Resolução 20/2008, da Universidade Federal de Uberlândia e que instituiu o Programa de Ação Afirmativa de Ingresso ao Ensino Superior – PAAES, está afeta ao mérito da ação principal, não podendo ser abordada em sede de suspensão de medida liminar.

2. Ademais, conforme já salientado na decisão agravada e ao contrário da tese levantada no agravo, não vislumbro, pelo menos em tese, qualquer violação aos princípios constitucionais da igualdade e da isonomia, pois a previsão de critérios no preenchimento das vagas nas instituições públicas de ensino superior, com a reserva de vagas para estudantes negros, indígenas ou oriundos de escolas públicas, visa justamente à efetivação do princípio da igualdade constitucionalmente estabelecido.

3. Não podem essas ações afirmativas serem taxadas de violação ao princípio da igualdade, pois o que essas políticas públicas buscam é atenuar as graves desigualdades existentes na sociedade brasileira, e o que o PAAES procura é exatamente proporcionar aos alunos carentes o direito de acesso ao ensino superior, razão pela qual as decisões de primeiro grau que interferem em sua efetivação tem o condão de causar grave lesão à ordem pública.

4. Veja-se, a propósito, o voto condutor do acórdão proferido pela eminente Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, relatora da Apelação 2008.38.03.009701-5/MG, que trata de caso análogo ao presente (e-DJF1 de 26/10/2009):

Os impetrantes não obtiveram a pretendida inscrição no Programa de Ação Afirmativa de Ingresso no Ensino Superior da Universidade Federal de Uberlândia – PAAES (1ª etapa – Subprograma 2008/2011) porque não atenderam ao requisito necessário para tanto, a saber, terem cursado os últimos quatro anos do ensino fundamental e estarem cursando o ensino médio em escola pública.

Alegam ser inconstitucional a Resolução 20/2008, da UFU, que criou o PAAES, reservando parte das vagas da universidade (25% de cada curso de graduação) apenas para os alunos da rede pública, que, além disso, concorrem também às vagas oferecidas no vestibular. Sustentam o tratamento discriminatório em detrimento dos alunos das escolas particulares, que somente têm possibilidade, por meio do vestibular, de concorrer a uma parte das vagas, já abatidas as destinadas ao PAAES.

A UFU sustenta a constitucionalidade da política afirmativa, cujo objetivo é oferecer condições de acesso ao ensino superior aos oriundos de escolas públicas, em regra, econômica e socialmente desfavorecidos.

Sem entrar na análise da constitucionalidade do sistema de reserva de vagas estabelecido Resolução 20/2008, da UFU, em face do disposto no art. 208, V, da CF, observo que não há direito líquido e certo dos impetrantes a ser postulado na via eleita.

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Juiz Tourinho Neto e os Exmos. Srs. Des. Federais Olindo Herculano de Menezes, Luciano Tolentino Amaral, Cândido Ribeiro, Carlos Moreira Alves, Carlos Olavo, Daniel Paes Ribeiro, Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Maria do Carmo Cardoso, Leomar Barros Amorim de Sousa e Reynaldo Fonseca.

Com efeito, se a resolução for tida como constitucional, não terá havido violação a direito dos impetrantes, alunos de escolas particulares, com a negativa de inscrição no PAAES, pois o programa destina-se, apenas, aos alunos de escola pública.

Se for tida como inconstitucional, não será possível estender o favor inconstitucional apenas aos alunos de escola privada que ajuizarem mandado de segurança. Neste caso, os impetrantes estariam concorrendo não com a universalidade dos almejantes a uma vaga na universidade (como deveria decorrer da argumentação posta na inicial), mas com apenas com os alunos das escolas públicas.

A consequência da inconstitucionalidade seria a extinção do PAAES, com a integração de suas vagas à ampla concorrência, e não a inclusão dos impetrantes no universo dos beneficiados pela reserva de vagas combatida.

Por outro lado, a situação da impetrante Andressa Mayumi Maticuma, por ser ela bolsista integral de instituição privada, não merece, com a devida vênia do parecer do MPF, solução diferente. Também ela, assim como os demais impetrantes, é aluna de escola particular, não tendo direito à inscrição no PAAES.

Com efeito, a reserva de vagas de ensino superior em favor de candidatos oriundos de

escolas públicas tem como objetivo a mitigação da desigualdade de ensino em desfavor de alunos que, devido a suas condições econômicas, não puderam custear escola na rede particular. A triste premissa do sistema de cotas é a de que a rede pública de ensino fundamental e médio apresenta, em regra, nível de ensino mais fraco e, portanto, os alunos dela oriundos não têm condições de competir em igualdade com os provenientes da rede particular.

Assim, o fator que justifica a discriminação em favor dos alunos da rede pública no vestibular não é, diretamente, a carência econômica, mas terem cursado o ensino médio e fundamental na rede pública. Se estudaram em escolas particulares, mesmo sem nada pagar, por terem conseguido bolsa integral, não se lhes aplica o motivo que levou à adoção do sistema de cotas.

Em face do exposto, dou provimento à apelação da UFU e à remessa oficial, para denegar a segurança.

É como voto.

5. No mais, reafirmo, *in totum*, os fundamentos da decisão agravada.

Pelo exposto, *nego provimento* ao agravo.

É como voto.

Primeira Seção

Numeração única: 337037820054010000

Ação Rescisória 2005.01.00.066431-5/MG

Relatora:	Desembargadora Federal Mônica Sifuentes
Autor:	Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradora:	Dra. Adriana Maia Venturini
Réus:	Maria Arruda Dias e outros
Advogados:	Dr. Marcos André de Almeida e outro
Ré:	Adelaide Peres Moura – Espólio
Advogado:	Dr. André Léo Gelape
Publicação:	e-DJF1 de 02/06/2010, p. 3

Ementa

Constitucional, Previdenciário e Processual Civil. Ação rescisória. Revisão de benefício. Pensão por morte. Elevação do coeficiente de cálculo. Art. 75 da Lei 8.213/1991, com alteração introduzida pela Lei 9.032/1995. Inaplicabilidade. Decisão do plenário do STFs. Violação a dispositivo de lei. Ocorrência. Pedido rescisório procedente.

I. A discussão em exame envolve matéria constitucional (arts. 5º, inciso XXXVI, e 195, § 5º, ambos da CF/1988), o que torna inaplicável na presente hipótese o enunciado da Súmula 343 do STF.

II. A pretensão de revisão do coeficiente de cálculo para 100% do salário de benefício, na hipótese de pensão por morte instituída em período anterior ao da vigência da Lei 8.213/1991, contraria o disposto nos arts. 5º, XXXVI e 195, §5º, ambos da Constituição Federal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

III. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários 415.454/SC e 416.827/SC, entendeu ser inconstitucional a aplicação, às situações pré-existentes, da disposição do art. 75 da Lei 8.213/1991, com a alteração implementada pela Lei 9.032/1995, porquanto o conteúdo nele inscrito só poderia incidir sobre as pensões concedidas a partir da vigência do novel dispositivo legal.

IV. Consagrou-se a aplicação do princípio *tempus regit actum*, segundo o qual os benefícios previdenciários devem ser concedidos de acordo com a lei vigente à época, sob pena de violação ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF/1988).

V. Vislumbra-se, desse modo, que a decisão rescindenda deu à nova redação do art. 75 da Lei 8.213/1991, introduzido pela Lei 9.032/1995, interpretação desarmônica com o Texto Constitucional, pois retroagiu os efeitos da lei em comento em detrimento do ato jurídico perfeito, além de não ter observado a necessidade da correspondente fonte de custeio para criação ou majoração de benefício da seguridade social (art. 195, § 5º, da CF).

VI. Nesse contexto, havendo o ato concessivo da pensão por morte se consumado na vigência da legislação pretérita, tornando-se ato jurídico perfeito protegido pelo art. 5º, XXXVI, da CF, a majoração do coeficiente da pensão para 100%, nos termos estabelecidos pela Lei 9.032/1995, caracteriza ofensa a literal disposição constitucional.

VII. Ação rescisória procedente.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, julgar procedente a ação rescisória.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 18/05/2010.

Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Mônica Sifuentes: — Trata-se de ação rescisória proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social, com pedido de antecipação de tutela, contra Maria Arruda Dias, Maria do Carmo Nogueira de Moraes, Emair Aparecida de Carvalho e o Espólio de Adelaide Peres Moura, objetivando desconstituir o acórdão da Primeira Turma desta Corte (fls. 45/50), que deu provimento à apelação das autoras, assegurando-lhes o direito à revisão do valor da respectiva pensão por morte, com o coeficiente de 100% do valor que seria devido aos ex-segurados instituidores da pensão na data do óbito, nos termos do art. 75 da Lei 8.213/1991, com a redação dada pela Lei 9.032/1995, com consequente pagamento das diferenças daí decorrentes.

Sustenta a autarquia previdenciária que o v. acórdão rescindendo afrontou literalmente o disposto nos arts. 5º, inciso XXXVI, e 195, § 5º, ambos da Constituição Federal, ferindo os princípios constitucionais do ato jurídico perfeito e da necessidade da correspondente fonte de custeio para criação ou majoração de benefício da seguridade social, eis que o benefício de pensão por morte fora concedido às requeridas antes da entrada em vigor da Lei 9.032/1995.

Requer, desse modo, a procedência da presente ação, para rescindir o r. acórdão hostilizado, ensejando

novo julgamento da causa, a fim de que seja julgado improcedente o pedido.

Pedido de antecipação de tutela deferido, para sobrestar a execução do julgado rescindendo (fls. 136).

Citadas, as rés apresentaram contestação e documentos (fls. 151/163), arguindo, preliminarmente, a ausência de violação a literal disposição de lei. No mérito pugnam, em suma, pela improcedência da rescisória.

Tendo em vista o falecimento da ré Adelaide Peres Moura, o INSS providenciou a citação dos herdeiros daquela (fls. 183/192), que apresentaram contestação às fls. 211/219, arguindo, a ausência de violação a literal disposição de lei, assim como o não cabimento da rescisória quando a decisão rescindenda estiver fundamentada em texto de lei, razão pela qual requerem a improcedência da presente ação.

Às fls. 222/223 o INSS requer a intimação do advogado André Leo Gelape, para fins de regularização da representação judicial da Sra. Marília Moura Andrade, o que foi deferido às fls. 225, e devidamente cumprido (fls. 229).

Réplica às fls. 233/244.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela procedência da ação rescisória (fls. 248/252).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Mônica Sifuentes: — Destaco, inicialmente, que o acórdão rescindendo transitou em julgado em 14/04/2005 (fls. 52), tendo sido a presente ação ajuizada em 20/10/2005 (fls. 2), sendo, portanto, tempestiva, por ter sido proposta dentro do biênio legal.

A preliminar de ausência de violação a literal disposição de lei confunde-se com o mérito, e com ele será oportunamente apreciada.

Afasto, contudo, a alegação de não cabimento da presente rescisória, ao argumento de que o acórdão rescindendo está fundamentado em texto de lei de interpretação controvertida nos tribunais, tendo em vista que a discussão em exame envolve matéria constitucional (arts. 5º, inciso XXXVI, e 195, § 5º, ambos da CF/1988), o que torna inaplicável na presente hipótese o enunciado da Súmula 343 do STF (cfls. AR 2007.01.00.050004-3/MG, rel. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (conv.), Corte Especial, e-DJF1 de 09/03/2009).

Passo ao exame do mérito.

Alega o autor a existência de literal violação de dispositivo de lei, suficiente a ensejar a rescisão do acórdão rescindendo, por haver acolhido pretensão em desconformidade ao que preceitua os arts. 5º, inciso XXXVI, e 195, § 5º, ambos da Constituição Federal, ferindo os princípios constitucionais do ato jurídico perfeito e da necessidade da correspondente fonte de custeio para criação ou majoração de benefício da seguridade social.

Analizando detidamente os autos, tenho que assiste razão ao INSS, considerando que, de fato, o v. acórdão hostilizado encontra-se em desarmonia com o texto constitucional, incorrendo em efetiva violação a literal disposição constitucional, consoante restará comprovado.

A matéria posta sob apreciação judicial nos presentes autos refere-se à retroatividade ou não da Lei 9.032/1995, que ao alterar o art. 75 da Lei 8.213/1991, estabeleceu que o valor da pensão por morte corresponderá a uma renda mensal de 100% do salário de benefício. É o que se verifica da leitura do referido dispositivo legal:

Art. 75. O valor mensal da pensão por morte, inclusive a decorrente de acidente do trabalho, consistirá numa renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário de benefício, observado o disposto na Seção III, especialmente no art. 33 desta lei. (Redação dada pela Lei 9.032, de 1995).

Com efeito, considerando a data da concessão dos benefícios das rés, verifica-se que aquela ocorreu sob a égide do Decreto 89.312/1984, que assim preconizava:

Art. 14. O valor da pensão devida ao conjunto dos dependentes é constituído de uma parcela familiar de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria que ele recebia ou a que teria direito se na data de seu falecimento estivesse aposentado, mais tantas parcelas de 10% (dez por cento) do valor da mesma aposentadoria quantos forem os seus dependentes, até o máximo de 5 (cinco).

Assim, de acordo com a sistemática de cálculo vigente à época da concessão da pensão por morte das requeridas, tal benefício era composto de uma cota familiar, correspondente a 50% do valor da aposentadoria, mais cotas de 10% por dependente, até o limite de cinco.

Como advento da Lei 9.032/1995, o entendimento corrente dos tribunais era no sentido de que a referida lei deveria incidir imediatamente sobre as relações jurídicas pré-existentes. Seguindo tal posicionamento, o acórdão hostilizado assegurou às requeridas o direito à revisão do valor da pensão por morte, com reajuste de 100% do salário de contribuição, nos termos do art. 75 da Lei 8.213/1991, com a redação dada pela Lei 9.032/1995.

Ocorre que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários 415.454/SC e 416.827/SC, entendeu ser inconstitucional a aplicação, às situações pré-existentes, da disposição do art. 75 da Lei 8.213/1991, com a alteração implementada pela Lei 9.032/1995, porquanto o conteúdo nele inscrito só poderia incidir sobre as pensões concedidas a partir da vigência do novel dispositivo legal.

Consagrou-se a aplicação do princípio *tempus regit actum*, segundo o qual os benefícios previdenciários devem ser concedidos de acordo com a lei vigente à época, sob pena de violação ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF/1988).

Aliás, o Pleno do STF entendeu, ainda, que ao aplicar a Lei 9.032/1995 aos benefícios concedidos antes de sua promulgação, houve afronta ao disposto no art. 195, § 5º, da CF, que veda a criação, majoração

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Francisco de Assis Betti e os Exmos. Srs. Juizes Federais Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes e Rafael Paulo Soares Pinto (convocados).

ou extensão de benefício da seguridade social sem a correspondente fonte de custeio.

Isso posto, consoante entendimento do Pretório Excelso, o percentual de 100% não poderia ter sido aplicado nos recálculos da renda mensal inicial dos benefícios instituídos anteriormente à edição da Lei 9.032/95, ante a impossibilidade de retroação da norma sobre situações já constituídas.

Ressalte-se, por oportuno, que, em julgado ocorrido em 22/04/2009, o Plenário do c. STF, ao apreciar o RE 597.389/SP, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, acolheu, no mérito, questão de ordem apresentada, para reconhecer a repercussão geral da ofensa aos arts. 5º, inciso XXXVI, e 195, § 5º, ambos da CF/88, decorrente da aplicação retroativa dos efeitos financeiros correspondentes à majoração do coeficiente da pensão por morte para 100%, tal como previsto na Lei 9.032/1995.

Desse modo, na hipótese dos autos, vislumbra-se que a decisão rescindenda deu à nova redação do art. 75 da Lei 8.213/1991, introduzida pela Lei 9.032/1995, interpretação desarmônica com o Texto Constitucional, pois retroagiu os efeitos da lei em comento em detrimento do ato jurídico perfeito, além de não ter observado a necessidade da correspondente fonte de custeio para criação ou majoração de benefício da seguridade social (art. 195, § 5º, da CF).

Este e. Tribunal Regional, ao debruçar sobre o tema em análise, adotou entendimento semelhante ao ora esposado, conforme se depreende dos seguintes arestos:

Ação rescisória. Constitucional. Previdenciário. Processual Civil. Revelia. Art. 320, II, do CPC. Art. 485, V, do CPC. Súmula 343/STFs. Pensão por morte. Percentual de 100%. Ofensa à proteção ao ato jurídico perfeito e à irretroatividade da lei. Violação ao inciso xxxvi do art. 5º e ao § 5º do art. 195, ambos da CF/1988. Inaplicabilidade da Lei 9.032/1995. Precedentes. Impossibilidade de devolução de valores recebidos por força de decisão judicial. Verba de natureza alimentar.

1. Afasta-se a aplicação do enunciado da Súmula nº 343 do STF, por se tratar de matéria constitucional, quando se discute acerca de benefício previdenciário (CF/1988, art. 201, V) e irretroatividade da lei (CF/1988, art. 5º, XXXVI), além de possível violação ao art. 195, § 5º, da CF/1988.

2. Na ação rescisória, por envolver matéria de ordem pública - desconstituição da res judicata, não cabe o reconhecimento dos efeitos próprios à revelia (art. 320, II, do CPC). Precedentes: TRF 1ª Região, AR 2004.01.00.039940-5/MG, rel. Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa; STJ, AR 193/SP, rel. Min. Adhemar Maciel.

3. A extensão do direito à renda mensal de 100% do salário de benefício, instituído pela Lei 9.032/1995, aos benefícios de pensão por morte,

aposentadoria por invalidez e aposentadoria especial concedidos anteriormente à sua vigência (28.04.1995) ofende a proteção constitucional ao ato jurídico perfeito.

4. Entendimento do STF no sentido de que decisão judicial que tenha determinado a revisão para 100% do salário-de-benefício de benefícios anteriores à Lei 9.032/1995 contraria o princípio constitucional que protege o ato jurídico perfeito, além de ofender ao disposto no § 5º do art. 195 da CF/1988, que estabelece que "nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total". Precedentes do STF: RE 420.532/SC, rel. Min. Carmem Lúcia; AI-ED 621.944 / PR, rel. Min. Joaquim Barbosa; RE-Agr 452.687/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa; do STJ: REsp 966.598/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; do TRF/1ª Região: AC 2003.38.03.008657-0/MG, rel. Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva; AC 2005.38.01.000150-0/MG, rel. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (conv.); AC 2002.38.00.021407-9/MG, rel. Juíza Federal Simone dos Santos Lemos Fernandes (conv.).

5. Benefício previdenciário tem sua disciplina na legislação vigente à data da concessão, época do fato gerador do direito e, mesmo se reconhecida fosse a possibilidade de aplicação retroativa de legislação posterior, mais benéfica ao segurado, dela somente se poderia cogitar acaso determinada tal retroação expressamente.

(...) 7. Ação rescisória que se julga parcialmente procedente, para rescindir o acórdão e, no reexame da demanda, dar provimento à remessa oficial e à apelação, para julgar improcedente o pedido de reajuste do benefício de pensão por morte, na forma do art. 75 da Lei 8.213/1991, sem a obrigação de se repetirem eventuais valores percebidos por força da decisão transitada em julgado.

8. Condenação da parte requerida em custas processuais e em honorários de sucumbência, estes fixados em 10% do valor atribuído à causa rescisória.

(AR 2007.01.00.050004-3/MG, rel. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (conv.), Corte Especial, e-DJF1 p. 16 de 09/03/2009)

Previdenciário e Processual Civil. Ação rescisória. Art. 485, V, do Código de Processo Civil. Alegação de ofensa ao princípio do ato jurídico perfeito, ao art. 195, §5º, da Constituição Federal, e, ao art. 75 da Lei 8.213/1991, vigente à época da concessão do benefício. Pensão por morte. Majoração. Percentual de 100% da aposentadoria do instituidor. Aplicação da Lei 9.032/1995. Pensão concedida anteriormente à vigência da lei instituidora do reajuste. Retroatividade. Não cabimento. Pedido rescisório procedente em parte. Devolução dos valores auferidos por força da decisão rescindenda. Improcedência. Verba de natureza alimentar, de valor irrisório.

I. É incabível a aplicação do reajuste no percentual de 100% à pensão por morte concedida antes da entrada em vigor da Lei 9.032, de 28 de abril de 1995, instituidora do reajuste. Precedente

da 1ª Turma (AC 2002.01.00.037817-1/MG, 1ª Turma, rel. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves).

II. Não havendo disposição expressa acerca do efeito retroativo, a aplicação de lei nova ao benefício concedido anteriormente à sua vigência configura ofensa à garantia do ato jurídico perfeito (RE 108.410/RS, 1ª Turma, rel. Min. Rafael Mayer).

III. O direito ao benefício previdenciário de pensão por morte inicia-se com o surgimento do respectivo fato gerador, qual seja, o óbito do instituidor, em cujo momento deverão ser analisadas as condições legais para a concessão, segundo a legislação vigente à época. Precedente (AC 1999.37.00.003939-5/MA, rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves).

IV. Os proventos de pensão recebidos pela segurada, verba de natureza alimentar de valor irrisório, não ensejam repetição.

V. Pedido rescisório que se julga procedente em parte para rescindir o acórdão prolatado pela Primeira Turma desta Corte no julgamento da AC 2004.01.99.051547-7/MG, e, em reexame da demanda, dar provimento à remessa oficial e à AC 2004.01.99.051547-7/MG para julgar-se improcedente o pedido inicial de reajuste do benefício de pensão por morte na forma do art. 75 da Lei 8.213/1991.

VI. Requerida na ação rescisória condenada ao pagamento de verba honorária da sucumbência

no percentual de 10% sobre o valor atribuído à causa rescisória. Sem custas.

(AR 2007.01.00.019945-6/MG, rel. Des. Federal José Amílcar Machado, Primeira Seção, e-DJF1 p. 144 de 09/06/2008.)

Nesse contexto, havendo o ato concessivo da pensão por morte se consumado na vigência da legislação pretérita, tornando-se ato jurídico perfeito protegido pelo art. 5º, XXXVI, da CF, a majoração do coeficiente da pensão para 100%, nos termos estabelecidos pela Lei 9.032/1995, caracteriza ofensa a literal disposição constitucional.

Ante o exposto, julgo procedente a ação rescisória, para rescindir o acórdão proferido pela Primeira Turma deste Tribunal na AC 2003.38.00.057679-5/MG, e proferindo novo julgamento, nego provimento à apelação interposta, mantendo a sentença de 1º grau prolatada nos autos da ação originária, que julgou improcedente o pedido inicial.

Condeno a parte ré ao pagamento dos honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento), *pro rata*, sobre o valor da causa.

É o voto.

Segunda Seção

Numeração única: 0019481-66.2009.4.01.0000

Agravo Regimental na Ação Rescisória 2009.01.00.019587-4/PA

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz
Autor: Vitor Hugo da Paixão Melo
Advogado: Dr. Luiz Esteves Santos Assunção
Réu: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Tiago Modesto Rabelo
Réu: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Inbra
Procurador: Dr. Valdez Adriani Farias
Litis. Passivo: Hamilton Antônio de Araújo
Litis. Passivo: Marplan Projetos de Topografia e Construções Ltda.
Litis. Passivo: Associação Agropastoril do PA dos Bandeirantes
Publicação: e-DJF1 de 14/06/2010, p. 34

Ementa

Processual Civil. Declaração de nulidade de citação por edital. Publicação no Diário Eletrônico da Justiça – DJE. Impedido porque ultrapassado o prazo. Inciso III do art. 232 do CPC.

I. O inciso III do art. 232 do CPC prevê que são requisitos da citação por edital: (...) a publicação do edital no prazo máximo de 15 (quinze) dias, uma vez no órgão oficial e pelo menos duas vezes em jornal local, onde houver; (...).

II. Essa norma é de ordem pública. É impossível proceder-se à publicação no *Diário Eletrônico da Justiça* dentro do prazo legal máximo de quinze dias, considerando que só houve a comunicação à Coordenadoria da Corte Especial e Seções quando já ultrapassado o prazo de quinze dias.

III. Agravo regimental improvido.

Acórdão

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

2ª Seção do TRF 1ª Região – 02/06/2010.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Trata-se de agravo regimental interposto contra a seguinte decisão:

Para deliberação de fls. 1087 onde se lê:

‘Victor Hugo da Paixão Melo, nos autos da ação rescisória que move contra o Ministério Público Federal e outros, em curso nesse juízo, por seu advogado que esta subscreve, vem à presença de Vossa Excelência, requerer a prorrogação do prazo para publicação no edital de citação na imprensa oficial, porquanto surpreendido o autor por informação obtida junto à Secretaria da Corte Especial de que, embora eletrônica o atual *DJ-e*, os editais para publicação na imprensa oficial devem ser encaminhados pelo próprio autor.

Informa, por oportuno, que o referido edital, já se acha devidamente publicado em jornais locais, conforme publicações já juntadas aos autos.’

Observo nas fls. 1084 certidão do seguinte teor:

‘Certifico que não foi encaminhado pelo autor o comprovante da publicação no órgão oficial do Edital de fl. 1080, para fins de citação dos litisconsortes, nos termos do art. 232, III, do CPC.

Coordenadoria da Corte Especial e Seções, em 24 de março de 2010.’

Observo ainda, nas fls. 1088, certidão, onde consta:

‘Certifico, em cumprimento ao r. despacho de fls. 1085, tendo em conta as publicações feitas às fls. 1083/1083-A e o aviso de recebimento juntado em 19/02/2010 no verso do ofício de fl. 1079, que no dia 24/03/2010, decorreu o prazo assinado no r. despacho de fls. 1008 c/c a r. decisão de fls. 1072/1073, sem manifestação; certifico, ainda, que até a presente data o requerente não juntou aos autos cópia do comprovante de publicação do edital no órgão oficial, nos termos do art. 232, III, do CPC.

Brasília, 27 de abril de 2010.’

A Procuradoria Regional da República manifestou-se nas fls. 1092/1093 pela extinção do processo, sem apreciação de mérito.

Decido.

Dispõe o art. 232 do Código de Processo Civil:

‘Art. 232. São requisitos da citação por edital:

I - a afirmação do autor, ou a certidão do oficial, quanto às circunstâncias previstas nos ns. I e II do artigo antecedente;

II - a afixação do edital, na sede do juízo, certificada pelo escrivão;

III - a publicação do edital no prazo máximo de 15 (quinze) dias, uma vez no órgão oficial e pelo menos duas vezes em jornal local, onde houver;

IV - a determinação, pelo juiz, do prazo, que variará entre 20 (vinte) e 60 (sessenta) dias, correndo da data da primeira publicação;

V - a advertência a que se refere o art. 285, segunda parte, se o litígio versar sobre direitos disponíveis.

§ 1º Juntar-se-á aos autos um exemplar de cada publicação, bem como do anúncio, de que trata o nº II deste artigo.

§ 2º A publicação do edital será feita apenas no órgão oficial quando a parte for beneficiária da Assistência Judiciária.’

Verificando, diante do relatado, que o autor não cumpriu o requisito do inciso III (a publicação do edital no prazo máximo de quinze dias, uma vez no órgão oficial e pelo menos duas vezes em jornal local onde houver), declaro nula a citação por edital, facultando ao autor requerer o que pertinente, no prazo da lei. (fls. 1095/1096).

Sustenta o agravante que não houve a publicação tempestiva dos editais na imprensa oficial por razões alheias à sua vontade. Afirma que a Imprensa Nacional estabeleceu requisitos para as publicações e que esses preveem o cadastramento e certificação no sistema, tal como definido na Portaria 268, de 5 de outubro de 2009. Assevera, então que *tais restrições impedem a parte ou ao advogado faça a transmissão pessoal, sendo a atribuição um encargo impossível de ser atendido, situação, aliás, fruto de expressa diligência feita pelo*

patrono do Autor diretamente na Imprensa Nacional (fls. 1098).

Entende que a Corte Especial é que deveria intimar o autor para o recolhimento das despesas com a publicação. Não poderia o autor ser prejudicado porque já não há prazo para o ingresso de nova ação rescisória.

Pede, entretanto, que *ainda que assim não entenda Vossa Excelência, o que se admite a título de mera argumentação, a ausência da publicação do edital de citação e sua declaração de nulidade, conquanto impeça, em tese, a apreciação da demanda sob o prisma da rescisão da decisão judicial originária, não impede, por outro lado, a apreciação da nulidade da citação ocorrida na ação de improbidade (querela nullitatis) e sustentada na ação rescisória (...)* (fls. 1099).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Em face do quanto certificado às fls. 1084 e 1088, declarei a nulidade da citação editalícia, haja vista a não observância do requisito do inciso III do art. 232 do CPC, isto é a publicação, no prazo máximo de quinze dias, uma vez no órgão oficial e pelo menos duas vezes em jornal local onde houver.

Alega o agravante que não foi possível realizar a publicação em órgão oficial por razões alheias à sua vontade e junta documento da Imprensa Oficial sobre a necessidade de cadastramento dos usuários.

Ora, a publicação poderia ser realizada pela Coordenadoria da Corte Especial e Seções. Ocorre que o prazo legalmente previsto entre a primeira e a última publicação, nos termos do art. 232, inciso III, do CPC, não seria cumprido porque a primeira publicação ocorreu no dia 6 de fevereiro e a comunicação foi realizada no dia 25 de fevereiro.

Neste sentido, vale transcrever nota ao mencionado inciso e artigo, constante do Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Theotônio Negrão, 36ª ed., p. 312, a saber:

Art. 232:6. É nula a citação por edital se as três publicações não forem feitas em 15 dias, contados da primeira publicação (RT 616/1999).

Não se mostra possível, por outro lado, a dispensa da intimação dos litisconsortes para que seja apreciada a questão relativa à nulidade da citação na ação de improbidade.

Por essa razão, mantenho a decisão agravada e nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais I'talo Fioravanti Sabo Mendes e Mário César Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Federal Guilherme Döhler (convocado).

Terceira Seção

Numeração única 0043877-15.2006.4.01.0000

Ação Rescisória 2006.01.00.043627-0/MG

Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida
Autora: Maria Cledimar Santos Silva e outra
Advogada: Dra. Ivana Trindade Costa
Ré: Caixa Economica Federal – CEF
Advogados: Dr. Ubiraci Moreira Lisboa e outros
Publicação: e-DJF1 05/07/2010, p. 15

Ementa

Processual Civil. Ação rescisória. Sentença integrada por outra proferida após a oposição de embargos de declaração. Manifestação expressa sobre documento tido por ignorado. Ausência de erro de fato e de violação a literal disposição de lei. Improcedência da rescisória.

I. Ação rescisória proposta contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido das autoras concedendo-lhes indenização menor do que pretendiam. Na ação originária, as requerentes pleitearam a condenação da CEF ao pagamento do valor correspondente à metade dos valores sacados por correntista (ex-cônjuge da primeira autora e genitor da segunda) de sua conta vinculada ao FGTS em desobediência a acordo firmado em ação de separação judicial.

II. Providos os embargos de declaração fundados em omissão, a primeira sentença é completada pela decisão de acolhimento dos embargos, que passa a integrá-la. A sentença que as autoras impugnam sob a alegação de violação a literal disposição de lei é a primeira proferida, que foi integrada pela segunda. Esta dispôs expressamente sobre o documento tido por ignorado pelas autoras e não ofendeu qualquer dispositivo legal.

III. Como medida excepcional que é, eis que atinge a segurança e estabilidade das decisões judiciais, a ação rescisória não tem o seu manejo autorizado pelo simples inconformismo das partes, ou para corrigir alegada injustiça da sentença, ou, ainda, para exercer função típica dos recursos. Não caracterizada a ocorrência de violação a literal disposição de lei ou de erro de fato. “A ação rescisória não se presta para a correção de injustiça da sentença nem para reexame da prova” (RT/ 541/236)

IV. Ação rescisória cujo pedido é julgado improcedente.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, julgar improcedente o pedido formulado na ação rescisória.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 22/06/2010.

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida:
— Trata-se de ação rescisória ajuizada por Maria Cleidimar Santos Silva e Joyce Mayra Magela objetivando desconstituir sentença proferida em sede de ação ordinária (2005.38.00.005575-9) que julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a CEF a pagar às autoras, a título de indenização, o valor de R\$ 448,50 (quatrocentos e quarenta e oito reais e cinquenta centavos) *corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora a 1% ao mês a partir de 12/01/2004, data do evento danoso...* (fls. 115/118 e 128/9).

As requerentes ajuizaram ação ordinária contra a CEF pleiteando sua condenação ao pagamento do valor correspondente à metade dos valores sacados por Mário Hermann da Silva (ex-cônjuge da primeira autora e genitor da segunda) de sua conta vinculada ao FGTS.

Relatam que, em face de acordo firmado em ação de separação judicial, têm direito à metade do referido saldo, mas a ré, mesmo intimada a bloquear o respectivo montante, permitiu seu levantamento integral.

Afirmam que, com a inicial da ação originária, além da metade do valor do saldo, pleitearam o pagamento de metade da terceira parcela dos expurgos

inflacionário do FGTS que seriam pagos, tendo a CEF, mais uma vez, efetivado o pagamento integral da parcela;

Acrescentam que na ação originária juntaram documento no qual teriam comprovado que a empresa empregadora – Companhia Vale do Rio Doce – comunicava à CEF, por telex, que procedesse aos referidos bloqueios.

Sustentam que a sentença incidiu no disposto no art. 485 do CPC, incisos V (violar literal disposição de lei) e IX (fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa). Ofendeu o inciso V ao ignorar os arts. 374 e 375 do CPC e ofendeu o inciso IX ao considerar *inexistente um fato efetivamente ocorrido, que seja, o documento acostado (...), um telefax, devidamente recebido pela CEF...* (fls. 7).

Pedem, ao fim, a procedência da ação.

O pedido de gratuidade judiciária foi deferido às fls. 140.

A CEF apresentou contestação arguindo preliminar de ilegitimidade passiva. No mérito, sustenta que as autoras estão utilizando a rescisória como recurso. Afirmam que a sentença *não disse que não aceitaria o documento questionado pela autora como meio de prova, apenas consignou que ele não prova o recebimento por parte da CEF* (fls. 148).

Acrescenta que não houve literal violação a dispositivo legal nem tampouco erro de fato caracterizado.

Aduz que não cabe à CEF bloquear saldo de FGTS de trabalhador mediante qualquer documento informal, mas somente com determinação judicial ou com declaração expressa e espontânea do titular da conta. Pugna, ao fim, pela improcedência do pedido.

Réplica, fls. 157/161.

O pedido de produção de prova documental foi indeferido, fls. 170.

Alegações finais das autoras, fls. 174/7.

O Ministério Público Federal devolveu os autos sem manifestação, fls. 181/2.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida:
— A preliminar de ilegitimidade passiva da CEF não merece deferimento. Ao contrário do alegado, a presente ação, tal como a originária, não discute a conduta da empresa Vale do Rio Doce e sim a da CEFs. Sua posição de ré na presente rescisória é decorrência natural do fato de que aquela empresa pública figurou no polo passivo da ação originária, sem contestar tal situação.

No mérito, observo que as autoras impugnam sentença que julgou parcialmente procedente seus pedidos na ação originária, concedendo-lhes indenização menor do que pretendiam.

Alegam que o *decisum* incidiu em ofensa ao inciso V do art. 485 CPC ao ignorar os arts. 374 e 375 do mesmo código:

Art. 374. O telegrama, o radiograma e ou qualquer outro meio de transmissão tem a mesma força probatória do documento particular, se o original constante da estação expedidora foi assinado pelo remetente.

Art. 375. O telegrama ou o radiograma presume-se conforme com o original, provando a data de sua expedição e do recebimento pelo destinatário.

Afirmam ainda que a sentença incidiu em erro de fato (CPC, art. 485, inciso IX), ao considerar *inexistente um fato efetivamente ocorrido, que seja, o documento*

acostado (...), um telefax, devidamente recebido pela CEF... (fls. 7)

A leitura das cópias dos autos originários, no entanto, não corrobora com a tese autoral. Foram proferidas duas sentenças. Na primeira, fls. 115/118, o juiz *a quo* julgou improcedente o pedido com a seguinte fundamentação:

a) o ponto essencial da demanda *consiste no fato de a CEF ter ou não sido intimada a tempo acerca da determinação judicial de bloqueio da conta;*

b) trata-se de fato controvertido, pois as autoras afirmam que a CEF foi devidamente informada do *decisum* e a empresa pública alega que não o foi;

c) a Companhia Vale do Rio Doce teria comunicado à CEF a determinação de bloqueio da conta vinculada de seu funcionário, cônjuge da primeira autora por meio de fax;

d) não há, nos autos, comprovante de recebimento de fax por parte de algum preposto da CEF.

Posteriormente, provocado por meio de embargos de declaração, o magistrado de primeiro grau proferiu nova sentença, fls. 128/9 reconhecendo contradição/omissão e julgou parcialmente procedente o pedido com a seguinte argumentação:

a) há, de fato, documento nos autos comprovando que a CEF teve ciência da ordem de bloqueio em 06/01/2004, mas mesmo assim a empresa liberou a terceira parcela dos expurgos em 12/01/2004;

b) a própria ré admite que a sua agência em Itabira/MG foi comunicada acerca da ordem em 06/01/2004 mas não a cumpriu por limitações operacionais em seus sistemas de dados;

c) considerando que só restou provado que a ordem de bloqueio chegou à agência antes da liberação da terceira parcela, a CEF não pode responder pela liberação integral das primeira e segundas parcelas;

d) o valor do prejuízo corresponde, tão somente à metade da terceira parcela paga em 12/01/2004, ou seja, R\$ 448,50 (quatrocentos e quarenta e oito reais e cinquenta centavos) *corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora a 1% ao mês a partir de 12/01/2004, data do evento danoso....* .

Providos os embargos de declaração fundados em omissão, a primeira sentença é completada pela

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria Isabel Gallotti, Carlos Moreira Alves, Daniel Paes Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Federal Renato Martin Prates (convocado).

decisão de acolhimento dos embargos, que passa a integrá-la.¹

Na verdade, a sentença que as autoras impugnam sob a alegação de violação a literal disposição de lei é a primeira proferida, que foi integrada pela segunda. Esta dispôs expressamente sobre o documento tido por ignorado pelas autoras.

Não há, pois, que se falar em erro de fato, porque a questão foi vislumbrada e solucionada pelo Juízo a quo.

Como se sabe, o erro de fato ocorre quando a sentença admite fato inexistente ou quando considera inexistente fato que ocorreu. Supõe fato suscitado e não resolvido, ou seja, não pode ter sido objeto de controvérsia nem valorado judicialmente no processo originário (§ 1º, inciso IX, art. 485 do CPC).

Igualmente, não caracterizada a ofensa aos citados arts. 374 e 375 do CPC pois não se comprovou a alegada falta de valoração, por parte da sentença, do fax recebido pela CEFIs.

A ação rescisória é ação constitutiva negativa, que tem por escopo a desconstituição da coisa julgada material e, sendo o caso, o novo julgamento da causa. Por atacar a coisa julgada, cuja autoridade tem status constitucional, só pode ser admitida nas hipóteses elencadas no art. 485 do Código de Processo Civil. Esse rol é taxativo, não admitindo ampliação por interpretação analógica ou extensiva.

Pelas razões esposadas na inicial não é possível enquadrar a irrisignação das autoras em nenhuma das hipóteses legais. Sendo, como é, medida excepcional, eis que atinge a segurança e estabilidade das decisões judiciais, a ação rescisória não tem o seu manejo autorizado pelo simples inconformismo das partes, ou para corrigir alegada injustiça da sentença, ou, ainda, para exercer função típica dos recursos.

Não é outro o entendimento do Supremo Tribunal Federal, confira-se:

Ação rescisória. Reexame do acórdão rescindendo.

¹ Conforme a lição de Nelson Nery Junior *in Código de Processo Civil Comentado*, 11ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, p. 947.

Não se presta a ação rescisória ao reexame puro e simples do que foi apreciado pela decisão rescindenda, como se se tratasse de uma nova instância.

Ação rescisória julgada improcedente.

(STF, AR 1121/SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Rafael Mayer, DJ de 06/04/1984, p. 5099)

Seguindo a orientação da Suprema Corte, assim se manifestou esta Corte Regional:

Processual Civil. Administrativo. Ação rescisória. Concurso público. Inépcia da inicial. Ausência de indicação do dispositivo do art. 485 do CPC violado pela sentença rescindenda. Sentença julgou improcedente o pedido que visava à nomeação dos autores para o cargo de auditor-fiscal do trabalho. Impossibilidade de utilização do instituto como sucedâneo recursal.

I. É inepta a petição inicial de ação rescisória que não indica qual dispositivo do art. 485 do CPC foi violado pela sentença rescindenda, limitando-se a alegar a divergência do dispositivo da sentença rescindenda com julgamentos proferidos por esta Corte Regional sobre o tema.

II. A ação rescisória não possui caráter de reexame, pois tem por finalidade a alteração de um estado jurídico alcançado pela autoridade da coisa julgada. Não se presta a exercer as funções de recurso de apelação que embora tenha sido interposto, não foi recebido pelo MM. Juízo a quo, por intempestividade.

(...)

V. Petição inicial indeferida. Processo extinto, sem julgamento do mérito.

(AR 2002.01.00.034379-3/MG, Terceira Seção, rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, DJ de 10/11/2005, p. 2)

Acrescento ainda que a ação rescisória não se presta para a correção de injustiça da sentença nem para reexame da prova (RT/ 541/236)

Na hipótese dos autos, o mero inconformismo das autoras com o resultado do julgado rescindendo não autoriza a propositura a ação.

Pelo exposto, julgo improcedente a ação rescisória.

É como voto.

Quarta Seção

Numeração única: 0029341-67.2004.4.01.0000

Agravo Regimental em Ação Rescisória 2004.01.00.045085-3/BA

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca
Autor: José Carvalho Ramos e outros
Advogado: Dr. Ciro Ceccatto
Ré: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
Agravantes: José Carvalho Ramos e outros
Agravado: Decisão de fls. 433/436
Publicação: e-DJF1 de 07/06/2010, p. 139

Ementa

Processual Civil. Agravo regimental. Ação rescisória. Execução de honorários. Exceção de pré-executividade. Apresentação de planilha de cálculos. Valor irrisório. Impossibilidade de extinção da ação de ofício. Gratuidade de justiça. Efeitos prospectivos. Recurso não provido.

I. A ausência de planilha, no caso, não impõe obstáculo à identificação do valor do débito, uma vez que a condenação foi em valor certo, devendo este valor ser atualizado pela tabela de correção monetária da Justiça Federal. Ademais, em petição juntada às fls. 427, a Fazenda apresentou o espelho de cálculo do valor atualizado do débito.

II. A aplicação do §2º do art. 20 da Lei 10.522/2002, é uma faculdade conferida, tão somente, à Fazenda Pública, que mediante requerimento do Procurador autoriza a extinção da demanda executória. No caso destes autos, o procurador da Fazenda Nacional demonstra, explicitamente, seu interesse no prosseguimento do feito.

III. Embora possa, a qualquer tempo, ser deferido o pedido de gratuidade de justiça, sua eficácia é somente para o futuro, não sendo hábil a liberar a parte do pagamento de honorários originados de processo já transitado em julgado, caso dos autos, em que a parte busca não arcar, também, com a condenação nos honorários de sucumbência, em sede de ação rescisória, com decisão transitada em julgado.

IV. Agravo regimental a que se nega provimento.

Acórdão

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

4ª Seção do TRF 1ª Região – 26/05/2010.

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — Trata-se de agravo regimental interposto por José Carvalho Ramos e outros contra decisão de minha lavra que acolheu parcialmente a exceção de pré-executividade, tão somente, para conceder o benefício da assistência judiciária com efeitos *ex nunc*, ou seja, relativamente ao processo de execução e a exceção de pré-executividade.

A exceção de pré-executividade foi oposta nos autos da execução de honorários de sucumbência, movida pela Fazenda Nacional, originada da Ação Rescisória 2004.01.00.045085-3/BA.

Os excipientes, inicialmente, alegaram que a execução deve ser extinta ao argumento de que o pedido de fls. 386/387 não cumpre os requisitos do art. 475-B do Código de Processo Civil (CPC), uma vez que a Fazenda Nacional não apresentou planilha de cálculos dos valores que entendem devidos, limitando-

se a pedir o depósito referente à condenação da verba honorária, arbitrada em R\$ 300,00 (trezentos reais) *per capita*, a ser atualizado desde 23/11/2005.

Ainda, acrescentam que o valor a ser executado por autor (R\$ 300,00), mesmo se for corrigido, é inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), o que atrai a aplicação do §2º do art. 20 da Lei 10.522/2002, com redação dada pela Lei 11.033/2004.

Ao final, requerem a concessão dos benefícios da assistência judiciária (Lei 1.060/1950) e, conseqüentemente, a liberação do pagamento dos referidos honorários de sucumbência. Afirmam serem aposentados, cuja renda se restringe à aposentadoria, encontrando-se em situação econômico-financeira que não lhes permite arcar com o pagamento dos referidos honorários de sucumbência sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família.

Em sede de agravo regimental, os excipientes reiteram os argumentos lançados na exceção de pré-executividade, especialmente quanto ao pedido de fls. 386/387, reafirmando que ele não cumpre os requisitos do art. 475-B do CPC.

Sustenta que a juntada de cálculos posteriores, dos quais sequer tiveram vistas, não é fundamento suficiente para presumir a regularidade da execução, tendo em vista que a petição inicial de execução, uma vez já ocorrida a citação, apenas poderia ser levada a efeito com expressa concordância dos executados (art. 294 do CPC), o que afirma que não ocorreu.

Requer, ao final, o provimento do agravo regimental para que seja declarada extinta a execução.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — Em que pese a r. linha de argumentação desenvolvida no agravo regimental, ora em exame, restou íntegra, *data venia*, a fundamentação da decisão agravada, que ora transcrevo, *verbis*:

(....)

2. De plano, entendo que os argumentos referentes à nulidade da execução, por não ter sido apresentada a planilha de cálculo pelos excipientes

não merecem trânsito. A ausência de planilha, no caso, não impõe obstáculo a identificação do valor do débito, uma vez que a condenação foi em valor certo, devendo este valor ser atualizado pela tabela de correção monetária da Justiça Federal. Ademais, em petição juntada às fls. 427, a Fazenda apresenta o espelho de cálculo do valor atualizado do débito.

3. Quanto à alegação de que o valor executado é ínfimo, o que atrai a aplicação do §2º do art. 20 da Lei 10.522/2002, esclareço que esta é uma faculdade conferida, tão somente, à Fazenda Pública, que mediante requerimento do Procurador autoriza a extinção da demanda executória. No caso, entretanto, às fls. 427, o Procurador da Fazenda Nacional demonstra, explicitamente, seu interesse no prosseguimento do feito.

Ademais, jurisprudência deste Tribunal, no tópico, consolidou a orientação de que não cabe ao magistrado extinguir de ofício as execuções de honorários advocatícios devidos à Fazenda Nacional de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (um mil reais), nesse sentido trago à colação os seguintes julgados:

Processual Civil. Execução de título judicial. Extinção de ofício. Impossibilidade. Valor irrisório.

I. A norma do art. 20, § 2º, da Lei 10.522/2002 não se aplica às execuções de honorários advocatícios embasadas em título judicial, como no caso em exame, mas tão somente às execuções fiscais. Precedentes do STJ.

II. Não cabe ao juiz suspender a execução de sentença, sob argumento de ser ínfimo o valor dos ônus da sucumbência, uma vez que a cobrança das parcelas de pequeno valor não afasta o interesse processual do credor em receber o valor que lhe é devido.

III. Apelação a que se dá provimento para anular a sentença extintiva e determinar o regular prosseguimento da execução.

(AC 2004.39.00.009068-3/PA, rel. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, e-DJF1 de 21/09/2009, p. 351).

Processual Civil e Administrativo. Execução. Título judicial. Valor ínfimo. Extinção de ofício. Impossibilidade.

I. Cabe ao ente público aferir o interesse a conveniência em executar seus créditos, não devendo o magistrado imiscuir-se no juízo de valor relativamente à existência de interesse na execução de valores fixados no título judicial.

II. A Lei 10.522/2002, com redação da Lei 11.033/2004, prevê a extinção de execuções de honorários advocatícios devidos à Fazenda Nacional de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (um mil reais) relativamente às execuções fiscais, não às execuções de título judicial.

III. Apelação provida.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves e Luciano Tolentino Amaral e os Exmos. Srs. Juizes Federais Charles Renaud Frazão de Moraes e Cleberson José Rocha (convocados).

(AC 2006.39.00.003337-9/PA, rel. Des. Federal Carlos Olavo, e-DJF1 de 10/11/2009, p. 31)

Processual Civil. Execução de título judicial. Honorários. Valor irrisório. Extinção de ofício. Lei 9.469/1997.

I. Descabe a extinção, de ofício, com base na Lei 9.469/1997, de execução de título judicial proposta pela Fazenda Nacional para cobrança de verba honorária, ainda que de pequeno valor, uma vez que referida lei conferiu apenas uma faculdade às pessoas indicadas no seu art. 1º.

II. Apelação provida.

(AC 2003.38.00.003172-1/MG, rel. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva, Sétima Turma, DJ p. 138 de 23/11/2007)

Processual Civil. Execução de título judicial. Honorários de sucumbência. Art. 1º da Lei 9.649/1997. Valor irrisório. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Impossibilidade.

I. Consoante o disposto no art. 583 do CPC, sendo o débito exequendo resultante de título executivo judicial, independentemente do valor, é instrumento hábil à execução da sentença.

II. O art. 1º da Lei 9.469/1997 apenas autoriza a União, as autarquias, fundações e empresas públicas federais a requererem a extinção de ações em curso nos valores e condições ali estabelecidas, não havendo nenhuma menção sobre a possibilidade de o juiz, nessas situações, extinguir, de ofício, a execução, por reconhecer a ausência de interesse de agir do exequente.

III. Apelação a que se dá provimento para que se prossiga na execução.

(AC 2003.34.00.015663-0/DF, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, Sexta Turma, DJ p. 91 de 05/06/2006)

IV. Por outro lado, quanto ao pedido de concessão de benefício da assistência judiciária, o art. 4º e seu § 1º, da Lei 1.060, de 05/02/1950, com redação dada pela Lei 7.510, de 04/07/1986, assim dispõe:

“Art. 4º A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

§ 1º Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta Lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.”

Depreende-se dos dispositivos de lei que regem a matéria, que a simples afirmação de insuficiência de recursos para arcar com as despesas processuais sem prejuízo do sustento próprio ou

de sua família, autoriza a concessão do referido benefício, podendo ser requerida a qualquer tempo.

Ademais, a declaração de pobreza firmada pela parte ou por seu representante legal, presume-se verdadeira. É o que determina o art. 1º da Lei 7.115, de 29/08/1983, *in verbis*:

“A declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes, quando firmada pelo próprio interessado ou por procurador bastante, e sob as penas da lei, presume-se verdadeira”.

Cabe, portanto, à parte adversa, a prova contrária.”

Neste particular, afigura-se-me própria a lição do eminente Min. Maurício Corrêa, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 136910/RS:

“A declaração de insuficiência de recursos é documento hábil para o deferimento do benefício da assistência judiciária gratuita, mormente quando não impugnada pela parte contrária, a quem cumpre o ônus da prova capaz de desconstituir o direito postulado.” (AGRAG 136910/RS, rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJ 22/09/1995).

Embora possa, a qualquer tempo, ser deferido o pedido de gratuidade de justiça, sua eficácia é somente para o futuro, não sendo hábil a liberar a parte do pagamento de honorários originados de processo já transitado em julgado, caso dos autos, em que a parte busca não arcar, também, com a condenação nos honorários de sucumbência, em sede de ação rescisória já transitada em julgado.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado:

Processual Civil. Embargos do devedor. Deferimento de assistência judiciária gratuita. Efeitos ex nunc. Alegação de excesso de execução. Multa por ocupação irregular. Dilação de prazo de desocupação do imóvel funcional.

I. Já decidi este Tribunal que “o benefício da justiça gratuita, previsto no art. 12 da Lei 1.060/1950, pode ser concedido em qualquer tempo e fase do processo, entretanto surtirá efeitos *ex nunc*, não alcançando atos e fatos pretéritos” (AG 94.01.18134-9/MG).

II. A dilação do prazo de desocupação por 30 (trinta) dias não tem o caráter de tornar regular a ocupação do imóvel e desonerar o ocupante do pagamento de multa.

III. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “a multa pela ocupação irregular equivale a dez vezes a taxa de ocupação, calculada sobre 30% do soldo, não podendo ultrapassar o valor do soldo”.

IV. O cotejo dos documentos acostados aos autos não demonstra que tenha havido desrespeito ao limite legal.

V. Apelação a que se nega provimento.

(AC 1997.34.00.091316-6/DF, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1 p. 98 de 22/05/2009)

Com tais considerações, acolho parcialmente a exceção de pré-executividade, tão somente, para conceder o benefício da assistência judiciária com efeitos *ex nunc*, ou seja, relativamente ao processo de execução e a exceção de pré-executividade.

Condeno os autores no pagamento da verba honorária, que fixo em R\$ 50,00 (cinquenta reais), por

autor, a qual ficará suspensa, enquanto a situação de pobreza perdurar, pelo prazo de cinco anos, quando a obrigação estará prescrita, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/1950.

Expeça-se, pois, carta de ordem para realização de penhora e demais atos executórios.

Não tendo a agravante apresentado argumentos hábeis a afastar os fundamentos da decisão atacada, nego provimento ao agravo regimental, para manter a decisão agravada.

É o voto.

Primeira Turma

Numeração única: 0014218-70.2007.4.01.3800

Apelação e Reexame Necessário 2007.38.00.014391-1/MG

Relator: Juiz Federal Antônio Francisco do Nascimento (convocado)
 Apelante: Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Apelado: A.E.C.D.
 Advogados: Dra. Maria Emília Mitre Haddad e outro
 Remetente: Juízo Federal da 20ª Vara/MG
 Publicação: e-DJF1 de 1º/06/2010, pp. 68/69

Ementa

Constitucional e Administrativo. Servidor público. Pensão vitalícia. União homoafetiva. Comprovação. Valores e princípios constitucionais. Dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da não discriminação. Direitos fundamentais. Proteção do Estado. Tratamento jurídico. Analogia. Judicialização. Interpretação sistêmica do ordenamento jurídico. Estado democrático. Princípios e objetivos da República. Art. 217, inciso I, c, da Lei 8.112/1990. Sentença mantida.

I. Tem lugar a judicialização dos fatos da vida para solução judicial de pretensão quando não reconhecido expressamente no ordenamento jurídico o direito demandado, desde que a proteção jurídica exigida do Estado decorra do exame dos valores e princípios constitucionais sob os auspícios da interpretação sistêmica, máxime em se tratando de medida quanto à garantia constitucional dos direitos fundamentais.

II. A proteção do direito fundamental da relação homoafetiva para os efeitos previdenciários tem como justificativa o Estado Democrático, instituído com o propósito de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, assim consagrada na CF/1988 (Preâmbulo), bem assim o princípio republicano da cidadania e da dignidade da pessoa humana, tendo como objetivo fundamental construir uma sociedade justa, livre e solidária, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF/1988: arts. 1º e 2º)

III. Aplica-se a interpretação sistêmica da Constituição e os critérios de integração pela analogia, para ao final reconhecer a relação homoafetiva, e entregar a tutela jurídica de proteção, fundado no mesmo tratamento jurídico do art. 217, inciso I, c da Lei 8.112/1990, para os efeitos da pensão vitalícia estatutária.

IV. Na ausência de norma específica no ordenamento jurídico regulando a relação homoafetiva entre casais do mesmo sexo para os efeitos previdenciários, aplica-se o direito à luz de diversos preceitos constitucionais

e não apenas atendo-se à interpretação literal do art. 226, §3º, da Constituição Federal, que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo *Da Família*, sendo certo que não houve de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do Direito Previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito (STJ, REsp 395904, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 06/02/2006).

V. A decisão de origem encontra-se em consonância com a interpretação jurisprudencial contemporânea a respeito da matéria, no sentido da aplicação, na espécie, de diversos preceitos constitucionais, como da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); da igualdade, da liberdade (art. 5º, *caput*); da não discriminação (art. 3º, § 4º) (TRF – 4ª Reg., Agravo de Instrumento 200604000267110/PR, rel. Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, DJU de 18/04/2007; Agravo de Instrumento 200404010493160/RS, rel. Des. Federal Vânia Hack de Almeida, DJU de 05/10/2005).

VI. Relevância da matéria sob análise do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3300MC/DF, relator Min. Celso de Mello, relativo ao tema homoafetividade. União entre pessoas do mesmo sexo. Qualificação como entidade familiar (Informativo 414/2006 do Supremo Tribunal Federal).

VII. Honorários advocatícios mantidos.

VIII. Remessa oficial e apelação a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 10/02/2010.

Juiz Federal Antônio Francisco do Nascimento, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Antônio Francisco do Nascimento: — A.E.C.D, qualificado nos autos, ajuizou, sob o pálio da justiça gratuita, a presente ação contra a Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, objetivando a inclusão de seu companheiro P.C.D.O, como seu beneficiário da pensão vitalícia, nos termos da Lei 8.112/1990.

O autor sustenta, em síntese, que há mais de 20 (vinte) vive em união homoafetiva com seu companheiro, P.C.D.O, compartilhando os mesmos objetivos na construção de uma vida comum, de forma pública, contínua e duradoura, à semelhança de verdadeira união estável. Argumenta que como funcionário aposentado da Universidade Federal de Minas Gerais, tem o direito de indicar beneficiário para a pensão civil, conforme disposto no art. 217 da Lei 8.112/1990.

Após a instrução do processo, foi proferida a sentença de fls. 251/256, acolhendo o pedido do autor, condenando a Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG a incluir seu companheiro, como seu beneficiário da pensão civil vitalícia, conforme previsto na Lei 8.112/1990.

A suplicante interpõe recurso de apelação (fls. 265/270), sustentando, em síntese, que para a caracterização da união estável é necessário a

diversidade de sexos. Além disso, alega ausência de previsão legal e obediência ao princípio da legalidade. Alega, ainda, que não houve apreciação equitativa quanto à estipulação dos honorários advocatícios arbitrados no valor de R\$ 2.500,00 e requer a sua redução.

Em contrarrazões, A.E.D.C. pugna pela manutenção da sentença (fls. 273/277).

Parecer do Ministério Público Federal, fls. 283/289, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Antônio Francisco do Nascimento: — Trata-se de remessa oficial e de recurso de apelação interposto pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, insurgindo-se contra a sentença que julgou procedente o pedido, para condená-la a incluir P.C.D.O, como beneficiário do autor da pensão civil vitalícia. A UFMG foi condenada, ainda, ao pagamento dos honorários de advogado, fixados no percentual em 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais José Amílcar Machado e Carlos Olavo.

Pleiteia o autor a inclusão de seu companheiro P.C.D.O, como seu beneficiário da Pensão Vitalícia, nos termos da Lei. 8.112/1990, sustentando, em síntese, que há mais de 20 (vinte) anos, vive em união homoafetiva com seu companheiro, P.C.D.O, compartilhando os mesmos objetivos na construção de uma vida comum, de forma pública, contínua e duradoura, à semelhança de verdadeira união estável". Argumenta que como funcionário aposentado da Universidade Federal de Minas Gerais, tem o direito de indicar beneficiário para a pensão civil, conforme disposto no art. 217 da Lei 8.112/1990.

Cumprido registrar que o exame da questão está restrita ao âmbito do reconhecimento da alegada união homoafetiva para os efeitos de pensão estatutária no regime próprio de previdência (RJU: Lei 8.112/1990).

O tema desafia o quadro probatório que confirme a existência de uma relação homoafetiva, na forma deduzida pelo autor, configurando como de fato tratar-se de uma relação afetiva, externada pela convivência pacífica e duradoura de um projeto comum de vida, assistência mútua e responsabilidades.

Confirmada a relação homoafetiva, resta perseguir a viabilidade da tutela jurídica em face do regime jurídico apropriado no plano do Direito Previdenciário.

Comprovação da relação homoafetiva

Para o deslinde da questão, na origem, a sentença levou em conta a instrução do feito pelos seguintes documentos juntados pelo autor:

- a) Prova do mesmo endereço, fls. 28/ 37;
- b) Despesas domésticas (notas fiscais, contas), fls. 38/41;
- c) Contrato de abertura de crédito para viagem, em nome dos dois parceiros, com data de 1980, fls. 45;
- d) Prova de conta bancária conjunta desde 1990, fls. 46;
- e) Procuração do autor, passada para P.C.D.O, com poderes para representá-lo, datada de 1991, fls. 47;
- f) Seguros de vida do companheiro, indicando o autor como seu beneficiário, datado de 1992 e 1994, fls. 48/50;
- g) Testamentos recíprocos datado de 1994, fls. 51/55;
- h) Contrato com firma de engenharia, assinado pelos dois companheiros, para a construção de uma casa, moradia de ambos, em 1999, fls. 56/58;
- i) Declaração de Registro em associação, fls. 59;

j) Seguro do veículo do companheiro, tendo o autor como condutor, fls. 60/61;

k) Pedido de antecipação da restituição do Imposto de Renda em nome dos parceiros, fls. 62;

l) Indicação do autor como beneficiário do companheiro na Funcef – Fundação dos Economistas Federais, fls. 64.

Ao final, dado o conjunto probatório em cotejo com a pretensão deduzida, o Juízo *a quo*, MM. Juiz Federal Substituto Lincoln Pinheiro Costa, da 20ª Vara/SJMG, qualificou a relação como verdadeira entidade familiar, assim fundamentando o seu convencimento:

O que pretende o autor é a inscrição de seu companheiro como seu dependente, na UFMG, para fins previdenciários. Algo que deveria ser simples para quem comprovou, cabalmente, uma convivência afetiva e estável.

Com efeito, restou incontroversa a qualidade da relação mantida entre autor e seu companheiro, a qual ultrapassa os vinte anos de duração. Não há, também, dúvidas quanto à reciprocidade de afeto e fidelidade na persecução de uma vida comum, em que se dividem os momentos de lazer, de assunção de obrigações, formação de patrimônio etc. Os documentos dos autos são pródigos em atestar que se trata de verdadeira relação afetiva estável e, porque não dizer, de verdadeira entidade familiar.

De fato, sendo incontroverso o vínculo funcional do autor sob o regime estatutário, e inexistindo impugnação específica nesta via recursal, restou demonstrada, pelo farto conjunto probatório, a existência da relação homoafetiva, situada no conceito constitucional do gênero união estável, configurada na convivência pública, contínua e duradoura.

Aliás – como bem pontuou o Juízo *a quo* –, há sinais evidentes nos autos sobre a comunhão patrimonial e sucessória, na medida em que os parceiros mantêm conta bancária conjunta, testamento de bens imóveis, condição de beneficiário de seguro de vida, convivência sob o mesmo teto, assunção de obrigações em comum, bem como diversas fotografias que retratam o histórico de vida em comum, subsumido-se ao tipo jurídico de entidade familiar, cujos pressupostos não depende exclusivamente de relação entre pessoas de sexo oposto.

Judicialização dos fatos da vida – enquadramento e tutela jurídica

Sem dúvida, estamos diante de uma interpretação sistêmica de valores e fins constitucionais para extrair uma solução ao caso concreto, cujo papel do Judiciário é dizer sobre o sentido e alcance do conceito constitucional de união estável e entidade familiar

e a tutela de proteção dos direitos fundamentais, no âmbito do Direito Previdenciário.

A questão em debate cinge-se sobre a possibilidade do reconhecimento da união estável homoafetiva, para fins de inclusão do companheiro do autor, como seu beneficiário de pensão vitalícia no âmbito do estatuto do servidor público federal (RJU: Lei 8.112/1990).

A apelante sustenta que a Constituição Federal de 1988 restringe a união estável aos casos em que se configurar entidade familiar entre o homem e a mulher, bem como conclui que a diversidade de sexos ainda é elemento necessário para se caracterizar a união estável. Pugna pela ausência de previsão legal e observância do princípio da legalidade.

A meu ver, a tese recursal não resiste aos valores e postulados do Estado Democrático, plasmados na CF/1988, senão vejamos.

Realmente, não há norma específica no ordenamento jurídico regulando a relação afetiva entre casais do mesmo sexo, especialmente quanto ao enquadramento de tal situação fática no conceito de união estável, especialmente para os efeitos previdenciários no âmbito estatutário dos servidores públicos.

Em uma interpretação apressada e superficial do art. 226, §3º, da CF/1988, aparentemente a relação homoafetiva não tem especial proteção do Estado.

No caso concreto, tem lugar a judicialização dos fatos da vida para solução judicial de pretensão quando não reconhecida expressamente no ordenamento jurídico o direito demandado, desde que a proteção jurídica exigida do Estado decorre do exame dos valores e princípios constitucionais sob os auspícios da hermenêutica sistêmica, máxime em se tratando de medida quanto à garantia constitucional dos direitos fundamentais

À míngua de dispositivo expresso sobre a situação fática, a discussão perpassa pelo fenômeno da judicialização dos fatos e realidades da vida, cuja solução demanda interpretação sistêmica do ordenamento jurídico.

No plano filosófico, o homossexualismo é um fato da vida, revelado pela escolha lícita da orientação sexual da pessoa, cuja opção não viola o ordenamento jurídico. Por outro lado, o papel do Estado e da sociedade em uma democracia consiste em assegurar pleno desenvolvimento das pessoas, garantindo o respeito à escolha da orientação sexual e os projetos

lícitos de vida no âmbito da autonomia da vontade assegurado pelo princípio constitucional da liberdade.

Tendo em vista uma sociedade plural, e diante da complexidade dos fatos e da percepção acerca das transformações sociais no mundo contemporâneo, a plenitude do desenvolvimento da pessoa e da sua dignidade depende da efetiva inclusão, promovido pelo Estado, através de um estatuto de cidadania.

Com efeito, na ausência de norma expressa e havendo resistência do poder público para reconhecer a relação homoafetiva, resta ao Judiciário o exame do enquadramento jurídico e seus efeitos, sob o enfoque da *judicialização dos fatos da vida*, devendo, se for o caso, entregar a tutela de proteção, tendo como parâmetro os valores, princípios e preceitos constitucionais em cotejo com uma hermenêutica integrativa do sistema normativo.

Nesse sentido, digno de nota o seguinte fragmento dos fundamentos da sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal Substituto Lincoln Pinheiro Costa, da 20ª Vara/SJMG (fls. 252):

No que tange ao mérito, a questão posta a exame já não é novidade nos tribunais pátrios, conforme se vê da farta jurisprudência colacionada pelo autor. A corrida ao Judiciário em busca de tutelas como a que aqui se persegue se tornou comum, dando-nos mostras de que a sociedade mudou. E a mudança não surgiu de transformações produzidas no mundo dos fatos – já que esses sempre e naturalmente ocorreram – mas, sobretudo, na percepção e conscientização dos próprios direitos, do respeito à individualidade e da consagração da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado

Noutra banda, a solução do caso concreto operado através da *judicialização dos fatos da vida* demanda também os *fundamentos jurídicos*, sendo relevante saber se a relação homoafetiva está incluída no regime jurídico da união estável e entidade familiar, na forma literal do art. 226 §3º, da CF/1988, assegurando-se o tratamento legal do art. 217, I, c, da Lei 8.112/1990, para os efeitos de pensão vitalícia estatutária do servidor público.

É imanente ao Estado Democrático o propósito de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, assim consagrada na CF/1988 (Preâmbulo).

Por outro lado, constitui princípio fundamental da República a cidadania e a dignidade da pessoa

humana, tendo como objetivo fundamental construir uma sociedade justa, livre e solidária, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF/1988: arts. 1º e 2º). Na mesma linha, a Constituição Federal de 1988 é clara por si só ao afirmar que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...*

Desse quadro, afastada a colisão de princípios no plano constitucional, conclui-se que a interpretação sistêmica da CF/1988 deve levar em conta não só a literalidade do art. 226, §3º, da CF/1988, mas também os valores e princípios expressos e implícitos, dando harmonia e sentido ao ordenamento jurídico.

Realmente, a proteção do direito fundamental da relação homoafetiva para os efeitos previdenciários, tem como justificativa o Estado Democrático, instituído com o propósito de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, assim consagrada na CF/1988 (Preâmbulo), bem assim o princípio republicano da cidadania e da dignidade da pessoa humana, tendo como objetivo fundamental construir uma sociedade justa, livre e solidária, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF/1988: arts. 1º e 2º)

Na vertente da interpretação sistêmica – desde que não admitindo colisão de princípios constitucionais e afastada interpretação *a contrario sensu* – é medida que se impõe a extensão da tutela jurídica de proteção à união homoafetiva, vez que o art. 226, §3º, da CF/1988 não excluiu as relações homossexuais da proteção do Estado.

Então, forte nos postulados da dignidade da pessoa, cidadania, igualdade, o bem-estar, a liberdade, a segurança jurídica, a razoabilidade, no sentido de que a relação homoafetiva é uma espécie do gênero união estável e, havendo lacunas, resolve-se pelo emprego da analogia como norma integrativa de inclusão, aplicando o mesmo tratamento jurídico de proteção do Estado para a união estável entre pessoas de sexos opostos.

Com efeito, estão presentes os requisitos da aplicação da analogia, tendo por base o elemento essencial do gênero união estável, caracterizado pela

convivência pacífica e duradora, com o objetivo de constituir uma entidade familiar.

Assim, a norma concreta de proteção decorrente da *judicialização da relação homoafetiva* aqui operada, tem fundamento na interpretação do art. 226, §3º, da CF/1988 e da analogia para aplicar o mesmo tratamento jurídico do art. 217, I, c, da Lei 8.112/1990¹ para os efeitos da pensão vitalícia estatutária:

A jurisprudência

A jurisprudência dos nossos tribunais vem reconhecendo proteção à relação homoafetiva e conferindo tratamento isonômico em face da união estável, assim reconhecida expressamente na CF/1988.

Com efeito, no âmbito da Justiça Federal a decisão de origem encontra-se em consonância com a interpretação jurisprudencial contemporânea a respeito da matéria, no sentido da aplicação, na espécie, de diversos preceitos constitucionais, como da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); da igualdade, da liberdade (art. 5º, *caput*); da não discriminação (art. 3º, § 4º) (TRF 4ª Região, Agravo de Instrumento 200604000267110/PR, rel. Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, *DJU* de 18/04/2007; Agravo de Instrumento 200404010493160/RS, rel. Des. Federal Vânia Hack de Almeida, *DJU* de 05/10/2005).

Registra-se que o eg. STJ já se manifestou no sentido de que há que se aplicar o direito à luz de diversos preceitos constitucionais e não apenas atendo-se à interpretação literal do art. 226, §3º, da Constituição Federal, que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo *Da Família*, sendo certo que não houve de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito (STJ, REsp 395904, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, *DJ* de 06/02/2006).

No Supremo Tribunal Federal, é oportuno registrar, também, que o Informativo 414/2006 do Supremo Tribunal Federal noticiou o julgamento da ADI 3300MC/DF, relator Min. Celso de Mello, relativo ao tema Homoafetividade – união entre pessoas do mesmo sexo – qualificação como entidade familiar, que, pela sua importância, transcrevo parte do julgado:

¹ Lei 8.112/1990: Art. 217. São beneficiários das pensões: I – vitalícia: c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar;

(....)

Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria – cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental – cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraíam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais.

Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (Luiz Edson Fachin, *Direito de Família – Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*, pp. 119/127, item 4, 2003, Renovar; Luiz Salem Varella/Irene Innwinkl Salem Varella, *Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal – Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo*, 2000, Agá Juris Editora, Roger Raupp Rios, *A Homossexualidade no Direito*, pp. 97/128, item 4, 2001, Livraria do Advogado Editora – Esmafe/RS; Ana Carla Harmatiuk Matos, *União entre Pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*, pp. 161/162, Del Rey, 2004; Viviane Girardi, *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais*, Livraria do Advogado Editora, 2005; Taísa Ribeiro Fernandes, *União Homossexuais: efeitos jurídicos*, Editora Método, São Paulo; José Carlos Teixeira Giorgis, *A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica*, in *Revista da Ajuris* 88, tomo I, pp. 224/252, dez/2002, v.g.).

Cumpre referir, neste ponto, a notável lição ministrada pela eminente Des. Maria Berenice Dias (*União Homossexual: O Preconceito & a Justiça*, pp. 71/83 e pp. 85/99, 97, 3ª ed., 2006, Livraria do Advogado Editora), cujas reflexões sobre o tema merecem especial destaque:

“A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais.

Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características.

Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso.

Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção.

Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, incumba ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. (...).”

Vale rememorar, finalmente, ante o caráter seminal de que se acham impregnados, notáveis julgamentos, que, emanados do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, acham-se consubstanciados em acórdãos assim ementados:

“Relação homoerótica – União estável – Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade – Analogia – Princípios gerais do direito – Visão abrangente das entidades familiares – Regras de inclusão (...) – Inteligência dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002 – Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada

na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas.”

(Apelação Cível 70005488812, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, 7ª Câmara Civil.)

“(…) 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (…), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão.”

(Revista do TRF/4ª Região, v. 57/309-348, 310, rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira – grifei)

Concluo a minha decisão. E, ao fazê-lo, não posso deixar de considerar que a ocorrência de insuperável razão de ordem formal (esta ADIN impugna norma legal já revogada) torna inviável a presente ação direta, o que me leva a declarar extinto este processo (RTJ 139/53 – RTJ 168/174-175), ainda que se trate, como na espécie, de processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ 139/67), sem prejuízo, no entanto, da utilização de meio processual adequado à discussão, *in abstracto* – considerado o que dispõe o art. 1.723 do Código Civil –, da relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas.”

É de se registrar, ainda, que o Sistema Geral de Previdência do País editou a IN 25 – INSS, na qual são estabelecidos procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual. Assim, entendo que, de igual maneira, em respeito ao princípio da isonomia, deve-se aplicar aos servidores públicos federais, por analogia, as disposições desse ato normativo.

Portanto, aplica-se a interpretação sistêmica da Constituição e os critérios de integração pela analogia, para ao final reconhecer a relação homoafetiva pertencente ao gênero *união estável*, e entregar a tutela jurídica de proteção, fundado no mesmo tratamento jurídico do art. 217, inciso I, c, da Lei 8.112/1990, para os efeitos da pensão vitalícia estatutária

No tocante aos honorários advocatícios (R\$ 2.500,00), a sentença não merece reparos eis que fixado em patamar compatível com a complexidade jurídica dada à solução da singularidade do caso.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e à apelação.

É o meu voto.

Voto-vogal (retificação de ementa)

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — O perigo que vejo aqui, Des. Antônio Francisco, é a relação da sua proposta de ementa, quando Vossa Excelência coloca: *A proteção do direito fundamental da relação homoafetiva, com status de união estável*. Porque Vossa Excelência reconhece indiretamente a união estável, conseqüentemente, casamento.

O Exmo. Sr. Juiz Federal Antônio Francisco do Nascimento: — Fica o seguinte: A proteção do direito fundamental da relação homoafetiva para efeitos previdenciários. Retirei *status* de união estável.

Segunda Turma

Numeração única: 0029875-35.2000.4.01.3400

Apelação Cível/Reexame Necessário 2000.34.00.030122-5/DF

Relatora: Juíza Federal Mônica Sifuentes (convocada)
Apelante: Clíceu Luis Bassetti
Advogado: Dr. João Pedro Ferraz dos Passos
Apelada: União Federal
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Remetente: Juízo Federal da 20ª Vara/DF
Publicação: e-DJF1 de 21/06/2010, p. 204

Ementa

Administrativo. Servidor público. Procurador regional do Trabalho aposentado. Art. 232 da Lei Complementar 75/1993. Acumulação com os quintos (art. 3º da Lei 8.911/1994). Possibilidade. Vantagem pessoal excluída do teto de remuneração.

I. Deverão ser considerados, para o cálculo dos proventos de aposentadoria de procurador regional do Trabalho aposentado em março/1996, os vencimentos do cargo imediatamente superior ao último por ele exercido (art. 232, parágrafo único, da LC 75/1993).

II. A Lei 8.112/1990, antes das modificações introduzidas pela Lei 9.527/1997, e a LC 75/1993 não vedam a percepção cumulativa da incorporação dos quintos, previstos nos arts. 3º da Lei 8.911/1994 e 62 da Lei 8.112/1990, com o cálculo dos proventos com base na remuneração do cargo imediatamente superior (art. 232 da LC 75/1993 e art. 192 da Lei 8.112/1990).

III. A vantagem prevista no parágrafo único do art. 232 da LC 75/1993, assim como os denominados *quintos*, constitui vantagem pessoal que integra o patrimônio financeiro do servidor, motivo pelo qual não se submete ao teto. Precedentes desta Corte.

IV. As prestações em atraso devem ser pagas de uma só vez, monetariamente corrigidas de acordo com a Lei 6.899/1981, pelos índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal, incidindo tal correção desde a data do vencimento de cada parcela em atraso (Súmulas 148 do STJ e 19 do TRF 1ª Região).

V. Juros de mora mantidos no percentual de 6% (seis por cento) ao ano a partir da citação (Súmula 204/STJ), sob pena de violação ao princípio do *non reformatio in pejus*.

VI. Honorários advocatícios mantidos em 5% sobre as prestações vencidas até a data da prolação da sentença, atendendo ao disposto na Súmula 111/STJ.

VII. A União é isenta de custas processuais, de acordo com a Lei Federal 9.289/1996, ressalvada a obrigação de reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora.

VIII. Apelação do autor provida.

IX. Remessa oficial provida, em parte.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação do autor e dar parcial provimento à remessa oficial.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 16/11/2009.

Juíza Federal *Mônica Sifuentes*, relatora convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Mônica Sifuentes:
— Cuida-se de apelação interposta por Cliceu Luis Bassetti Pereira, contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 20ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal (fls. 42/50), que, em ação de rito ordinário, julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a União a incorporar aos proventos do autor a diferença entre os vencimentos de subprocurador-geral do Trabalho e procurador regional do Trabalho, nos termos do parágrafo único do art. 232 da LC 75/1993, bem como ao pagamento das diferenças decorrentes desta incorporação, contado a partir da respectiva aposentadoria do autor, respeitado o teto remuneratório dos ministros do STF.

Condenou a União, ainda, a aplicar, sobre as diferenças, a partir da data em que deveriam ter sido pagas, correção monetária, bem como juros moratórios de 6% ao ano, a contar da citação, além de reembolsar as custas processuais e pagar honorários advocatícios fixados em 5% (cinco por cento) sobre o valor das prestações vencidas.

Houve remessa oficial.

Na apelação de fls. 52/60, o autor alega que a parcela ou vantagem referenciada no parágrafo único do art. 232 da Lei Complementar 75/1993 é de natureza pessoal, devendo ser excluída para efeito do cômputo do teto remuneratório.

Contrarrazões às fls. 69/71.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Mônica Sifuentes:
— Discute-se, nos autos, acerca da possibilidade de acumulação da vantagem prevista no art. 232, parágrafo único, da Lei Complementar 75/1993, com aquela instituída pelo art. 3º da Lei 8.911/1994, e se dita verba constitui vantagem de natureza pessoal, a ser excluída, portanto, do teto remuneratório.

In casu, conforme se verifica do documento de fls. 12 (Portaria 108), o autor se aposentou em 29/03/1996, como procurador regional do Trabalho, fazendo jus às vantagens previstas no art. 3º da Lei 8.911/1994, que assim dispõe:

Art. 3º Para efeito do disposto no § 2º do art. 62 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o servidor investido em função de direção, chefia e assessoramento, ou cargo em comissão, previsto nesta Lei, incorporará à sua remuneração a importância equivalente à fração de um quinto da gratificação do cargo ou função para o qual foi designado ou nomeado, a cada doze meses de efetivo exercício, até o limite de cinco quintos.

Por outro lado, prevê o art. 232, parágrafo único, da LC 75/1993:

Art. 232. Os proventos da aposentadoria serão integrais.

Parágrafo único. Para o cálculo dos proventos da aposentadoria serão considerados os vencimentos do cargo imediatamente superior ao último exercício pelo aposentado; caso a aposentadoria se dê no último nível da carreira, os vencimentos deste serão acrescidos do percentual de vinte por cento.

Assim, com base no referido dispositivo, deverão ser considerados, para o cálculo dos proventos de aposentadoria do autor, os vencimentos do cargo imediatamente superior ao último por ele exercido.

É o que previa, ainda, o art. 192 da Lei 8.112/1990, revogado pela Lei 9.527/1997, ao dispor que *o servidor, que contar tempo de serviço para aposentadoria com provento integral será aposentado com a remuneração do padrão de classe imediatamente superior àquela em que se encontra posicionado*.

É de se ver que a Lei 8.112/1990, antes das modificações introduzidas pela Lei 9.527/1997, e a supracitada lei complementar, não vedam a percepção cumulativa da incorporação dos quintos, previstos nos arts. 3º da Lei 8.911/1994 e 62 da Lei 8.112/1990, com o cálculo dos proventos com base na remuneração do cargo imediatamente superior (art. 232 da LC 75/2003 e art. 192 da Lei 8.112/1990).

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes do egrégio STJ:

Mandado de segurança. Administrativo. Cumulação dos benefícios previstos nos arts. 62, § 2º, e 192 da Lei 8.112/1990. Possibilidade. Data da aposentadoria.

I. Esta Corte firmou compreensão no sentido de que não há nenhuma vedação legal à percepção simultânea do benefício denominado “quintos”, previsto no art. 62, § 2º, da Lei 8.112/1990, com o regime estabelecido no art. 192 do mesmo diploma.

II. Referida compreensão não se aplica àqueles que se aposentaram sob a égide das Leis 1.711/1952 e 6.732/1979, em razão de expressa vedação legal.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Neuza Maria Alves da Silva e Francisco de Assis Betti.

III. Ordem concedida tão somente em relação aos impetrantes que se aposentaram integralmente na vigência da Lei 8.112/1990.

(MS 8788/DF, rel. Min. Paulo Gallotti, Terceira Seção, julgado em 26/05/2004, DJ 24/08/2005 p. 116 – grifei)

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Administrativo. Servidores públicos. Proventos de aposentadoria. Vantagens dos arts. 62 e 192 da Lei 8.112/1990. Acumulação. Possibilidade. Precedentes.

I. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que não há vedação legal à acumulação da vantagem prevista no art. 62 – incorporação da gratificação relativa ao desempenho de função de direção, chefia ou assessoramento – com a do art. 192 – aposentadoria concedida a partir de cálculo baseado na remuneração do padrão superior – ambos da Lei 8.112/1990.

II. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 521770/SE, rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 03/02/2005, DJ 07/03/2005 p. 318)

Dessa forma, o autor faz jus ao direito pleiteado, pois se aposentou sob a égide da LC 75/1993 e não há vedação legal expressa acerca da cumulação das vantagens em questão.

No que tange à exclusão da referida parcela para efeito de cômputo do teto remuneratório, razão assiste ao apelante, pois, assim como os denominados *quintos*, a vantagem prevista no parágrafo único do art. 232 da LC 75/1993, constitui vantagem pessoal que integra o patrimônio financeiro do servidor, motivo pelo qual não se submete ao teto, conforme precedentes a seguir transcritos:

Administrativo. Constitucional. Mandado de segurança. Redutor teto. Exclusão de vantagens de caráter pessoal. Adicional por tempo de serviço. Gratificação do art. 232 da Lei Complementar 75/1993.

I. O Plenário do STF, no julgamento da Ação Originária 524/PA, houve por bem excluir do redutor constitucional as vantagens de caráter pessoal ao fundamento de que, “somente lei poderá estabelecer o teto constitucional (art. 37, XI, da CF, com redação da EC 19). Ausente a lei, vigente o sistema original da CF, que exclui do limite as vantagens de caráter pessoal” (Rel. Ministro Nelson Jobim, DJ 20/04/2001).

II. O adicional por tempo de serviço, bem como a gratificação do art. 232 da Lei Complementar 75/1993, antiga vantagem prevista no art. 184, II, da Lei 1.711/1952, constituem-se vantagens de natureza pessoal, estando excluídas do teto remuneratório. Precedentes desta Corte.

III. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

(AMS 2000.34.00.042961-6/DF, rel. Des. Federal Antonio Savio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, DJ p.14 de 10/02/2004)

Administrativo. Servidor público. Procurador regional do trabalho aposentado. Incorporação. Quintos. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido rejeitada. Lei complementar 75/1993 e Lei 8.911/1994. Possibilidade. Vantagem pessoal excluída do teto de remuneração. Limitação temporal.

(...)

II. A Lei Complementar 75, de 20/05/1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, determina em seu art. 232 que para o cálculo dos proventos da aposentadoria devem ser considerados os vencimentos do cargo imediatamente superior ao último exercido pelo servidor aposentado.

III. A Lei 8.112/1990, antes das alterações previstas na Lei 9.527, de 10/12/1997, assim como a Lei Complementar 75/1993, não proibiram a percepção cumulativa da incorporação dos quintos (art. 3º da Lei 8.911/1994 e art. 62 da Lei 8.112/1990), com o cálculo dos proventos com base na remuneração do cargo imediatamente superior (art. 232 da LC 75/2003 e art. 192 da Lei 8.112/1990).

IV. Tendo os autores se aposentado sob a égide da Lei Complementar 75/1993, fazem jus ao direito pleiteado, diante da inexistência de proibição expressa de acumular as referidas vantagens.

V. A verba denominada quintos, hoje décimos, transformada em vantagem pessoal, está excluída do teto de remuneração previsto no art. 37, XI, da CF/1988 (com a redação então vigente dada pela EC 19/1998) e art. 39, § 1º, da Lei 8.112/1990, conforme dispõe o art. 15 da Lei 9.624, de 2 de abril de 1998, limitando-se temporalmente à instituição do subsídio para a carreira do Ministério Público da União. Precedentes do STF e do STJ.

VI. Apelação da União e remessa oficial a que se nega provimento. Recurso adesivo dos autores a que se dá provimento.

(AC 2000.34.00.025056-1/DF, rel. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, DJ p. 38 de 21/01/2008.)

Assim, merece reforma a sentença para que sejam excluídas as parcelas referentes à vantagem estabelecida no art. 232, parágrafo único, da LC 75/1993, do teto de remuneração previsto no art. 37, XI, da Constituição Federal/1988 (na redação da EC 19/1998) e art. 39, § 1º, da Lei 8.112/1990.

As prestações em atraso deverão ser pagas de uma única vez e corrigidas monetariamente, nos termos da Lei 6.899/1981, pelos índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho

da Justiça Federal, incidindo tal correção desde a data do vencimento de cada parcela em atraso, a teor das Súmulas 148/STJ e 19/TRF 1ª Região.

Os juros de mora, por sua vez, ficam mantidos no percentual de 6% (seis por cento) ao ano, a partir da citação (Súmula 204/STJ), incidindo esse percentual sobre as prestações vencidas, e, nas que vencerem até a apuração definitiva dos cálculos de liquidação. Isso porque, embora a ação tenha sido ajuizada em 05/09/2000, ou seja, antes do advento da MP 2.180-35/2001, a sua majoração acarretaria violação ao princípio do *non reformatio in pejus*, pois não houve recurso da parte, no ponto.

Com relação aos honorários advocatícios, entendo que estes devem ser mantidos no percentual de 5% (cinco por cento) sobre as prestações vencidas até a prolação da sentença, nos termos do enunciado da Súmula 111 do STJ.

Correta a sentença, ainda, quanto à condenação da União apenas ao reembolso das custas processuais, uma vez que o art. 4º, I, da Lei 9.289/1996 isenta a União de tal pagamento, ressalvando o parágrafo único do citado artigo que a isenção não a exime da obrigação de reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora.

Ante o exposto, dou provimento à apelação do autor, para determinar que sejam excluídas do teto de remuneração as parcelas referentes à vantagem estabelecida no art. 232, parágrafo único, da LC 75/1993, e dou parcial provimento à remessa oficial, para determinar que a correção monetária siga os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal e para explicitar que os juros de mora são devidos até a apuração definitiva dos cálculos de liquidação. Retifique-se a autuação, para que conste a remessa oficial.

É o meu voto.

Terceira Turma

Numeração única: 0001888-43.2004.4.01.3801

Apelação Criminal 2004.38.01.001831-9/MG

Relator: Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler (convocado)
 Apelante: João Antônio de Souza
 Advogados: Dr. Fernando César Lopes e outros
 Apelada: Justiça Pública
 Procurador: Dr. Onofre de Faria Martins
 Publicação: e-DJF1 de 07/06/2010, p. 172

Ementa

Penal. Processual Penal. Sentença que declarou extinta a punibilidade pela prescrição anteriormente ao trânsito em julgado da sentença para a acusação. Impossibilidade. Apelação do réu. Extinção da pretensão punitiva do Estado verificada nesta instância. Recurso prejudicado. Ausência do interesse de agir.

I. O reconhecimento da ocorrência da prescrição pela pena aplicada no corpo da sentença penal condenatória não pode subsistir, vez que decretada a extinção da punibilidade antes do trânsito em julgado para a acusação em discordância com a regra do art. 110, §1º, do Código Penal.

II. Réu condenado a 6 (seis) meses de detenção. Hipótese que se enquadra no art. 109, inciso VI, do Código Penal Brasileiro com a redação dada pela Lei 7.209/1984.

III. Reconhecimento da prescrição retroativa da pretensão punitiva pela pena em concreto, nesta instância, pelo decurso de prazo superior a 2 (dois) anos entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia.

IV. Reconhecida a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva resta extinta a punibilidade, não subsistindo quaisquer efeitos da sentença condenatória, razão pela qual resta prejudicado o recurso por ausência de interesse em recorrer do réu.

V. Extinção da punibilidade decretada. Apelação prejudicada.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, declarar extinta a pretensão punitiva, pela ocorrência da prescrição retroativa, e julgar prejudicada a apelação.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 25/05/2010.

Juiz Federal *Guilherme Mendonça Doehler*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler: — O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra João Antônio de Souza, ex-prefeito do Município de Visconde do Rio Branco/MG, imputando-lhe a prática dos crimes previstos nos art. 1º, incisos III e IV do Decreto-Lei 201/1967.

Narra a peça acusatória, *verbis*:

Segundo consta dos autos, João Antônio de Souza praticou o delito previsto no art. 1º, incisos III e IV do Decreto-Lei 201/1967, devido à irregular aplicação de verbas públicas oriundas de convênio firmado entre União e Município.

O referido delito foi praticado pelo denunciado à época em que exercia o cargo de prefeito do Município de Visconde do Rio-Branco/MG – gestão 1997/2001 – e refere-se as verbas repassadas pelo já extinto Ministério do Planejamento e Orçamento (MPO), por intermédio da Secretaria Especial de Políticas Regionais (Sepre), ao anteriormente citado Município.

O convênio de 519/1997, celebrado entre a União e o Município de Visconde do Rio Branco/MG, objetivava a canalização dos córregos Filipinho, Cel. Joaquim Lopes e da Rua Nova, o que acabou não acontecendo da forma devida, pois várias irregularidades foram constatadas na aplicação dos recursos repassados pelo então Ministério do Planejamento e Orçamento.

Diligências realizadas por Técnicos do TCU – Tribunal de Contas da União – revelam uma série de irregularidades na aplicação dos recursos repassados pela União ao Município de Visconde do Rio Branco/MG, dentre as quais podemos destacar o fracionamento da licitação, que foi realizada erroneamente por convite, pois o valor global da obra ultrapassava o limite legal previsto para essa modalidade, e o superfaturamento da obra de canalização dos córregos anteriormente mencionados (conforme relatório do TCU – fls. 110/118). (Fls. 9.)

A denúncia foi recebida em 17/03/2004.

O MM. Juiz Federal Substituto da 3ª Vara da Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG julgou parcialmente procedente a denúncia para condenar o réu à pena de 6 (seis) meses de detenção, em regime

aberto. Todavia, reconhecendo a ocorrência de prescrição retroativa, julgou extinta a punibilidade do réu, com fulcro no inciso IV do art. 107 c/c inciso VI do art. 109 e art. 110, todos do Código Penal Brasileiro.

Não houve recurso do Ministério Público Federal.

O réu João Antônio de Souza interpôs o presente recurso de apelação às fls. 873/882, requerendo, em suma, sua absolvição, a despeito do reconhecimento da prescrição pela sentença. Afirma que os fatos narrados na denúncia não ocorreram, sendo que a obras de canalização dos córregos foram executadas em sua totalidade, inexistindo qualquer desvio ou mau uso das verbas públicas. Defende, ainda, que o tipo penal exige dolo, que não restou comprovado nos autos.

Contrarrazões às fls. 898.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Procurador Regional da República Dr. Alexandre Espinosa Bravo Barbosa, opina pelo não conhecimento do recurso, pela ausência do interesse em recorrer. (fls. 901/902).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler: — Trata-se de apelação contra sentença que decretou a extinção da punibilidade do acusado, em face da ocorrência de prescrição.

Conforme consta dos autos o réu João Antônio de Souza, ex-prefeito do Município de Visconde do Rio Branco/MG, foi denunciado pela prática dos crimes previstos nos art. 1º, incisos III e IV, do Decreto-Lei 201/1967, punível com a pena de detenção de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

A denúncia foi recebida em 17/03/2004 (fls. 474/478).

A sentença condenatória foi publicada em 16/05/2008 (fls. 849) tendo condenado o apelante à

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Juiz Tourinho Neto e a Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães.

pena privativa de liberdade de 6 (seis) meses de detenção. O MM. Juiz *a quo* julgou extinta a punibilidade do réu reconhecendo a ocorrência de prescrição retroativa no corpo da sentença.

Não houve recurso da acusação, tendo os autos sido remetidos ao Tribunal em virtude de apelação do réu.

Tenho que o reconhecimento da prescrição pela pena aplicada no corpo da sentença penal condenatória não pode subsistir, vez que decretada a extinção da punibilidade antes do trânsito em julgado para a acusação em discordância com a regra do art. 110, § 1º do Código Penal.

Assim, cumpre analisar, novamente, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, *em face do trânsito em julgado da sentença para o Ministério Público* e da pena aplicada no caso concreto.

O réu foi condenado à pena de 6 (seis) meses de detenção que, de acordo com o disposto no art. 109,

inciso VI do Código Penal, na redação vigente à época dos fatos, prescreve em 2 (dois) anos.

Assim, decorridos mais 2 (dois) anos entre a data dos fatos (1997 a 2001) e o recebimento da denúncia (17/03/2004) e entre esta e a sentença penal condenatória recorrível (16/05/2008), resta prescrita a pretensão punitiva do estado.

Reconhecida a ocorrência da decretação da prescrição da pretensão punitiva, resta extinta a pretensão punitiva, não subsistindo quaisquer efeitos da sentença condenatória, razão pela qual resta prejudicado o recurso por ausência de interesse em recorrer do réu.

Pelo exposto, com fundamento nos arts. 107, inciso IV; 109, VI, 110, §§ 1º e 2º, e 114, todos do Código Penal, *declaro extinta a pretensão punitiva*, pela ocorrência da prescrição retroativa, restando *prejudicada a apelação*.

É como voto.

Quarta Turma

Numeração única: 0005957-79.1999.4.01.4000

Apelação Cível 1999.40.00.005957-0/PI

Relator:	Desembargador Federal Hilton Queiroz
Apelante:	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama
Procuradora:	Dra. Adriana Maia Venturini
Apelado:	Tito Albino Evangelista da Silva e cônjuge
Advogado:	Dr. Agnaldo de Boson Paes e outros
Rec. Adesivo:	Tito Albino Evangelista da Silva
Remetente:	Juízo Federal da 3ª Vara/PI
Publicação:	e-DJF1 de 09/06/2010, pp. 131/132

Ementa

Administrativo. Desapropriação indireta. Utilidade pública. Imóvel denominado Fazenda Baixão da Volta. Área inserida em área do parque nacional da Serra das Confusões. Município de Cristino Castro/PI. Indenização que corresponde ao preço de mercado da região. Juros compensatórios. Juros de mora. Honorários advocatícios.

I. O valor fixado na sentença corresponde à justa indenização do imóvel objeto da desapropriação indireta, conforme prevê o art. 5º, XXIV, da Constituição Federal e a Lei 8.629/1993.

II. Não há provas que, produzidas em juízo, demonstrem que o valor da indenização fixado na sentença seja inferior ao preço de mercado do imóvel.

III. À míngua de demanda idoneamente configurada, descabida a *declaração de nulidade do título de propriedade do imóvel dos autores, pois se o originário foi através de usucapião, este se deu via judicial e teve seus momentos impugnatórios (docs. a fls. 23 a 29)*, como se destaca da sentença (fls. 589).

IV. Os juros compensatórios destinam-se a remunerar o proprietário do imóvel pela perda de sua posse, ainda que inexistia produtividade. O percentual deve ser de 12% (doze por cento) ao ano, devendo a respectiva incidência ocorrer desde o apossamento administrativo até o trânsito em julgado, como determinado na sentença, uma vez que, embora a jurisprudência venha entendendo que a sua incidência ocorra até o dia do efetivo pagamento da indenização, não houve insurgência dos autores quanto à matéria.

V. Tendo a presente ação sido proposta em data posterior a 13/09/2001 (fl. 2), não se aplica, no caso em exame, a Súmula 408 do colendo Superior Tribunal de Justiça, publicada no Dje de 24/11/2009, no sentido de *que nas ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória 1.577, de 11/06/1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13/09/2001 e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da Súmula 618 do Supremo Tribunal Federal*.

VI. Os juros de mora são devidos no percentual de 6% ao ano, devendo incidir a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento for feito, nos termos do art. 100 da Constituição (art. 15-B do Decreto-Lei 3.365/1941, incluído pela Medida Provisória 1.901-30, de 24/09/1999).

VII. Verba honorária razoavelmente arbitrada, não ostentando valor incondizente com a norma de regência.

VIII. Apelação do Ibama, remessa oficial e recurso adesivo dos autores não providos.

Acórdão

Decide a Turma negar provimento à apelação do Ibama, à remessa oficial e ao recurso adesivo dos autores, à unanimidade.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 25/05/2010.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Hilton Queiroz*: — Ao manifestar-se nos autos, às fls. 640/646, a PRR/1ª Região assim sumariou os fatos:

Cuida-se de ação ordinária de indenização por apossamento administrativo - desapropriação indireta ajuizada por Tito Albino Evangelista da Silva contra o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - Ibama, relativamente ao desapossamento de terras decorrente da criação do Parque Nacional da Serra das Confusões, Estado do Piauí.

2. Em síntese, o Decreto de 02/10/1998, publicado no DOU de 05/10/1998, criou o *Parque Nacional da Serra das Confusões* com área de 502.902,3112 ha, localizado na área geopolítica dos municípios de Caracol, Guaribas, Santa Luz e Cristino Castro, Estado do Piauí.

3. Com a criação do referido Parque, os *autores*, proprietários do imóvel denominado 'Baixão da Volta', localizado no Município de Cristino Castro/PI, com área de 1.500,00 ha, requereram, através do *Processo Administrativo 02020.000610/99-96, datado de 10/03/1999*, a *desapropriação* dessa gleba, por estar localizada dentro da área do Parque Nacional da Serra das Confusões.

4. Em 14/04/1999, a equipe do Ibama, acompanhada pelo autor, realizou vistoria *in loco* e concluiu que o imóvel rural 'Baixão da Volta' estava

situado nos limites do Parque criado, conforme consta do *Lauda Técnico de Vistoria de fls. 17/19*.

5. Todavia, conforme as informações prestadas em 26/01/2000 pela Procuradora do Ibama no Piauí, à fls. 48, o referido processo administrativo não fora concluído e tampouco decretada a respectiva desapropriação da área, porquanto ocorrera, tão somente, a declaração de utilidade pública da área do parque.

6. Tal o contexto, os autores buscam a *via judicial* para obter a indenização, argumentando, para tanto, 'que o bem foi desapropriado indiretamente com a simples declaração de utilidade, já que retiraram dos autores os direitos de usar, gozar e dispor do bem' (fls. 56). Sendo assim, requerem a procedência do pedido, a fim de serem indenizados no valor de R\$ 615.500,00, acrescidos dos juros de mora e correção monetária.

7. Ao *contestar* a ação, o Ibama (fls. 76/78) alegou que a declaração de utilidade pública não implica em desapropriação, pelo que haveria apenas uma expectativa de desapropriação não geradora de direito de indenização.

8. Às fls. 105/548, o Ibama acostou cópias dos Levantamentos Fundiários do Parque Nacional da Serra das Confusões e das Escrituras de Cessão de Posse de Imóveis com indenização de benfeitorias. Outrossim, menciona ofício do Interpi informando que *as terras do Parque são devolutas* (fls. 332).

9. Às fls. 558, foi colhido o testemunho de Carlos Antônio Moura Fé, analista ambiental do Ibama, que

confirmou estar a área do imóvel rural dentro dos limites do Parque. Por outro lado, esclareceu 'que a propriedade em questão foi adquirida mediante compra de um primeiro proprietário que havia adquirido através de *usucapião*' e 'que em função de informações dos cartórios *não foi detectado proprietários de terras, mas, sobretudo posseiros*'.

10. De fato, o documento de fls. 560 atesta ter sido a aquisição originária do imóvel decorrente de *usucapião* e o documento de fls. 565 consiste na Certidão emitida pelo Cartório do 1º Ofício da Comarca de Cristino Castro/PI atestando a *inexistência de registro do imóvel* denominado 'Serra das Confusões' – Consideradas Gerais, no referido Cartório.

11. Não obstante a controvérsia acerca do domínio do imóvel, sobreveio a *sentença* de fls. 586/592, que julgou *parcialmente procedente* o pedido para condenar o Ibama 'a pagar a título de indenização, aos autores Tito Albino Evangelista da Silva e sua mulher Kátia Maria Maia Ribeiro, a importância de R\$ 22.500,00 (vinte e dois mil e quinhentos reais), corrigidos monetariamente, com juros compensatórios de 12% ao ano a partir da data do apossamento administrativo (02.10.1998, data do decreto declarando a área de utilidade pública), até o trânsito em julgado da sentença e de juros moratórios de 6% (seis por cento) ao ano a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição Federal (Decreto-Lei 3.365/1941, art. 15-B, acrescentado pela MP 2183-01, até a data do depósito. Honorários advocatícios a cargo do sucumbente (Ibama) em 5% do valor da condenação'.

12. A par do recurso de ofício a que se sujeita a r. Sentença, o Ibama interpõe o recurso de apelação, na forma das razões de fls. 598/603. Em síntese, alega que 'o imóvel em questão é oriundo de usucapião de terras devolutas, ou seja, terras públicas, lhe impossibilitando *ab initio* sua possível indenização'. Sendo assim, requer a reforma da sentença 'para que o Ibama não seja condenado a indenizar aos apelados, pois sua pretensa propriedade funda-se em usucapião de terras públicas o que é vedado pela CF/1988, em seu art. 191, parágrafo único'.

13. Adesivamente recorrem os autores, às fls. 606/607, visando a reforma parcial da sentença para 'condenar os recorridos na indenização do imóvel tomando por base o pedido elencado na inicial ou tomando por base a fixação do preço de R\$ 60,00/ha conforme documentação, ora juntada'.

14. Contra-arrazoado o apelo pelo Ibama, às fls. 624/627, subiram os autos ao TRF 1ª Região, vindo, em seguida, PRR 1ª Região para a manifestação do *custos legis*. (fls. 640/643).

No parecer, a PRR 1ª Região opinou, preliminarmente, pela *anulação da sentença, a fim de que seja realizada perícia documental relativa ao domínio*

do imóvel em questão. No mérito, opina pelo *provimento do recurso de apelação do Ibama e da remessa oficial, a fim de que o pedido inicial dos autores seja julgado improcedente. Recurso de apelação dos autores a ser improvido* (fls. 646).

Após o parecer ministerial, às fls. 649/651, o Ibama atravessou petição requerendo a sua substituição processual pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio, nos termos do art. 1º, da Lei 11.516, de 28 de agosto de 2007 c/c o art. 41 do Código de Processo Civil.

Instada a se manifestar sobre o pedido (fl. 655), a PRR 1ª região manifestou-se pelo indeferimento do pedido do Ibama.

Às fls. 662/663, proferi decisão indeferindo o pedido de substituição processual, da qual agravou regimentalmente o Ibama (fls. 667/671).

Julgado improcedente o agravo regimental pela Turma (fls. 674/678), o Ibama opôs embargos de declaração (fls. 683/690) que foram rejeitados pelo acórdão de fls. 692/696.

Intimado, (fls. 700), o Ibama requereu a apreciação dos recursos interpostos da sentença recorrida (fls. 701/702), e interpôs recurso especial retido (fls. 704/723).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Estes são os fundamentos postos na sentença para considerar o valor da indenização da propriedade expropriada:

Com a presente ação os autores objetivam indenização por terem suas terras indiretamente desapropriadas pelos réus para composição do Parque Nacional da Serra das Confusões, neste Estado. Para tanto, apontam como valor devido o montante de R\$ 616.500,00 (seiscentos e dezesseis mil e quinhentos reais). Por outro lado, os réus, mais especificamente o Ibama, rebatem o valor acima e defendem que no máximo o imóvel dos autores vale R\$ 22.500,00 (vinte e dois mil e quinhentos reais). Já o Ministério Público Federal manifestou-se contra qualquer tipo de indenização, pois se trata de terras devolutas adquiridas via usucapião pelos proprietários que antecederam os autores, e, portanto, tal título é nulo.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais l'talo Fioravanti Sabo Mendes e Mário César Ribeiro.

Pois bem. Primeiro, tenho que não cabe aqui declaração de nulidade do título de propriedade do imóvel dos autores, pois se o originário foi através de usucapião, este se deu via judicial e teve seus momentos impugnatórios (docs. a fls. 23 a 29). Caberia à União ou a quem fizesse suas vezes, proceder à arrecadação de seus bens e buscar por meio da via correta a anulação desses julgados. O procedimento administrativo de levantamento fundiário do Parque (fls. 107/181) não retira qualquer eficácia da decisão judicial.

Segundo, não há dúvida de que a União/Ibama buscou a via expropriatória às avessas, ou seja, o desapossamento, sem que houvesse a decretação da desapropriação, transferindo aos proprietários-autores o ônus de buscar em juízo a devida indenização. Cuida-se, portanto, de uma desapropriação indireta, cujos efeitos é de inibir os proprietários de utilizarem-se do direito de usar e dispor de seu bem em conformidade com a lei.

Cediço que apesar da União afirmar o contrário em sua defesa (fls. 44/47), a declaração de utilidade pública dos imóveis que compõem o Parque Nacional da Serra das Confusões retira de fato dos proprietários a liberdade de dispor dos mesmos da maneira que lhes aprouver, pois, conforme dispõe o art. 6º, do Decreto-Lei 3.365/1941, após a declaração, ficam as autoridades administrativas autorizadas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer, em caso de oposição, ao auxílio de força policial. No caso do Parque Nacional das Serras das Confusões o objetivo é a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza, que devem ser preservados.

Cabível, assim, a indenização, em conformidade com o art. 5º, IV, da Constituição Federal, pois segundo o próprio técnico do Ibama, em seu depoimento (fls. 558), já fora efetuada em relação a posseiros da região abrangida pelo Parque.

Agora, quanto ao preço apresentado pelas partes, merece, no entanto, uma análise dos parâmetros por elas levantados, pois os autores apontam como valor para suas terras, apegando-se a laudo adremente preparado (fls. 11/15), o montante de R\$ 616.500,00 (seiscentos e dezesseis mil e quinhentos reais), enquanto a União/Ibama, após levantamento do local, afirmam valerem somente R\$ 22.500,00 (vinte e dois mil e quinhentos reais) (fls. 44/47).

Ora, não há dúvidas quanto à exorbitância do montante cobrado pelos autores se observados a data da compra do imóvel pelos mesmos e o seu preço (fls. 33) que em 22/12/1997 foi adquirido por R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), e na propositura da presente ação (outubro de 1999) passou a valer o discrepante preço de R\$ 616.500,00. Não há como dar credibilidade ao laudo de fls. 11/115, mesmo afirmando o seu subscritor de que buscou informações sobre os valores lá apontados junto a agropecuaristas da região, técnicos da

Emater/PI, Banco do Nordeste etc. Deixa transparecer um propósito meramente especulador por parte de seus proprietários.

A Constituição Federal é clara:

'Art. 5º.

(...)

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade e *utilidade pública*, por interesse social, *mediante justa e prévia indenização em dinheiro*, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.' Grifei.

Portanto, a indenização deve se aproximar o mais possível de um valor justo ao ressarcimento dos expropriandos, a ser pago em dinheiro, o que no caso, entendo como razoável o valor apresentado pela União/Ibama, no montante de R\$ 22.500,00 (vinte e dois mil e quinhentos reais).

Quanto ao órgão responsável pela desapropriação (mesmo indireta) tenho que seja o Ibama, pois todos os procedimentos para esse fim foram efetuados por aquela autarquia federal, que tem personalidade jurídica própria e responderá pela indenização pleiteada no presente processo (art. 4º, do Decreto 2/1998, que cria o Parque Nacional das Serras das Confusões, à fls. 10).

Isso posto, julgo parcialmente procedente o pedido dos autores, e condeno o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama a pagar a título de indenização, aos autores Tito Albino Evangelista da Silva e sua mulher Kátia Maria Maia Ribeiro, a importância de R\$ 22.500,00 (vinte e dois mil e quinhentos reais), corrigidos monetariamente, com juros compensatórios de 12% (doze por cento) ao ano a partir da data do apossamento administrativo (02/10/1998, data do decreto declarando a área de utilidade pública), até o trânsito em julgado da sentença e de juros moratórios de 6% (seis por cento) ao ano a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição Federal (Decreto-Lei 3.365/1941, art. 15-B - acrescentado pela Medida Provisória 2.183-56/2001) até a data do depósito.

Honorários advocatícios a cargo do sucumbente (Ibama), que arbitro em 5% (cinco por cento) do valor da condenação.

Custas, como de lei.

Duplo grau obrigatório.

Registre-se. Publique-se. Intimem-se. (fls. 589/592).

1. Do valor da indenização

A presente desapropriação indireta proposta por Tito Albino Evangelista da Silva e Kátia Maria Maia Ribeiro contra a União e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama tem por objeto a indenização de imóvel rural, declarado

de utilidade pública, relativamente ao desapossamento de terras decorrente da criação do Parque Nacional da Serra das Confusões no Estado do Piauí.

Diante da discrepância do valor da indenização vindicado pelos autores (R\$ 616.500,00), a sentença acolheu o valor defendido pela União e pelo Ibama para fixar a indenização em R\$ 22.500,00 (vinte e dois mil e quinhentos reais), conforme manifestação de fls. 44/47, e depoimento de Carlos Antônio Moura Fé na audiência de instrução e julgamento (fls. 549).

No entanto, o Ibama defende em seu recurso (fls. 598/603) que o pedido de indenização seja julgado improcedente, pois a pretensa propriedade dos autores *funda-se em usucapião de terras públicas, o que é vedado pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 191, parágrafo único* (fl. 603).

Por outro lado, em recurso adesivo (fls. 606/607), os expropriados, entendendo não constituir valor justo o fixado na sentença, defendem que a indenização seja fixada na forma requerida na inicial.

Não assiste razão aos recorrentes.

Quanto à alegação do Ibama de que as terras seriam devolutas, e que em razão disso não caberia aos autores a pretendida indenização, tenho que com acerto afirmou o magistrado em sua sentença:

(...) não cabe aqui declaração de nulidade do título de propriedade do imóvel dos autores, pois se o originário foi através de usucapião, este se deu via judicial e teve seus momentos impugnatórios (docs. a fls. 23 a 29). Caberia à União ou a quem fizesse suas vezes, proceder à arrecadação de seus bens e buscar por meio da via correta a anulação desses julgados. O procedimento administrativo de levantamento fundiário do Parque (fls. 107/181) não retira qualquer eficácia da decisão judicial. (fls. 589).

Quanto ao valor da indenização, tenho que deve prevalecer.

A Constituição Federal estabelece em seu art. 5º, inciso XXIV, que *a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.* (Grifo nosso.)

Mais adiante, quando trata da política agrícola e fundiária e da reforma agrária, reforça o preceito da prévia e justa indenização, ao estabelecer em seu art. 184:

Art. 184 - Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do

valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. (Grifo nosso.)

Por sua vez, a Lei 8.629/1993, que dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal, em seu art. 12, com a redação dada pela MP 2.183-56/2001, traz o conceito de justa indenização, nestes termos:

Art. 12 Considera-se justa a indenização que reflita o preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade, aí incluídas as terras e acessões naturais, matas e florestas e as benfeitorias indenizáveis, observados os seguintes aspectos:

I - localização do imóvel;

II - aptidão agrícola;

III - dimensão do imóvel;

IV - área ocupada e ancianidade das posses;

V - funcionalidade, tempo de uso e estado de conservação das benfeitorias.

§ 1º Verificado o preço atual de mercado da totalidade do imóvel, proceder-se-á à dedução do valor das benfeitorias indenizáveis a serem pagas em dinheiro, obtendo-se o preço da terra a ser indenizado em TDA.

§ 2º Integram o preço da terra as florestas naturais, matas nativas e qualquer outro tipo de vegetação natural, não podendo o preço apurado superar, em qualquer hipótese, o preço de mercado do imóvel.

§ 3º O laudo de avaliação será subscrito por Engenheiro Agrônomo com registro de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, respondendo o subscritor, civil, penal e administrativamente, pela superavaliação comprovada ou fraude na identificação das informações.

Por justa indenização, deve entender-se a que corresponda ao valor de mercado do imóvel a ser desapropriado.

No caso em exame, os autores apresentaram, com a inicial, laudo, (fls. 11/15), sem nenhum suporte probatório a sustentar a pretensão de indenização pelo valor de R\$ 616.500,00 (seiscentos e dezesseis mil e quinhentos reais).

Embora intimados para audiência de instrumento e julgamento, realizada em 27/11/2003, os autores e seu advogado a esse ato não compareceram (cfls. fls. 556, 558 e 559). Nessa audiência, foi ouvida testemunha arrolada pelo Ibama sobre o imóvel e o preço do hectare da propriedade na região, tendo ele confirmado ser de R\$ 15,00 (quinze reais) o hectare, valor esse defendido pela União e pelo Ibama (cfls. fls. 44/47), daí se seguindo que a área de propriedade dos

autores, de 1.500,00 ha, totalizaria R\$ 22.500,00 (vinte e dois mil e quinhentos reais).

Os autores, em Juízo, não produziram contra-prova hábil, de modo que, inexistindo elementos à descaracterização do preço defendido pelos entes públicos, o valor da indenização fixado na sentença deve ser mantido, mormente quando se verifica que a sentença declinou motivação que demonstra haver a parte expropriada adquirido a área desapropriada, em 22/12/1997, por R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais).

Em tema de desapropriação, o princípio básico que deve nortear o juiz, ao estimar a indenização, é o alcance do justo preço do bem expropriado, corolário do direito de propriedade, e, na hipótese em exame, não foi apresentado pelos autores elementos a indicar que o valor do hectare do imóvel, estabelecido pelo juiz, seja inferior ao preço de mercado da região.

Em assim sendo, mantenho a indenização na forma em que fixada na sentença recorrida.

2. Dos juros compensatórios

No que toca aos juros compensatórios estes são devidos, mormente porque ocorreu o apossamento administrativo, por parte do Ibama, do imóvel expropriado. Assevere-se que os juros compensatórios visam a indenizar o expropriado pelo *apossamento prematuro da coisa* (Vicente de Paula Mendes, *in A indenização na desapropriação*, Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 102).

Aliás, nesse sentido, é a jurisprudência das 3ª e 4ª Turmas desta Corte, *verbis*:

Administrativo. Desapropriação. Valor da indenização. Juros compensatórios e moratórios. Honorários periciais.

I. Os juros compensatórios são devidos a partir da imissão de posse, independentemente da utilização que o expropriado venha fazendo de sua propriedade.

II. Estando as cominações impostas em conformidade com a jurisprudência desta Corte, nega-se provimento à apelação e à remessa.

(AC 91.01.15706-0/MA, rel. Juiz Osmar Tognolo, julgada em 14/09/1994, publicada *in DJ* de 20/10/1994).

Administrativo. Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. Juros compensatórios.

- Em tema de desapropriação, o princípio básico que orienta o Juiz na fixação do valor da

indenização é o do alcance do justo preço do bem expropriado, corolário do direito de propriedade.

- Merece prestígio o laudo de perito oficial, devidamente fundamentado, elaborado com a utilização de métodos e critérios razoáveis.

- Os juros moratórios e a correção monetária, como fixados na sentença, guardam harmonia com a jurisprudência pretoriana.

- Os juros compensatórios destinam-se a remunerar o proprietário do imóvel pela perda de sua posse, sendo irrelevante a sua capacidade de produção de rendimentos.

- Apelação e remessa oficial desprovidas.

(AC 93.01.18474-5/MA, rel. Juiz Vicente Leal, julgada em 17/08/1994, publicada *in DJ* de 20/10/1994).

Desapropriação por interesse social. Juros compensatórios e moratórios. Cobertura florística. Indenização.

I. Nas ações de desapropriação, são devidos juros compensatórios pela só ocupação do imóvel pelo poder expropriante, independentemente de ser ou não uma propriedade rentável ou produtiva.

II. Juros moratórios, incidindo de forma cumulativa com os compensatórios, a partir do trânsito em julgado da sentença (Súmula 70/TFR).

III. O valor comercial da cobertura florística fica dependente da viabilidade de exploração da madeira.

IV. Apelação da expropriada provida em parte.

V. Apelação do Incra e remessa oficial improvidas.

(AC 94.01.15357-4/MA, TRF 1ª Região, rel. Juiz Nelson Gomes da Silva, julgada em 22/06/1994, publicada *in DJ* de 18/08/1994).

Certo é, ainda, que os juros compensatórios têm por finalidade compensar a perda antecipada da posse do imóvel, fato que autoriza sua incidência.

Quanto ao percentual, este deve ser de 12% (doze por cento) ao ano, devendo a respectiva incidência ocorrer desde o apossamento administrativo até o trânsito em julgado, como determinado na sentença, uma vez que, embora a jurisprudência venha entendendo que a sua incidência deve estender-se até o dia do efetivo pagamento da indenização, não houve insurgência dos autores quanto à matéria.

Ressalto que, tendo a presente ação sido proposta em data posterior a 13/09/2001 (fls. 02), não se aplica, no caso em exame, a Súmula 408, do colendo Superior Tribunal de Justiça, publicada no *DJe* de 24/11/2009, no sentido de que *nas ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória*

1.577, de 11/06/1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13/09/2001 e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da Súmula 618 do Supremo Tribunal Federal.

3. Dos juros de mora

Os juros de mora, também, são devidos, no percentual de 6% ao ano, só que incidirão somente a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100, § 1º, da Constituição (art. 15-B do Decreto-Lei 3.365/1941, incluído pela Medida Provisória 1.901-30, de 24/09/1999).

O objetivo dos juros de mora é resguardar a pontualidade no cumprimento da sentença. E são eles

cumuláveis com os juros compensatórios, nos termos das Súmulas 416 do STF e 12, 102 e 70 do STJ.

4. Dos honorários advocatícios

Os honorários advocatícios, fixados em 5% (dois por cento) sobre o valor da condenação, mostram-se razoáveis, considerando o valor da indenização fixado em R\$ 22.500,00 (vinte e dois mil e quinhentos reais).

Diante do exposto, nego provimento à apelação do Ibama e à remessa oficial e ao recurso adesivo dos autores.

É o voto.

Quinta Turma

Numeração única: 0040412-88.1999.4.01.3800

Apelação Cível 1999.38.00.040575-0/MG

Relator:	Juiz Federal Pedro Francisco da Silva (convocado)
Apelante:	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama
Procuradora:	Dra. Adriana Maia Venturini
Apelado:	Aluizio de Oliveira
Advogado:	Dr. Aluizio de Oliveira
Remetente:	Juízo Federal da 2ª Vara – MG
Publicação:	e-DJF1 de 09/07/2010, p. 96

Ementa

Administrativo. Direito Ambiental. Mandado de segurança. Interdição de propriedade privada. Ausência de licença ambiental para desmatar às margens dos rios. Subordinação da atividade econômica – pecuária – à defesa do meio ambiente.

I. A Carta Política proclama que *todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado* e que incumbe ao Poder Público e à coletividade o *dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações* (art. 225, caput) e define a competência comum dos entes federativos no que se refere à proteção do meio ambiente e ao combate à poluição (art. 23, VI).

II. Necessária ponderação entre as exigências de preservação do meio ambiente e livre exercício de atividade econômica, sendo certo que a atividade econômica, segundo a disciplina constitucional, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a *defesa do meio ambiente* (CF, art. 170, VI).

III. Ausência de direito líquido e certo do impetrante ao desmatamento de vegetação às margens do Córrego Barra Nova e do Rio Jequitinhonha, área de preservação permanente, sem a prévia autorização da autoridade administrativa competente.

IV. O uso da propriedade privada e o exercício de atividade pecuária não se pode dar em prejuízo da incolumidade do meio ambiente, ao contrário, deve observar a limitação administrativa imposta ao uso dessa propriedade, no que se refere à área localizada às margens de rios, com vistas à proteção das águas e do solo.

V. Revela-se legítimo ao Estado, ao exercer o poder de polícia administrativa, interditar a propriedade – o que não significa impedir o exercício da pecuária –, em face da violação às leis de proteção ao meio ambiente,

postergando, excepcionalmente, o contraditório e a ampla defesa, em razão da premente necessidade de fazer cessar, de imediato, atividade degradadora do meio ambiente.

VI. Apelação do Ibama e remessa oficial providas, para denegar a segurança.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial.

5ª Turma TRF 1ª Região – 17/02/2010.

Juiz Federal *Pedro Francisco da Silva*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Pedro Francisco da Silva:
— Trata-se de mandado de segurança impetrado por Aluizio de Oliveira contra ato do 3º Sargento da Polícia Militar de Minas Gerais, no exercício da função delegado do Instituto do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, e do Superintendente Regional daquela Autarquia em Minas Gerais, que, ao lavrar auto de infração, impondo-lhe multa, interditou a Fazenda Juparanã, de propriedade do impetrante e onde ele explora a atividade pecuária, em face do desmatamento (e destocamento) de área estimada em 6 (seis) hectares de capoeira, considerada de preservação permanente, situada às margens do Córrego Barra Nova e do Rio Jequitinhonha, sem autorização do órgão competente.

Alega o impetrante que a diferença entre floresta e capoeira não permite a aplicação do art. 25 do Decreto 3.179/1999.

O pedido de liminar foi deferido a fls. 68/70 e foram prestadas as informações pela autoridade impetrada (fls. 84-91).

O Procurador Regional da República pugnou pela denegação da segurança (fls. 219-229).

Ao sentenciar o feito, o ilustre Juiz de 1ª instância concedeu a segurança, determinando o cancelamento do Auto de Infração 068065 e Termo de Embargo/Interdição 1320825, bem como a nulidade da multa aplicada.

Inconformado, apela o Ibama, sustentando, em suma, o desacerto da sentença, que contraria as diretrizes constitucionais de proteção e preservação do meio ambiente. Defende a legalidade da lavratura do auto de infração e do termo de interdição, em face da infringência ao art. 25 do Decreto 3.179/1999, à Lei 4.771/1965 e à Lei 9.605/1998 e a ausência do direito líquido e certo do Impetrante.

Foram apresentadas contrarrazões.

Há remessa oficial.

O douto representante do Ministério Público reiterou os argumentos do *Parquet* atuante em primeiro grau.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Pedro Francisco da Silva: —
A sentença deve ser reformada.

De início, ressalte-se que o exercício de qualquer atividade econômica pressupõe o atendimento aos requisitos legais e às limitações impostas pela Administração no regular exercício de seu poder de polícia (STF, RE 349686/PE, Min. Ellen Gracie) e, segundo a disciplina constitucional, está subordinado, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a *defesa do meio ambiente* (CF, art. 170, VI), devendo o Estado buscar o justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, inadmitindo a exploração de atividade econômica que implique degradação do meio ambiente.

Nessa perspectiva, para que o impetrante, pecuarista, pudesse desmatar a área de sua propriedade privada às margens do Córrego Barra Nova e do Rio Jequitinhonha seria necessário obtenção de prévia licença ambiental do Estado, pois incumbe ao Poder Público zelar pela incolumidade e preservação do meio ambiente, em face de expressa disposição inserta na Carta Política de 1988, *in verbis*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, 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.

*Participaram do julgamentos os Exmos. Srs. Des. Federais João Batista Moreira e Selene Maria de Almeida.

Nesse sentido é a jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal, como se colhe dos seguintes arestos:

Ementa: Meio ambiente. Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225). Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade. Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade – necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais. Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III) (...) A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) (...)

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. - *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, VI), que 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. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): o princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. - 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 do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, 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.

(...) - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III).

(ADI 3540 MC, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 1º/09/2005, DJ 03/02/2006 PP-14 Ement Vol-2219-03 PP-528). (Grifos nossos.)

Agravo regimental. Suspensão de tutela antecipada. Importação de pneumáticos usados. Manifesto interesse público. Grave lesão à ordem e à saúde públicas.

I. Esgotamento da instância recursal como pressuposto para formulação de pedido de suspensão de tutela antecipada. Desnecessidade. Preliminar rejeitada. Precedentes.

II. Lei 8.437/1992, art. 4.º Suspensão de liminar que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela recursal. Critérios legais.

III. Importação de pneumáticos usados. Manifesto interesse público. Dano ambiental. Demonstração de grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, tendo em conta a proibição geral de não importação de bens de consumo ou matéria-prima usada. Precedentes.

IV. *Ponderação entre as exigências para preservação da saúde e do meio ambiente e o livre exercício da atividade econômica (art. 170 da Constituição Federal).*

V. *Grave lesão à ordem pública, diante do manifesto e inafastável interesse público à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da Constituição Federal).* Precedentes.

VI. Questão de mérito. Constitucionalidade formal e material do conjunto de normas (ambientais e de comércio exterior) que proíbem a importação de pneumáticos usados. Pedido suspensivo de antecipação de tutela recursal. Limites impostos no art. 4º da Lei 8.437/1992. Impossibilidade de discussão na presente medida de contracautela.

VII. Agravo regimental improvido.

(STA 118 AgR, rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2007, DJe-36 Public 29/02/2008 Ement Vol-2309-01 PP-1) (Grifos nossos.)

Desse modo, revela-se legítimo ao Estado, ao exercer o poder de polícia administrativa, interditar a propriedade privada – o que não significa impedir o exercício da atividade pecuarista, o que não ocorreu –, em face da violação às leis que disciplinam a preservação do meio ambiente, especificadas no auto infração e termo de interdição (fls. 22/23), cujo teor transcrevemos abaixo:

Lei 9.605/1998

Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.

Decreto 3.179/1999:

Art. 25. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Multa de R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por hectare ou fração.

Lei 4.771/1965

Art. 9º. Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: (Redação dada pela Lei 7.803 de 18/07/1989)

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura; (Redação dada pela Lei 7.803 de 18/07/1989)

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; (Redação dada pela Lei 7.803 de 18/07/1989)

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; (Redação dada pela Lei 7.803 de 18/07/1989)

4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; (Redação dada pela Lei 7.803 de 18/07/1989).

Constata-se, portanto, a ausência de direito líquido e certo do Impetrante ao desmatamento e destocamento de vegetação às margens do Córrego

Barra Nova e do Rio Jequitinhonha, sem a prévia autorização da autoridade administrativa competente, bem como a legítima atuação dos agentes de fiscalização do meio ambiente, em face da prática, pelo impetrante, de ato contrário à legislação disciplinadora da matéria ambiental.

Registre-se, por oportuno, que a atuação fiscalizadora do Ibama encontra respaldo na Lei 6.938/1981, e, quanto à competência comum dos entes federativos (Constituição da República, art. 23, VI), *a conservação do meio ambiente não se prende a situações geográficas ou referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem. A natureza desconhece fronteiras políticas. Os bens ambientais são transnacionais.*(...) (REsp 588022/SC, Primeira Turma, Min. José Delgado, DJ 05/04/2004, p. 217).

No caso dos autos, a adoção da medida drástica de interdição da propriedade, previamente ao exercício do contraditório e da ampla defesa em processo administrativo, excepcionalmente, não configura ilegalidade, devendo esses direitos constitucionais assegurados aos litigantes ser exercidos posteriormente, como de fato o foram, consoante cópia do processo administrativo (fls. 92/163).

Assim, deve ser reformada a sentença, porque ausente qualquer lesão a direito líquido e certo do impetrante, uma vez que o uso da propriedade privada e o exercício de atividade pecuária não se pode dar em prejuízo da incolumidade do meio ambiente, ao contrário, deve observar a limitação administrativa imposta à propriedade privada localizada às margens de rios, com vistas à proteção das águas, na medida em que evita o assoreamento dos rios, além da proteção do solo, como bem explicita o apelante em sua peça recursal, ao citar a doutrina de Paulo Affonso Leme Machado a fls. 259.

Sobre o assunto, confira-se alguns precedentes jurisprudenciais:

Processual Civil e Ambiental. Ação civil pública. Ausência de prequestionamento. Incidência, por analogia, da Súmula 282 do STF. Função social e função ecológica da propriedade e da posse. Áreas de preservação permanente. Reserva legal. Responsabilidade objetiva pelo dano ambiental. Obrigação propter rem. Direito adquirido de poluir.

(...)

II. Inexiste direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente. O tempo é incapaz de curar ilegalidades ambientais de natureza permanente, pois parte dos sujeitos tutelados – as gerações futuras – carece de voz e de representantes que falem ou se omitam em seu nome.

III. Décadas de uso ilícito da propriedade rural não dão salvo-conduto ao proprietário ou posseiro para a continuidade de atos proibidos ou tornam

legais práticas vedadas pelo legislador, sobretudo no âmbito de direitos indisponíveis, que a todos aproveita, inclusive às gerações futuras, como é o caso da proteção do meio ambiente.

IV. As APPs e a Reserva Legal justificam-se onde há vegetação nativa remanescente, mas com maior razão onde, em consequência de desmatamento ilegal, a flora local já não existe, embora devesse existir.

V. Os deveres associados às APPs e à Reserva Legal têm natureza de obrigação propter rem, isto é, aderem ao título de domínio ou posse. Precedentes do STJ.

VI. Descabe falar em culpa ou nexa causal, como fatores determinantes do dever de recuperar a vegetação nativa e averbar a Reserva Legal por parte do proprietário ou possuidor, antigo ou novo, mesmo se o imóvel já estava desmatado quando de sua aquisição. Sendo a hipótese de obrigação propter rem, desarrazoado perquirir quem causou o dano ambiental *in casu*, se o atual proprietário ou os anteriores, ou a culpabilidade de quem o fez ou deixou de fazer. Precedentes do STJ.

VII. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 948.921/SP, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 23/10/2007, DJe 11/11/2009). Grifos nossos.

Desapropriação direta. Imóvel situado na Estação Ecológica Juréia-Itatins. Indenização pela cobertura florística. Impossibilidade. Área de preservação permanente. Impossibilidade de exploração econômica anterior ao decreto expropriatório. Violação ao art. 535, do CPC. Inocorrência. Recurso especial. Prematuro. Ausência de esgotamento da instância ordinária. Não conhecimento.

(...)

III. Restou assentado no v. aresto hostilizado que: Mesmo antes da implantação da Estação Ecológica de Juréia-Itatins, os expropriados, por força do Código Florestal, já não podiam usufruir em sua integralidade da área objeto da ação, posto que considerada de preservação permanente.

De fato, as florestas e demais formas de vegetação natural, localizadas ao longo dos cursos e reservatórios de água, nas elevações, nas encostas, nas restingas, nas bordas de tabuleiros ou chapadas, nas altitudes acima de 1.800 metros, encontram-se protegidas e não podem ser utilizadas, porque submetidas a regime de preservação, conforme art. 2º, do Código Florestal (Lei 4.771/1965), em seu art. 2º. Isso equivale a dizer que já existia, anteriormente, por introdução do Código Florestal, clara limitação administrativa (...)" (fls.1.983).

(...)

(AgRg no REsp 873.179/SP, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21/05/2009, DJe 29/06/2009.)

Constitucional e Ambiental. Dano ambiental. Perigo de danos decorrentes irreversíveis. Necessidade de recuperação. Urgência. Determinação liminar. Possibilidade.

I. A recuperação dos danos ambientais causados encontra amparo nos princípios do poluidor-pagador e da reparação integral, que informam o direito ambiental. Caso em que se impõe ao réu, por decisão liminar, a adoção de medidas urgentes para a *recuperação de desmatamento realizado ao longo de rio, a fim de evitar o assoreamento e erosões decorrentes da falta de proteção natural da vegetação, pois, do contrário, esses prejuízos decorrentes podem se tornar irreversíveis.*

II. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

(AG 2004.01.00.044993-4/RO, rel. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Sexta Turma, DJ p.50 de 26/02/2007). Grifo nosso.

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança. Documentação juntada inoportunamente. Desconsideração. Inépcia da inicial por falta de pedido não configura. Autorização para desmatamento de área rural. Falta de requisitos. Indeferimento.

I. Direito líquido e certo, para fins de mandado de segurança, tem natureza processual, no sentido de ser comprovado de plano, por prova documental. Assim, os documentos juntados após a prolação da sentença não podem ser considerados no julgamento do recurso de apelação.

II. Identificado o pedido principal, de igual teor da postulação de liminar, não se há de falar em inépcia do petítório inicial.

III. A licença para exploração de propriedade rural com área reservada e gravada com a cláusula de preservação permanente não assegura ao proprietário da terra a autorização para o desmatamento permanente.

IV. Da mesma forma, a anterior emissão de autorizações temporárias para desmatamento não vincula a Administração à emissão de outras, salvo em caso de preenchimento dos requisitos previstos na legislação vigente pertinente.

V. Negativa que não ofende direito líquido e certo dos impetrantes.

VI. Preliminar rejeitada e recurso de apelação a que se nega provimento.

(AMS 91.01.00246-5/BA, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Segunda Turma, DJ p.14 de 15/06/2000.)

Ante o exposto, dou provimento à apelação e à remessa oficial para, reformando a sentença de primeiro grau, denegar a segurança.

É o meu voto.

Sexta Turma

Numeração única: 0006059-53.1998.4.01.3801

Apelação Cível 1998.38.01.006016-4/MG

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Apelante: Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF/MG
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Apelada: Cátia Aparecida Lopes
Advogados: Dr. Francisco César de Oliveira Sena e outro
Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG
Publicação: e-DJF1 de 07/06/2010, p. 275

Ementa

Civil. Responsabilidade civil. Dano moral. Universidade Federal de Juiz de Fora (Hospital Universitário). Enfermeira agredida em serviço. Omissão da administração em prover a segurança dos servidores. Reparação devida.

I. Compete à Administração prover a segurança de seus servidores no ambiente de trabalho, mormente quando a atividade desenvolvida envolve atendimento ao público, em situações de estresse, como no caso de atendimento ambulatorial em hospital universitário.

II. Verificada a omissão na vigilância, do que resultou a agressão de que foi vítima a autora, resta configurado o nexo de causalidade entre a conduta omissiva e o dano sofrido, e, em consequência, o dever de indenizar.

III. Condenação em valor razoável, que se mantém.

IV. Apelação da Universidade Federal de Juiz de Fora e remessa oficial desprovidas.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 03/05/2010.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Trata-se de ação de reparação de dano moral ajuizada por Cátia Aparecida Lopes contra a Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), pleiteando a condenação da ré ao pagamento de quantia a ser arbitrada pelo juízo, além de honorários advocatícios, estes, à base de 20% sobre o valor da condenação.

A autora afirmou que era enfermeira chefe do Hospital Universitário da UFJF e que, no dia 5 de março 1997, por volta das 22h40min, uma senhora chamada Ângela Maria de Souza, com sinais de embriaguez, segundo afirma (fls. 4)

(...) invadiu o Hospital e chegando até a enfermagem de mulheres começou a discutir com a funcionária, momento em que a requerente

entreviu (*sic*), pois como responsável pela segurança dos pacientes, pediu que a invasora se retirasse, obtendo como resposta um não e vários palavrões e ameaças pegou o telefone para chamar a segurança quando foi agredida com um tapa no rosto dado pela invasora.

Aduz que é da ré a responsabilidade pela agressão sofrida, pois a Administração negligenciou o controle de acesso de pessoas ao hospital, ensejando que qualquer pessoa, a qualquer hora, adentrasse nas dependências do hospital, colocando em risco a integridade de funcionários e pacientes.

Citada, a ré apresentou contestação alegando que o incidente se deveu ao comportamento acintoso da autora, ao abordar a pessoa que teria invadido o hospital. Acrescenta que a situação foi prontamente enfrentada e contornada pelo vigilante que estava a

postos no local e que, em razão da culpa exclusiva da autora no evento, deve ser rejeitado o pedido.

Conclui, informando que o procedimento criminal instaurado em razão dos fatos foi extinto, em virtude de a autora não ter formulado representação criminal, necessária ao prosseguimento da ação penal, razão pela qual entende que tal circunstância implica reconhecimento do perdão da vítima, e, conseqüentemente, a cessação de qualquer outro efeito.

Por sentença que se encontra às fls. 87/90, o ilustre Juiz Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Juiz de Fora (MG), Dr. José Wilson Ferreira Sobrinho, julgou procedente o pedido e condenou a ré ao pagamento da quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais), acrescida de juros e correção monetária, além de honorários advocatícios, que foram fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

A sentença foi submetida ao duplo grau de jurisdição obrigatório, e, inconformada, a UFJF interpõe apelação, repisando os mesmos argumentos expendidos na contestação, ressaltando que o evento ocorreu em virtude do comportamento inadequado da autora em relação à pessoa que a agrediu.

Em contrarrazões, a autora pugna pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Como visto do relatório, a Universidade Federal de Juiz de Fora foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais à autora Cátia Aparecida Lopes, em decorrência de agressão sofrida durante o exercício da função de enfermeira, no Hospital Universitário, mantido pela Universidade.

Ao sentenciar, o magistrado se valeu da seguinte fundamentação (fls. 88/89):

1. Preciso, de logo, o seguinte ponto: a autora foi efetivamente agredida fisicamente dentro do seu local de trabalho (Hospital Universitário da UFJF) no momento em que desempenhava seu mister profissional (enfermagem). Isto se encontra provado pelos depoimentos existentes nos autos.

2. O que remanesce para exame é o ângulo ligado à culpa, ou não, da ré na medida em que o

caso concreto aponta para uma eventual existência de omissão relativamente ao fator segurança de seus servidores durante a prestação de serviço.

3. E isto é assim porque a responsabilidade objetiva não se põe, uma vez que a autora foi agredida por pessoa estranha aos quadros funcionais da ré.

4. Afasto, inicialmente, a tentativa da ré, ainda que de forma pouco explícita (folhas 81, §§ 4º, 5º e 6º), encontrável em suas razões finais, no sentido de imputar à autora o ocorrido. Isto não é aceitável.

5. Não se pode, à evidência, inverter a equação da responsabilidade para fazer recair sobre os ombros da autora a responsabilidade pela agressão que sofreu.

6. Na verdade, a UFJF tem indiscutível culpa no ocorrido, uma vez que não é crível, como pretende a testemunha César Damasceno (folhas 67/68 dos autos), que um vigilante não tenha como função primordial impedir a entrada de pessoas com as características comportamentais da agressora.

Tal tarefa não pode ser deslocada para uma recepcionista (como a testemunha referida afirmou em seu depoimento). Se assim fosse, então qual seria a utilidade de um vigilante no Hospital Universitário?

7. Francamente: se o Hospital Universitário tem recepcionista (que segundo a testemunha César Damasceno teria a função estranha de controlar a entrada de pessoas no Hospital), qual seria a explicação plausível para o fato de o vigilante de serviço na noite do ocorrido atender ligações versando consultas sobre pacientes internados no Hospital Universitário (fls. 67 dos autos)? Será que esta é a tarefa de um vigilante?

8. Ora, a segurança do Hospital Universitário falhou fragorosamente. À autora não cabia o ônus de se encolher dentro de um minúsculo espaço (posto de enfermagem) para não ser agredida, como pensa a ré em suas razões finais (fls. 81 dos autos).

9. A ré é que deveria fazer com que seus vigilantes desempenhassem adequadamente sua função: impedindo agressões no interior do Hospital Universitário, não falando ao telefone enquanto tais agressões são feitas.

10. Patente, portanto, a culpa da ré, apesar do seu retórico esforço de defesa.

Entendo que a sentença não merece qualquer reparo, pois ficou constatada a incúria da ré, ao deixar de prover a segurança dos servidores que atuam em suas dependências.

É sabido que atividade relacionada ao atendimento ao público gera inúmeras situações de estresse entre servidores e usuários do serviço, como no caso de atendimento ambulatorial em hospital universitário e, não raro, ocorrem situações como a descrita nos autos.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado).

No mesmo Hospital Universitário onde a autora exercia suas atividades, é possível constatar vários tipos de ocorrência, todas elas a exigir pronta intervenção da segurança, conforme anotações feitas pelos profissionais de saúde que ali trabalhavam (fls. 46-50 e 53-55).

Sendo assim, cabe à Administração a tomada de providências para prevenir tais situações, com a implantação de serviço de segurança eficiente. Não o fazendo, corre o risco de ser responsabilizada por fato como o que ocorreu com a autora, a qual foi agredida nas dependências de hospital público, durante o expediente de trabalho.

Desse modo, comprovado o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano sofrido, deve a ré ser

condenada a reparar o dano de que foi vítima a autora.

Quanto ao valor da indenização, embora certo que a condenação por dano moral não deve ser fixada em valor excessivo, gerando enriquecimento sem causa, não pode, entretanto, ser arbitrada em valor irrisório, incapaz de propiciar reparação do dano sofrido e de inibir o causador do dano a futuras práticas da mesma espécie.

No caso, entendo que a condenação ao pagamento de quantia R\$ 3.000,00 (três mil reais) se mostra adequada para reparar o dano sofrido.

Ante o exposto, mantenho a sentença e nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É o meu voto.

Sétima Turma

Numeração única: 0010797-39.2001.4.01.3200

Apelação Cível 2001.32.00.010818-0/AM

Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral
Apelante: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
Apelado: Sweda Sistemas Eletrônicos da Amazônia Ltda.
Advogados: Dr. Raymundo Nonato Botelho de Noronha e outros
Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara/AM
Publicação: e-DJF1 de 04/06/2010, p.168

Ementa

Tributário. Zona Franca de Manaus (Suframa). Imposto de Importação. DL 288/1967. Importação de insumos para caixas registradoras e balanças eletrônicas. Projeto incentivado aprovado: isenção onerosa (CF, art. 40). Alíquota reduzida (isenção parcial). Aplicação da legislação superveniente: impossibilidade. Ato jurídico perfeito. Direito adquirido (art. 178 CTN). Confiança mútua protegida. Boa-fé objetiva.

I. Aprovado o projeto industrial de empresa instalada na Zona Franca de Manaus pelo Conselho de Administração da Suframa, com expedição de resolução, aplicando a redução de alíquota do Imposto de Importação (DL 288/1967, art. 7º, §§ 4º e 7º), em função de determinadas condições e para determinada finalidade e por prazo certo, nos termos do art. 40 do ADCT CF/1988, tem-se caracterizada isenção fiscal parcial a título oneroso.

II. Não existindo, à época em que aplicada pela resolução da Suframa a redução do Imposto de Importação para produção de caixas registradoras e balanças eletrônicas, qualquer norma legal definindo tais produtos e seus insumos como *produtos de informática*, a posterior classificação desses produtos como de informática não é justa causa jurídica suficiente à revogação do incentivo fiscal concedido a título oneroso, que, incorporando-se ao patrimônio do contribuinte, configura ato jurídico perfeito e constitui direito adquirido.

III. Em respeito ao princípio da boa-fé objetiva e com a aplicação do princípio da confiança recíproca protegida (incompatível com o elemento surpreendente), o fisco não pode revogar benefício oneroso com fundamento em norma superveniente, não havendo falar em retroação de norma tributária em prejuízo do contribuinte.

IV. Apelação e remessa oficial não providas.

V. Peças liberadas pelo relator, em 25/05/2010, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a Turma negar provimento à apelação e à remessa oficial por unanimidade.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 25/05/2010.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral:
— Por inicial ajuizada em 09/10/2001, Sweda Sistema Eletrônicos da Amazônia Ltda., empresa localizada na Zona Franca de Manaus, pediu segurança preventiva, com liminar, contra ato dos Inspectores de Alfândega da Receita Federal no Aeroporto Internacional Eduardo Gomes de Manaus e no Porto de Manaus, objetivando recolher o Imposto de Importação sobre insumos estrangeiros empregados na fabricação de *caixas registradoras eletrônicas e balanças eletrônicas*, remetidas para outra localidade do território nacional, com a redução de 88% da alíquota (Decreto-Lei 288/1967, com redação pela Lei 8.387/1991 c/c item II da Resolução Suframa 197/1993).

Disse que *caixa registradora e balanças eletrônicas* não são bens de informática, razão por que os insumos nelas empregadas fazem jus ao benefício da alíquota reduzida de Imposto de Importação de 88%, conforme dispôs a Resolução Suframa 197, de 29/03/1993 (fls. 28/9), que aprovou seu projeto industrial (fls. 28/9).

Liminar deferida (fls. 71/4), negado seguimento ao AG 2001.01.00.044864-7, com trânsito em julgado.

Nas informações, ambas as autoridades (fls. 80/95; 100/12) alegaram: as *caixas registradoras e balanças eletrônicas* são bens de informática, conforme dispõe a Portaria Interministerial MCT/MPO 117, de 11/04/1997, razão por que lhes é aplicável o coeficiente variável de Imposto de Importação (conforme art. 7º, § 1º, do Decreto-Lei 288/1967, com a redação pela Lei 8.387/1991), não a alíquota reduzida de 88%; a Resolução Suframa 197/1993 é ilegal, porque a Lei 7.232, de 29/10/1984, enquadra tais produtos como bens de informática; a referida resolução, ao aprovar o projeto industrial da impetrante, não lhe poderia ter concedido benefício fiscal, o que só pode ser feito por lei.

O MPF (fls. 145/8) opinou pela denegação da segurança.

Por sentença (fls. 151/8) datada de 19/05/2003, o Juiz Federal Vallisney de Souza Oliveira, da 2ª Vara/AM, concedeu a segurança *para que os impetrados*

se abstenham de atuar a impetrante para haver as diferenças do Imposto de Importação incidente sobre insumos estrangeiros empregados na fabricação de caixas-registradoras e balanças eletrônicas remetidas para outras localidades do território nacional, quando a exigibilidade reduzida desse imposto tenha sido calculada mediante a utilização do coeficiente fixo de 88%, porque somente por lei federal podem ser modificados os critérios que disciplinam ou venham disciplinar a aprovação dos projetos na Zona Franca de Manaus (parágrafo único do art. 40 do ADCT).

Com remessa oficial.

A FN apela (fls. 167/77), repisando as informações.

Sem contrarrazões (fls. 19-v).

A PRR (fls. 184/92) não quis opinar.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral:
— Esclarece a impetrante que foi intimada pelo fisco, em set/2001 (fls. 63), para refazer os Demonstrativos de Coeficiente de Redução do Imposto de Importação com a utilização do coeficiente variável, contra o que se opôs (fls. 65/7), havendo, ainda sim, nova intimação (fls. 69) para o refazimento dos cálculos. Daí a impetração preventiva para que não atuada em razão da utilização (equivocada para o fisco) do coeficiente reduzido do imposto de importação de 88%. Estes, os termos da intimação (fls. 63) (grifo):

Intimamos o contribuinte a atender (...) às seguintes exigências:

1) *Refazer os Demonstrativos de Coeficiente de Redução do Imposto de Importação* (DCR) 109/1996, 633/1996, 2715/1996, 3845/1996, 4358/1996, 0805/1996, 0805/1997, 0806/1997, 4720/1997 e 61/21/1997, apurando os campos de 16 a 20 e o

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Reynaldo Fonseca e Catão Alves.

campo 25, correspondentes aos valores de custos de componentes nacionais, *componentes importados*, salários e ordenados, encargos sociais e trabalhistas e ao resultado de cálculo do valor do coeficiente de redução variável. (...)

A aprovação de projetos industriais pelo Conselho de Administração da Suframa (o que ocorre por meio de resolução) é requisito para que a empresa produtora de bens na ZFM possa usufruir da redução do Imposto de Importação em 88% (*coeficiente fixo*) (art. 7º, § 4º, do Decreto-Lei 288, de 29/02/1967), salvo para os bens de informática (que estarão sujeitos a *coeficiente variável* - art. 2º da Lei 8.387/1991 c/c art. 7º, § 1º, do DL 288/1967), sendo devida tal redução a *produtos industrializados previstos no projeto aprovado pelo Conselho de Administração da Suframa* (art. 7º, § 7º, do Decreto-Lei 288/1967):

Os produtos industrializados na Zona Franca de Manaus, salvo os bens de informática e os veículos automóveis, tratores e outros veículos terrestres, suas partes e peças, excluídos os das posições 8711 a 8714 da Tarifa Aduaneira do Brasil (TAB), e respectivas partes e peças, quando dela saírem para qualquer ponto do Território Nacional, estarão sujeitos à exigibilidade do Imposto sobre Importação relativo a matérias-primas, produtos intermediários, materiais secundários e de embalagem, componentes e outros insumos de origem estrangeira neles empregados, calculado o tributo mediante coeficiente de redução de sua alíquota ad valorem, na conformidade do § 1º deste artigo, desde que atendam nível de industrialização local compatível com processo produtivo básico para produtos compreendidos na mesma posição e subposição da Tarifa Aduaneira do Brasil (TAB) (Redação dada pela Lei 8.387, de 30/12/1991.)

(....)

§ 4º Para os produtos industrializados na Zona Franca de Manaus, salvo os bens de informática e os veículos automóveis, tratores e outros veículos terrestres, suas partes e peças, excluídos os das posições 8711 a 8714 da Tarifa Aduaneira do Brasil (TAB), cujos projetos tenham sido aprovados pelo Conselho de Administração da Suframa até 31 de março de 1991 ou para seus congêneres ou similares, compreendidos na mesma posição e subposição da Tarifa Aduaneira do Brasil (TAB), constantes de projetos que venham a ser aprovados, no prazo de que trata o art. 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a redução de que trata o caput deste artigo será de oitenta e oito por cento. (Redação dada pela Lei 8.387, de 30/12/1991.)

(....)

§ 7º A redução do Imposto sobre Importação, de que trata este artigo, somente será deferida a produtos industrializados previstos em projeto aprovado pelo Conselho de Administração da Suframa (....) (Redação dada pela Lei 8.387, de 30/12/1991.)

Os bens de informática gozavam, e ainda gozam, então, de disciplina própria mediante incentivo de redução do Imposto de Importação nos termos do art. 2º da Lei 8.387/1991 (*coeficiente variável*):

Art. 2º Aos bens do setor de informática, industrializados na Zona Franca de Manaus, serão concedidos, até 29 de outubro de 1992, os incentivos fiscais e financeiros previstos na Lei 8.248, de 23 de outubro de 1991, atendidos os requisitos estabelecidos no § 7º do art. 7º do Decreto-Lei 288, de 28 de fevereiro de 1967, com a redação dada por esta lei. (Regulamento) (Vide Lei 11.077, de 2004) (Regulamento).

§ 1º Após 29 de outubro de 1992, os bens referidos neste artigo, industrializados na Zona Franca de Manaus, quando internados em outras regiões do País, estarão sujeitos à exigibilidade do Imposto sobre Importação relativo a matérias-primas, produtos intermediários, materiais secundários e de embalagem, componentes e outros insumos, de origem estrangeira e nele empregados, conforme coeficiente de redução estabelecido no § 1º do art. 7º do Decreto-Lei 288, de 28 de fevereiro de 1967, com a redação dada pelo art. 1º desta lei. (Vide Lei 11.077, de 2004.)

Esta, a fórmula de aferição do *coeficiente variável* aplicável aos bens de informática (Decreto-Lei 288/1967):

Art. 7º (...)

§ 1º O coeficiente de redução do imposto será obtido mediante a aplicação da fórmula que tenha: (Parágrafo incluído pela Lei 8.387, de 30.12.1991)

I - no dividendo, a soma dos valores de matérias-primas, produtos intermediários, materiais secundários e de embalagem, componentes e outros insumos de produção nacional e da mão-de-obra empregada no processo produtivo; (Inciso incluído pela Lei 8.387, de 30.12.1991)

II - no divisor, a soma dos valores de matérias-primas, produtos intermediários, materiais secundários e de embalagem, componentes e outros insumos de produção nacional e de origem estrangeira, e da mão-de-obra empregada no processo produtivo. (Inciso incluído pela Lei 8.387, de 30.12.1991)

A Resolução Suframa 197, de 29/03/1993 (fls. 28/9) aprovou o projeto industrial da autora, declarando utilizável a alíquota reduzida de 88% para as *caixas registradoras e balanças eletrônicas* (pelo prazo do art. 40 do ADCT – 25 anos a partir da promulgação da CF/1988, prazo acrescido de 10 anos pelo art. 92 do ADCT), com a seguinte redação (grifei) (à época, portanto, a Suframa entendeu que as *caixas registradoras e as balanças eletrônicas* não eram bens de informática).

I - Aprovar o projeto industrial da empresa Sweda (...) para a produção de *balança eletrônica, caixa registradora eletrônica* (...) concedendo-lhe pelo prazo estabelecido no art. 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (...) os benefícios fiscais previstos no Decreto-Lei 288, de 29 de fevereiro de 1967, regulamentado pelo Decreto 61.244, de 29 de agosto de 1967, alterado pelo Decreto-Lei 1.435, de 16 de dezembro de 1975, com a nova redação dada pela Lei 8.387, de 30 de dezembro de 1991.

II – Definir que para a produção de *balança eletrônica* (...) *caixa registradora eletrônica* (...) a redução da alíquota do Imposto de Importação relativo a matérias primas, materiais secundários e de embalagem, componentes e outros insumos de origem estrangeira utilizados nos respectivos processos de fabricação, será de 88% (oitenta e oito por cento), conforme § 4º do art. 7º do Decreto-Lei 288/1967, com a redação dada pelo art. 1º da Lei 8.387/1991.”

Nessa esteira, a impetrante pretende que os insumos importados empregados na fabricação de *caixas registradoras* e *balanças eletrônicas* continuem sendo tributados com a redução da alíquota de Imposto de Importação de 88% (coeficiente fixo) (§ 4º do art. 7º do Decreto-Lei 288/1967), conforme definido na resolução Suframa que aprovou seu projeto, não tributados com base no coeficiente variável do § 1º do art. 7º do citado decreto-lei, *porque não se enquadravam, à míngua de previsão legal em contrário, como bens de informática* (para os quais se aplica o coeficiente variável).

Os §§ 1º e 1º-C do art. 4º da Lei 8.248, de 23/10/1991 (dispõe sobre o setor de informática) remeteram o mister de conceituar e classificar *bens de informática* ao Poder Executivo:

§ 1º O Poder Executivo definirá a relação dos bens de que trata o § 1º C, respeitado o disposto no art. 16A desta Lei, a ser apresentada no prazo de trinta dias, contado da publicação desta Lei, com base em proposta conjunta dos Ministérios da Fazenda, do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, da Ciência e Tecnologia e da Integração Nacional. (Redação dada pela Lei 10.176, de 11.01.2001) (Regulamento)

(...)

§ 1º C. Os benefícios incidirão somente sobre os bens de informática e automação produzidos de acordo com processo produtivo básico definido pelo Poder Executivo, condicionados à apresentação de proposta de projeto ao Ministério da Ciência e Tecnologia. (Parágrafo incluído pela Lei 10.176, de 11.01.2001)

Não havia, contudo, à época da Resolução Suframa que reconheceu o benefício fiscal (1993)

norma que classificasse a *caixa registradora* e a *balança eletrônica* como bens de informática.

Tal classificação somente veio com a Portaria Interministerial do Ministério de Estado da Ciência e Tecnologia e do Ministério do Planejamento e Orçamento MCT/MPO 117, de 11/04/1997 (Estabelece roteiro que *define o conteúdo básico para a demonstração do relatório demonstrativo necessário à avaliação do cumprimento das obrigações decorrentes da fruição dos benefícios previstos no art. 2º da Lei 8.387/1991* - fls. 96/8) classificando, no Anexo IV (Demonstrativo do faturamento dos bens incentivados e do atendimento dos requisitos do processo produtivo básico), expressamente a *caixa registradora* (NCM 8470.50.19) e a *balança eletrônica* (NCM 8423.80.00) como bens de informática (classificação mantida na Portaria Interministerial 134/2001).

A Portaria, portanto, introduziu norma expressa (editada dentro das atribuições legais do Poder Executivo) classificando a *caixa registradora* e a *balança eletrônica*, como bens de informática.

A questão nodal a ser resolvida, portanto, é: 1) possuía a Suframa a competência para aplicar, em Resolução, tal benefício fiscal? 2) a superveniência de norma que classificou as *caixas registradoras* e as *balanças eletrônicas* como bens de informática possuía o condão de extinguir o benefício oneroso anteriormente reconhecido por resolução da Suframa a tais produtos?

Quando da edição da Resolução Suframa 197, de 29/03/1993, que expressamente reconheceu aplicável às *caixas registradoras* e às *balanças eletrônicas* a alíquota de II de 88%, vigia o § 7º do art. 7º do Decreto-Lei 288/1967: a) os componentes e matérias-primas de origem estrangeira empregadas nos produtos industrializados na ZFM gozam do benefício de redução da alíquota de Imposto de Importação em 88%, salvo os bens de informática; b) a redução do imposto será deferida aos produtos previstos em projeto aprovado pela Suframa (§7º); c) não havia, à época da citada resolução, norma que classificasse as *caixas registradoras* e as *balanças eletrônicas* como bens de informática.

Em resposta ao primeiro questionamento: a Suframa, ao estabelecer que *caixas registradoras* e as *balanças eletrônicas* gozariam da redução de alíquota de 88% *não instituiu isenção* (foi instituída por lei anterior [Decreto-Lei 288/1967, art. 7º]), apenas reconheceu sua aplicação a tais produtos no exercício da expressa competência conferida pelo § 7º, art. 7º,

do Decreto-Lei 288/1967, que não as classificava como bens de informática.

Ademais, a Lei 7.232, de 29/10/1984, que dispõe sobre política nacional de informática, diferentemente do que alega a FN, não enquadra os referidos produtos como bens de informática; a lei sequer os conceitua.

O benefício fiscal de redução da alíquota do Imposto de Importação aplicado (não instituído) pela Suframa é oneroso (concedido em função de determinadas condições e para determinada finalidade) e concedido por prazo certo (art. 40 do ADCT). Essa redução de alíquota é uma isenção parcial ou mitigada e, por isso, é irrevogável e imodificável por lei (art. 178 do CTN):

Art. 178 - A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104. (Redação dada pela Lei Complementar 24, de 07.01.1975)

O benefício fiscal oneroso concedido por prazo certo se incorpora ao patrimônio do contribuinte, gerando direito adquirido:

Tributário. Isenção onerosa e com prazo certo (...). Cumprimento das condições legalmente estabelecidas. (...)

I. As isenções tributárias onerosas e com prazo determinado (...) têm aptidão para gerar direito adquirido, desde que cumpridas as condições legalmente estabelecidas.

(...)

(STJ, AgRg no Ag 600761/MG, T2, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 19/09/2005, p. 265)

Nesse sentido, a jurisprudência dessa Corte:

Tributário. Imposto de importação. Resolução Suframa. Isenção com encargo. Revogação. Impossibilidade. Percentual de redução do tributo. Aplicação da legislação vigente no ato de concessão do benefício.

I. Nos termos dos arts. 178 e 179 do CTN, a isenção concedida com encargo e a prazo certo assume natureza contratual e, por conseguinte, deve respeitar os termos e os limites em que foi concedida, não podendo ser revogada por ato discricionário, tampouco por medida de política pública.

II. Validade do benefício concedido pela Resolução 160/1990 da Suframa.

III. Isenção mantida com observância dos percentuais estabelecidos no Decreto-Lei 288/67, com redação do Decreto-Lei 1.435/75.

IV. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, a que se dá parcial provimento.

(TRF1, AC 1998.32.00.003891-2/AM, T8, Juiz Federal Mark Yshida Brandao (Conv.), e-DJF1 p. 883 de 17/04/2009.)

É concluir-se: se ao tempo dos fatos (reconhecimento do benefício fiscal por Resolução da Suframa, em 1993) não havia norma que classificasse as *caixas registradoras* e as *balanças eletrônicas* como bens de informática (embora o Executivo pudesse tê-lo feito) e, nessas condições, foi reconhecido o benefício, à época, dentro da política governamental adotada, a regulação posterior ao fato jurídico não é suficiente à revogação do benefício, porque o ato jurídico perfeito é imodificável por lei (art. 5º, XXXVI, CF/1988).

Em respeito ao princípio da boa-fé objetiva e com aplicação do princípio da confiança recíproca protegida (que é incompatível com o elemento surpreendente), aplicáveis na atividade econômica e tributária, o fisco não pode revogar benefício oneroso com fundamento em norma superveniente, não havendo falar em retroação de norma tributária em prejuízo do contribuinte. A Resolução Suframa, legal e legítima, explicitou o entendimento da época, ainda que posteriormente esse entendimento pudesse ser modificado.

O só fato de norma superveniente ter classificado as *caixas registradoras* e as *balanças eletrônicas* como bens de informática não prejudica o ato jurídico perfeito nem o direito adquirido da isenção da autora, pois incorporado ao patrimônio do contribuinte, havendo que se manter a norma benéfica. Incide, no caso, a Súmula 544/STF, *mutatis mutandis*: *Isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas.*

Pelo exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

Voto-vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — Senhor Presidente, o benefício fiscal em questão é oneroso e foi concedido com alicerce no art. 40 do ADCT, logo, não pode ser alterado por lei, no caso, a Lei 8.242/1991, nem por outro tipo de norma, como pela Resolução 197/1993. Na esteira da jurisprudência já consolidada do STJ, a 8ª Turma também vem confirmando tal entendimento, conforme se vê da Ap 1998.32.00.003891-2/AM, da relatoria do Juiz Federal convocado Mark Yshida Brandão (DJF de 17/04/2009). Com essas ligeiras considerações, acompanho Vossa Excelência.

Oitava Turma

Numeração única: 0004443-87.2009.4.013.500

Remessa *Ex Officio* no Mandado de Segurança 2009.35.00.004497-7/GO

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente
 Impetrantes: Fabrício Peixoto de Oliveira e outros
 Advogada: Dra. Thaisy Ferreira de Mendonça
 Impetrado: Conselho Regional de Medicina Veterinária de Goiás – CRMV/GO
 Advogado: Dr. Max Wilson Ferreira Barbosa
 Remetente: Juízo Federal da 4ª Vara/GO
 Publicação: e-DJF1 de 04/06/2010, p. 352

Ementa

Constitucional. Mandado de segurança. Administrativo. Conselho Regional de Medicina Veterinária. Exigência de diploma para efetivar registro profissional. Atestado de conclusão. Possibilidade.

I. Apresentado pelos impetrantes prova de que concluíram o curso de Medicina Veterinária, na qual consta a data da colação de grau, não é razoável exigir-se a apresentação do diploma original no momento do registro provisório, tendo em vista que não podem os profissionais serem prejudicados pela burocracia na expedição dos respectivos diplomas.

II. Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 18/05/2010.

Desembargador Federal Souza Prudente, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Cuida-se de remessa oficial de sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás, nos autos do mandado de segurança impetrado por Fabrício Peixoto de Oliveira, João Paulo Alarcão, Márcio Anderson Gomes Alencar, Maurício Augusto Barbosa e Omer Júnior Abboud contra ato do sr. Presidente do Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado de Goiás, que, adotando como razão de decidir os fundamentos da liminar anteriormente deferida, concedeu a tutela mandamental, determinando que a autoridade indicada como coatora efetuassem a inscrição dos impetrantes perante o quadro do Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado de Goiás, independente da apresentação dos diplomas (fls. 64/67).

Sem recurso voluntário, subiram os autos a este egrégio Tribunal, manifestando-se a douta Procura-

doria Regional da República pelo não provimento da remessa oficial (fls. 83/85).

Este é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — O julgado monocrático que decidiu a espécie dos autos foi proferido nestes termos:

(...)

Por ocasião da análise do pedido de liminar, foi proferida a seguinte decisão:

“Decido.

Para a concessão da medida liminar é imprescindível que se façam presentes seus

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Cleberson José Rocha e Charles Renaud Frazão de Moares (convocados).

pressupostos autorizadores, quais sejam, a plausibilidade jurídica da tese esposada pelo autor (*fumus boni iuris*) e o perigo de ineficácia da medida, caso venha a ser deferida ao final do processo (*periculum in mora*).

Da análise dos autos, entendo presente a plausibilidade na tese defendida pelos impetrantes.

Isso porque, se os impetrantes já colaram grau, não podem ser prejudicados pela demora da instituição de ensino responsável para expedir e registrar os diplomas daí decorrentes.

Conforme se vê às fls. 10, 14, 17, 20 e 24, a exigência de comprovação da conclusão do curso foi plenamente satisfeita pelos Atestados de Conclusão de Curso, expedidos pelo instituto de ensino superior, atestando que os impetrantes colaram grau.

Desse modo, a demora da instituição de ensino em expedir e registrar dos diplomas não pode resultar em prejuízo ao exercício da profissão para qual os impetrantes encontram-se habilitados.

Ademais, considerando que os Atestados de Conclusão de Curso possuem fé pública, são documentos hábeis para substituir a apresentação dos diplomas enquanto estes não forem confeccionados.

Vejamos a jurisprudência sobre o tema:

Administrativo. Processual Civil. Inépcia da inicial. Ilegitimidade passiva. Inscrição no Conselho Regional de Medicina Veterinária. Impossibilidade de apresentação de diploma original no ato da inscrição.

I. O impetrante juntou cópias do certificado de conclusão do curso, do resultado do exame nacional de certificação profissional, no qual fora aprovado e do requerimento indeferido de inscrição junto ao conselho, ato este impugnado pela via mandamental, estando provados, de plano, os fatos alegados na peça vestibular, razão pela qual, afasta-se preliminar de inépcia da inicial arguida.

II. É assente entendimento segundo o qual, nos mandados de segurança que versem sobre indeferimento de registro profissional junto ao Conselho Regional de Medicina Veterinária, é o seu presidente legítimo para figurar como autoridade coatora.

III. Aos portadores de certificado de conclusão do curso de medicina veterinária, não lhes sendo possível apresentação do diploma, por razões inerentes à própria burocracia de emissão e registro do documento, deve-se permitir o registro junto ao Conselho Regional de Medicina Veterinária, sob pena de ferir-lhes o direito constitucional ao regular exercício da profissão, por apego desnecessário ao formalismo.

IV. Remessa a que se nega provimento.

(TRF 1ª Região, REOMS 2005.37. 00.004057-5/MA, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, e-DJF1 p. 418 de 11/04/2008).

Administrativo. Inscrição nos quadros do Conselho Regional de Medicina. Apresentação do Certificado de Conclusão do Curso. Possibilidade. Exigência de apresentação do diploma devidamente suprida. Sentença mantida.

- A exigência de apresentação do diploma como condição indispensável à inscrição do profissional dos quadros do Conselho Regional de Medicina viola os princípios da razoabilidade e do livre exercício de trabalho, na medida em o certificado de conclusão do curso é hábil e suficiente a comprovar a aptidão para o exercício da profissão e, consequentemente, para obter o registro perante o órgão de classe.

- Se a impossibilidade de apresentação do diploma para fins de obtenção de registro perante o Conselho Regional de Medicina Veterinária decorreu de circunstâncias alheias à vontade dos apelados, não se revela plausível que o mesmo seja prejudicado pela demora da instituição de ensino na expedição do referido documento.

- Não se revela plausível obstar a inscrição dos apelados junto ao Conselho Regional de Medicina Veterinária com base em exigência formal que, a bem da verdade, pode ser plenamente suprida pela apresentação de documento idôneo que se presta à mesma finalidade.

- Recurso e remessa improvidos.

(TRF 2ª Região, AMS 2006.50. 01.000480-2/ES, rel. Des. Federal Regina Coeli M. C. Peixoto, Sétima Turma Especializada, DJU 07/08/2007, p. 270)

Tributário. Mandado de segurança. Remessa oficial. Conselho Federal de Medicina Veterinária. Inscrição. Exigência de diploma. Comprovação através de documento oficial diverso. Certificado de conclusão de curso. Possibilidade. Exigência de posterior apresentação do diploma.

I. Muito embora haja uma exigência legal que determine a apresentação do diploma para a devida inscrição no órgão de classe, certo é que, em determinadas circunstâncias e considerando o princípio da razoabilidade, a comprovação da condição de graduada em Medicina Veterinária, ainda que por outro documento, também oficial – certificado de conclusão do curso supracitado, deve ser considerada, permitindo-se, assim, a inscrição no Conselho Regional, sem prejuízo de que, oportunamente, seja apresentado o diploma.

II. Não se pode impedir, por mera exigência burocrática, o bacharel portador apenas de certificado de conclusão de curso, de se inscrever no conselho respectivo, para poder exercer legalmente a profissão para a qual possui habilitação, postura esta que afronta o princípio da liberdade de trabalho.

III. Precedente (TRF3, Terceira Turma, AMS 2004.61.00.022513-2, rel. Des. Federal Carlos Muta, j. 22/03/2006, v.u., DJU 29/03/2006).

IV. Remessa oficial improvida.

(TRF 3ª Região, REOMS 2001.60.00.000458-6/MG, rel. Juíza Consuelo Yoshida, Sexta Turma, DJU 27/08/2007, p. 395).

O *periculum in mora* radica nos prejuízos ocasionados pelo impedimento ao livre exercício profissional.

Pelo exposto *defiro* o pedido de liminar para determinar que a autoridade coatora efetue as inscrições dos impetrantes perante o quadro do Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado de Goiás, independentemente da apresentação dos diplomas, salvo se por outro motivo a inscrição deva ser negada, e sem prejuízo da apresentação dos demais documentos exigidos.

Dessarte, considerando a inexistência de alteração da situação fática ou jurídica a justificar posicionamento diverso, adoto, na presente sentença, os mesmos fundamentos como razão de decidir.

III- Dispositivo

Pelo exposto, ratificada a liminar de fls. 34/36, concedo a segurança.”

II

No caso dos autos, pela análise dos documentos de fls. 10, 14, 17, 20 e 24, verifica-se que os impetrantes concluíram o Curso de Graduação em Medicina Veterinária pela Faculdade Anhanguera de Anápolis-GO, colando grau em 29/01/2009 e 30/01/2009.

Entretanto, a expedição do diploma do curso depende de trâmites administrativos junto ao MEC, o que pode demorar meses, o que os impediria de exercer sua profissão. Verifica-se, então, que a exigência de apresentação do diploma original para realizar a certificação profissional provisória ofende o princípio da razoabilidade, na medida em que a finalidade visada é atendida com a apresentação de certificado, certidão, declaração ou atestado, fornecido pela faculdade, que possui fé pública, comprovando a conclusão do curso pelos interessados.

Ademais, o dever da Administração em buscar o efetivo cumprimento da norma legal deve ser atendido, desde que não implique ofensa ao direito subjetivo do livre exercício de atividade laboral (inc. XIII do art. 5º da CF/1988), já que, na espécie, os impetrantes demonstram ter concluído com êxito o curso de graduação.

Portanto, não se afigura razoável, e fere a garantia constitucional supramencionada, subordinar a inscrição dos impetrantes no conselho profissional mencionado à apresentação do diploma original.

Nesse sentido, confirmam-se a jurisprudência deste Tribunal:

Constitucional. Mandado de segurança. Administrativo. Processual Civil. Registro provisório. Certificado de conclusão. Possibilidade.

I. A Constituição Federal estabelece em seu art. 5º, inciso XIII, que é livre o exercício de qualquer profissão, desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelece, devendo entender-se lei em sentido formal.

II. É possível o registro provisório mediante apresentação de certificado de conclusão, porque não pode o profissional ser prejudicado pela burocracia na expedição do respectivo diploma.

III. A sentença que concedeu a ordem para o registro definitivo merece ser alterada, sob pena de ofensa às atribuições do Conselho Federal de Medicina Veterinária e à exigência legal que não padece de vício.

IV. Remessa oficial parcialmente provida.

(REOMS 2007.32.00.003758-0/AM, rel. Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa, Oitava Turma, e-DJF1 p. 572 de 05/06/2009.)

Administrativo. Conselho Regional de Medicina Veterinária. Exame Nacional de Certificação Profissional. Diploma. Não apresentação. Declaração fornecida pela universidade. Princípio da razoabilidade.

I. A exigência de apresentação do diploma no ato de inscrição para o Exame Nacional de Certificação Profissional ofende o princípio da razoabilidade, na medida em que a finalidade visada é atendida com a apresentação de declaração, fornecida pela universidade, comprovando a conclusão do curso pela interessada.

II. Sentença concessiva da segurança, que se confirma.

III. Remessa oficial desprovida.

(REO – 200237000013488/MA, Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, DJ 12/05/2003, p. 143)

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial para confirmar a sentença monocrática em todos os seus termos.

Este é meu voto.

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 33731-70.2010.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes
Requerente: Companhia Elétrica do Estado da Bahia – Coelba
Advogado: Dr. Marcos Joaquim Gonçalves Alves e outros
Requerido: Juízo Federal da 8ª Vara – BA
Autor: Ministério Público Federal
Procuradora: Dra. Nara Soares Dantas
Publicação: e-DJF1 de 25/06/2010, p. 5

Despacho

1. Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia — Coelba, sociedade anônima concessionária do serviço público de distribuição de energia elétrica no Estado da Bahia, requer a suspensão dos efeitos da tutela concedida pelo Juízo Federal da 8ª Vara Federal – BA, nos autos da Ação Civil Pública 9722-97.2010.4.01.3300, proposta pelo Ministério Público Federal, para determinar: a) à Coelba que se abstenha de repassar qualquer valor relativo ao PIS e à Cofins aos usuários do serviço de energia elétrica no Estado da Bahia, informando-lhes, nas respectivas faturas, que assim atua por força da decisão judicial, com indicação do número da ação e do juízo no qual está em curso o processo, comprovando o fato ao juízo no prazo de 10 (dez) dias; b) à Aneel que fiscalize o fiel cumprimento da decisão pela Coelba e informe, nos autos da ação, a sua efetiva ocorrência em 30 (trinta) dias.

Destaca a sua legitimidade ativa para pleitear a medida de contracautela e ressalta a necessidade de urgência em sua apreciação, já que a decisão determinou a comprovação do fim do repasse das despesas do PIS e da Cofins aos seus consumidores no já referido prazo de 10 (dez) dias, contado da intimação, que ocorreu no dia 28/05/2010.

Afirma que, nos termos do art. 9º da Resolução Homologatória Aneel 107, de 18/04/2005¹, editada com a finalidade de se garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo de concessão, destaca e repassa para os seus consumidores os custos incorridos relativos à Contribuição ao PIS e à Cofins, procedimento que, se não praticado, inviabilizaria o exercício da sua atividade.

Sobre a potencialidade danosa da decisão, na perspectiva legal de se *evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas* (arts. 4º da Lei 8.437, de 30/06/1992, e 15 da Lei 12.016, de 07/08/2009), afirma que a fixação das tarifas do contrato com o poder concedente foi feita com base em estudos, que envolveram todos os custos e encargos, inclusive os tributários, que repercutem, de forma direta e inequívoca, na equação econômico-financeira do contrato de concessão; que a alteração abrupta das condições firmadas no contrato afeta gravemente a qualidade dos serviços prestados e a sua efetiva manutenção; que, portanto, registra-se a possibilidade real de perigo de dano reverso, uma vez que o repasse dos tributos representa o *quantum* necessário para que não se afete a higidez do contrato de concessão; e que a manutenção da liminar *fatalmente ocasionaria aos consumidores do Estado da Bahia futura prestação de serviço público inadequada, ineficiente e possivelmente sujeita a interrupções de fornecimento de energia elétrica, pois a requerente se encontraria destituída dos necessários recursos para garantir a continuidade da prestação do serviço de interesse coletivo*.

No plano jurídico, sustenta que a decisão carece de suporte jurídico, já que o Ministério Público Federal não tem legitimidade ativa para propor ação civil pública visando ao reconhecimento da suposta ilegalidade no repasse dos custos com o PIS e com a Cofins aos consumidores de energia elétrica; que não prospera o entendimento de que, ao destacar e repassar para os consumidores, nas faturas, as despesas decorrentes das referidas contribuições, criou uma nova exação tributária indireta, com a substituição do sujeito passivo ou a alteração da hipótese de incidência

¹ Art. 9º Fica a Coelba autorizada a incluir, no valor total a ser pago pelo consumidor, a partir de 1º de julho de 2005, a exemplo da ICMS, as despesas do PIS/Pasep e da Cofins efetivamente incorridas pela concessionária, no exercício da atividade de distribuição de energia elétrica.

§1º O repasse de que trata o *caput* deverá ser feito a partir das tarifas que não incluem PIS/Pasep, Cofins e ICMS, com base em valores constantes do Anexo II desta Resolução.

tributária; que, na verdade, trata-se de mero destaque do valor do PIS e da Cofins nas faturas de energia elétrica, ou seja, de uma informação do repasse econômico do tributo que sempre fez parte do custo suportado pelos usuários; e que a metodologia de repasse precisou ser modificada em virtude da alteração do regime de apuração do tributo com aumento de alíquota e transformação do regime de recolhimento, que passou de cumulativo para não cumulativo.

Destaca, outrossim, que não estará praticando nenhuma irregularidade enquanto praticar a tarifa máxima homologada pela Aneel, competente para estabelecer esse parâmetro; que, no caso, o objetivo da requerente reside na defesa da garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo de concessão, a fim de se manter a adequação dos serviços públicos de distribuição de energia elétrica que presta no Estado da Bahia; que os encargos tributários são de tal relevância na composição do preço, que foram eles considerados para a determinação do valor das tarifas, tendo em vista que a majoração ou a modificação da sistemática de cobrança acarretam alteração no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e a qualidade dos serviços prestados e sua efetiva manutenção; que o impedimento da correção do valor real da tarifa causa sérios prejuízos financeiros à empresa concessionária e, por via de consequência, ao interesse público por ela perseguido; que, com a manutenção da decisão, *promove-se o Poder Judiciário ao patamar de formulador de políticas públicas para o setor elétrico, em prejuízo da competência conferida legalmente à Aneel e ao Ministério da Minas e Energia*; e que, em caso de futura decisão de mérito favorável à concessionária, os consumidores podem não suportar uma cobrança retroativa dos valores que os beneficiados da decisão deixaram de pagar.

2. O art. 4º da Lei 8.437, de 30/06/1992, legitima, para o requerimento da suspensão da execução de liminar (ou de sentença) apenas o Ministério Público ou a pessoa jurídica de direito público interessada. Mas o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e este Tribunal têm admitido, reiteradamente, a legitimidade *ad causam* das entidades da administração indireta e das concessionárias e permissionárias de serviço público, na defesa do interesse público, para requerer a suspensão de decisão de que tratam os arts. 4º da Lei 8.437, de 30/06/1992, e 15 da Lei 12.016, de 07/08/2009².

Ao lume desses preceitos legais, a via excepcional da suspensão de segurança ocorre com a finalidade de *evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas*, pressupostos que, pela visão que ora se tem dos fatos, parecem estar presentes no caso, especialmente quanto à ordem (... *a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípua atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto. Não se confunde com ordem jurídica, embora seja uma consequência desta e tenha sua existência formal justamente dela derivada.*)³ e à economia públicas.

A prestação dos serviços de distribuição de energia elétrica, no caso em todo o Estado da Bahia, no que diz respeito à regularidade e às condições técnico-jurídicas dessa regularidade, não pode ser posta em risco imediato mercê de discussões legais, consumeristas ou não, que, mesmo legítimas, podem e devem ser feitas com a manutenção, *si et quantum*, do *status quo ante* contratual.

A requerente faz jus, contratual e legalmente (art. 37, XXI – CF e art. 4º 8.987, de 13/02/1995, art. 9º e §§ 3º e 4º), ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, que tem um dos seus itens retratado no art. 9º da Resolução Homologatória Aneel 107, de 18/04/2005. A possibilidade de quebra dessa equação, por ordem judicial, nem sempre atenta aos comandos técnico-financeiros do contrato, sem tempo hábil para a correção de eventuais distorções (sendo o caso), põe em elevado risco não somente a empresa concessionária como também os consumidores, que fazem jus à adequada prestação dos serviços públicos. (Cf. CF – arts. 37, XXI e 175.)

A fixação das tarifas do contrato com o poder concedente foi feita com base em estudos, que envolveram todos os custos e encargos, inclusive os tributários, que repercutem, de forma direta e inequívoca, na equação econômico-financeira do contrato de concessão. Como ressalta a requerente, com razoabilidade, a alteração abrupta das condições firmadas no contrato afeta gravemente a qualidade dos serviços prestados e a sua efetiva manutenção. Registra-se a possibilidade real de perigo de dano reverso, uma vez que o repasse dos tributos representa, até

² STF - SL 111, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 02/08/2006 e SS 1308, rel. Min. Celso de Mello, DJ 19/10/1998; STJ – AgRg na SLS 759, DJ 11/09/2006; TRF 1ª Região AgRg na SS 91.01.09869-1, rel. Des. Federal Anselmo Santiago, DJ de 27/02/1992; e AgRg na SS 2006.01.00.009363-0, rel. Des. Federal Assuete Magalhães, DJ de 13/10/2006.

³ E SILVA, De Plácido. Vocabulário Jurídico, Forense, Rio de Janeiro, 2004.

demonstração em contrário, o *quantum* necessário para que não se afete a higidez do contrato de concessão. Os consumidores de energia elétrica do Estado da Bahia podem correr riscos de que a futura prestação desse serviço público seja inadequada, ineficiente e quiçá sujeita a interrupções de fornecimento, dada a falta de recursos para se garantir a continuidade da prestação do serviço de interesse coletivo.

O eventual risco suportado pelo consumidor, pagando, na sua conta de energia elétrica, os itens destacados de PIS e Cofins, é menor e perfeitamente reversível. Se, a final, prosperar a tese do MPF, poderão eles ter creditados tais valores nas suas contas, ou tê-los compensados no preço das futuras contas de consumo, o que já não ocorre na situação inversa, se for mantida a decisão em causa. Em caso de futura decisão de mérito favorável à concessionária, os consumidores seguramente terão muitas dificuldades, ou mesmo impossibilidade, para suportar a cobrança retroativa dos valores que deixaram de pagar.

3. Tratando-se de pedido de suspensão de segurança, em face da execução de liminar ou de sentença, via excepcional de revisão temporária do ato judicial, seu enfoque se restringe basicamente ao exame da potencialidade danosa do provimento jurisdicional, a fim de se evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (arts. 4º da Lei 8.437, de 30/06/1992, e 15 da Lei 12.016, de 07/08/2009), não cabendo, portanto, em regra, 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 apenas — em nível de delibação ou de descrição do cenário maior do caso, para aferição da razoabilidade do deferimento ou do indeferimento do pedido — um juízo mínimo de delibação a respeito da questão jurídica deduzida na ação principal⁴.

Nessa perspectiva, o exame, à primeira vista, não parece ser favorável à empresa requerente, já que a decisão impugnada está de acordo com a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça de que não há, em nosso ordenamento jurídico, lei que autorize o repasse, sendo, portanto, ilegítima a inclusão dos valores relativos ao PIS e à Cofins nas faturas de energia elétrica. Em decisão proferida em recurso especial, o ministro Herman Benjamin afirmou que a orientação jurisprudencial pacificada no STJ de que é indevido o repasse do PIS e da Cofins na fatura telefônica é aplicável, por analogia, às faturas de energia elétrica⁵.

Ainda segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o fato gerador e a base de cálculo do PIS e da Cofins não guardam correspondência direta e imediata com o repasse feito pela concessionária, porque essas contribuições não são devidas no momento da prestação do serviço, nem têm como base de cálculo o valor de cada serviço. As prestações recebidas pelas concessionárias por força de cada contrato juntam-se a outras receitas na composição de seu faturamento mensal, verdadeira base de cálculo das contribuições⁶.

No Agravo de Instrumento 0032390-09.2010.4.01.0000/BA, interposto contra o mesmo ato judicial ora em análise, o Desembargador Federal Catão Alves invocou precedentes dos Tribunais Regionais Federais da Segunda e da Quarta Regiões e do Superior Tribunal de Justiça para negar seguimento ao recurso, por ele considerado manifestamente improcedente, o que retiraria a plausibilidade jurídica da tese discutida pela interessada.

Mas uma análise mais aproximada demonstra que a tese merece uma melhor avaliação. Os precedentes citados dizem respeito ao segmento econômico da telefonia que está sujeito ao regime cumulativo (art. 10, VIII – Lei 10.833, de 29/12/2003) e que, em consequência, não tem o PIS e a Cofins como seus componentes tarifários. As tarifas de telefonia são máximas e livres de tributos.

O segmento econômico de energia elétrica é diverso, pois, constitucional e legalmente, se rege pelo princípio da não cumulatividade, pelo menos no que se relaciona com o PIS e a Cofins. Aqui, contratual e legalmente, as tarifas são compostas de vários custos, entre eles o PIS e a Cofins.

Com, efeito, o preceito do art. 195, § 12, dispõe que a *lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV, caput, serão não cumulativas*, cuidando, como se vê, das contribuições sociais sobre a receita ou o faturamento — PIS e Cofins.

⁴ STF – SS 846 – Agr/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence (DJ 29/05/1996), e SS 1.272 – AgrR, rel. Min. Carlos Velloso (DJ 18/05/2001).

⁵ REsp 118805, rel. Min. Herman Benjamin, DJ 11/06/2010.

⁶ REsp 1189621, rel. Min. Humberto Martins, DJ de 18/05/2010.

No plano infraconstitucional, a Lei 10.637, de 30/12/2002, trata do sistema da não cumulatividade na cobrança da primeira contribuição, e a Lei 10.833, de 29/12/2003, trata da não cumulatividade da cobrança da Cofins (art. 1º), o que não foi examinado pela Segunda Turma do STJ — não há precedentes sobre a questão na Primeira Turma nem na Primeira Seção daquele Tribunal —, tão pouco pelo relator do agravo neste Tribunal.

Note-se que a tese da requerente está em sintonia com o Parecer 324/2004-PF-Aneel, reportando-se ao Parecer 218/2004 e às referidas Leis 10.637, de 30/12/2002, e 10.833, de 29/12/2003, que majoraram a alíquota do PIS e do Pasep e acabaram com a cumulatividade do tributo, possibilitando a compensação de créditos das etapas precedentes.

Com isso, apesar de as alíquotas mostrarem-se maiores, os tributos efetivamente pagos poderão ser menores, já que as normas trazem, em seu bojo, dispositivos autorizando a dedução de parcelas incidentes sobre vários bens e serviços adquiridos pelo contribuinte. Para concretizar a incidência não cumulativa, explica o parecer, a lei também teve de prever um complexo arranjo de deduções que assegurasse a geração de créditos nas etapas precedentes, com vistas a viabilizar a compensação dos créditos com o montante final a ser recolhido ao Fisco. Com isso, a carga tributária das concessionárias está sujeita a variações mensais que podem ser positivas ou negativas (cf. fls. 112/114), cabendo ao poder concedente fazer os ajustes de tarifa necessários à recomposição contratual, a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de acordo com a previsão legislativa.

Tem-se em análise evidente conflito (aparente ou real) de interesses públicos. De um lado, a requerente defendendo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por meio do repasse do PIS e da Cofins nas contas de energia elétrica dos consumidores e, de outro, o consumidor, que, segundo o Ministério Público Federal, está indevidamente, e de forma direta, suportando o pagamento dessas contribuições por meio de repasses na fatura de energia elétrica. Mas, pelo cenário que se tem a exame no momento, parece mais razoável, até que haja uma definição jurídica da tese, manter-se o contrato como praticado pela requerente, sem nenhum risco na adequada prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica no Estado da Bahia. Uma eventual e futura reversibilidade em prol do consumidor, em termos econômico-financeiros, será de fácil execução, como ressaltado.

A interferência da atividade jurisdicional em políticas públicas, nas atribuições específicas e privativas da Administração, implicando não raro alterações na condução do planejamento da sua atuação, tema desafiante e de grande atualidade, deve ser feita com critério e prudência, de forma pontual e calcada em dados objetivos e técnicos que justifiquem a intervenção judicial. Não deve e não pode o Judiciário substituir-se ao Executivo nas escolhas diretas de política governamental, naquilo que representa a sua atuação institucional, que envolve conveniência e oportunidade, sob pena de violação da Constituição quando traça a engenharia tripartite do exercício do poder.

4. Em face do exposto, *defiro o pedido e suspendo a eficácia da decisão liminar* (antecipação dos efeitos da tutela) proferida pelo juízo da 8ª Vara Federal – BA, nos autos da Ação Civil Pública 9722-97.2010.4.01.3300.

Intimem-se. Publique-se. Sem recurso, arquivem-se os autos.

Brasília, 21/06/2010.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, presidente.

Numeração única: 25143620024013800

Conflito de Competência 2002.38.00.002474-0/MG

Relator:	Desembargador Federal José Amílcar Machado
Requerente:	Telemar Norte Leste S/A
Advogados:	Dr. Alberto Magno de Andrade Pinto Gontijo e outros
Requerida:	União
Procurador:	Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Suscitante:	Desembargador Federal da 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Suscitado:	Desembargador Federal da 4ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Publicação:	e-DJF1, de 25/06/2010, p. 4

Decisão

Trata-se de conflito de competência suscitado por desembargador federal da Terceira Seção desta Corte em face de decisão de desembargadora federal da Quarta Seção desta Corte que determinou a redistribuição dos presentes autos, ao fundamento de que a matéria nele deduzida, desconstituição de ato administrativo de imposição de multa por infração a artigo da CLT, insere-se na área de especialização da Terceira Seção.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo reconhecimento da competência do suscitante, por entender que

a questão discutida nos autos cinge-se à nulidade do título executivo lavrado por autoridade vinculada ao Ministério do Trabalho, fundado em processo administrativo no qual, entre outros vícios apontados, não se teria concedido ao executado oportunidade de produção de provas, e não à multa propriamente dita.

Com efeito, compulsando os autos, observo que se a pretensão deduzida diz com a inexigibilidade de multa imposta à parte autora, sob fundamento de incompetência do órgão fiscalizador, ofensa ao devido processo legal e ao princípio da reserva legal, ou seja, objetiva-se a nulidade do auto de infração, como ato administrativo.

A competência, na hipótese, é da Terceira Seção desta Corte, nos termos do art. 105, inciso I, letra d, da Constituição Federal. A propósito, transcrevo:

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Anulação de auto de infração: estoque de carvão vegetal sem licença. Nulidade de ato administrativo. Competência da 3ª Seção.

I. Buscando a parte, expressamente, a declaração de nulidade do auto de infração, como ato administrativo, do qual decorre a aplicação de multa (consequência), a competência é da 3ª Seção, em cuja área de competência estão os atos administrativos em geral não compreendidos na competência de outra seção (RI – arts. 6º, III e 8º, I). É irrelevante, para a definição da competência, no caso, o fato de a eventual declaração de nulidade do auto de infração ter como consequência o desfazimento da multa.

II. Conflito de competência conhecido. Declaração da competência da 3ª Seção. (CC 0013141-09.2009.4.01.0000/MA; rel.: Des. Federal Olindo Herculano de Menezes, Corte Especial, Publicação: 26/04/2010 e-DJF1)

Mandado de segurança que visa à anulação de deliberação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Recurso de apelação. Competência definida à luz do objeto precípuo de decisão do ato administrativo.

I. Orientação jurisprudencial assente na Corte Especial de que, em se tratando de ação que visa à anulação de deliberação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a competência para julgamento de recurso nela deduzido se define em função da questão posta como objeto precípuo da decisão administrativa.

II. Pretendendo o impetrante a invalidação de r. decisão do Cade que, como objeto principal, teve a determinação de vedação de uso, como parâmetro de fixação de preços por parte dos filiados e dos conveniados do Sindicato dos Médicos do Distrito Federal, da Tabela de Honorários Médicos divulgada pela Associação Médica Brasileira, a competência para julgamento do recurso deduzido na ação de segurança está afeto à eg. Terceira Seção da Corte, pouco importando a cominação de multa pelo órgão colegiado, aspecto secundário da deliberação.

III. Conflito conhecido, declarada a competência do ilustre Suscitante. (CC 0012790-41.1997.4.01.3400/DF; rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves, Corte Especial, Publicação: 26/02/2010 e-DJF1)

Processo Civil. Competência. Anulação de ato administrativo e aplicação de multa.

Pretendendo o autor, pedido principal, é a anulação do ato administrativo por não ter o processo obedecido os princípios da ampla defesa e do contraditório. Em consequência, tornando sem efeito a multa. A competência, portanto, para processar e julgar, nesta instância, é da 3ª Seção, que cuida de matéria administrativa. (CC 0025208-06.2009.4.01.0000/RR; relator: Juiz Tourinho Neto, Corte Especial, Publicação: 26/02/2010 e-DJF1)

Observo que houve muita divergência a propósito do tema e, quando suscitado o conflito, a Corte Especial ainda oscilava quanto à competência regimental, se da 3ª ou da 4ª Seção. Nada obstante, conforme constata-se da jurisprudência coligida, recentemente consolidou-se o entendimento de que em casos tais como o presente a competência fica na douda 3ª Seção.

Por tais fundamentos, considerando o disposto no parágrafo único do art. 120 do Código de Processo Civil, que permite ao relator decidir de plano a causa se houver jurisprudência dominante do tribunal, conheço do conflito para declarar competente a 3ª Seção; ao respectivo relator devem retornar os autos do processo.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 09/06/2010.

Desembargador Federal *José Amílcar Machado*, relator.

Numeração única: 0005709-02.2010.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria Izabel Gallotti Rodrigues
Reclamante: Antilhon Saraiva dos Santos
Advogado: Dr. Antilhon Saraiva dos Santos
Reclamado: Juízo Federal da 15ª Vara – DF
Partes autoras: Antilhon Saraiva dos Santos e outros
Parte ré: Caixa Econômica Federal – CEF
Publicação: e-DJF1 de 28/06/2010, p. 11

Decisão

Trata-se de reclamação interposta por Antilhon Saraiva dos Santos em que alega que o Juízo Federal da 15ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal não está dando fiel cumprimento ao acórdão da Terceira Turma do TRF 1ª Região, lavrado em 18 de novembro de 1997.

Assim postos os fatos, verifico que não cabe reclamação no âmbito deste Tribunal Regional Federal, em virtude de ausência de previsão legal e regimental. Nesse sentido:

Constitucional. Processo Civil. Instituto da reclamação. Competência.

Os tribunais regionais federais, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, não têm competência para processar e julgar reclamação - cuja natureza não é de recurso, ação ou incidente processual, situando-se, sim, no âmbito constitucional de petição (CF/1988, art. 5º, XXXIV - instituto destinado a preservar a competência do tribunal e a autoridade de seus julgados). Precedentes: STF, Rep-embargos 1092/DF; ADI 2.212-1/CE; TRF-1 AgRcl 2003.01.00.009467-6/DF.

(Rcl 2006.01.00.012479-0/MT, Desembargador Federal Tourinho Neto, Corte Especial, DJ 04/08/2006, p. 2)

Em face do exposto, diante do não cabimento da reclamação, indefiro a petição inicial.

Decorrido o prazo para recurso, arquivem-se os autos, dando-se baixa na distribuição.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 27/05/2010.

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*, relatora.

Numeração Única: 39022820034013900

Apelação Cível 2003.39.00.003856-9/PA

Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida
Apelante: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT
Advogados: Dra. Liane Carla Marcião Silva Cabeça e outros
Apelada: União Federal
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Publicação: e-DJF1 de 16/06/2010, p. 171

Decisão

Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT interpõe recurso de apelação contra sentença que, proferida nos autos da ação de procedimento ordinário contra ela proposta pela União, julgou procedente o pleito autoral para determinar à requerida que se abstenha de suspender a prestação de seus serviços postais à inventariança extrajudicial da extinta Sudam, bem como de incluí-la em qualquer cadastro de inadimplentes (fls. 126).

Pleiteia, preliminarmente, o conhecimento do agravo retido interposto contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, para fins de evitar a suspensão dos serviços postais prestados à Sudam.

No que tange ao mérito, aduz a ECT que: *(I) não há nenhuma ilegalidade na interrupção dos serviços postais a fatu-rar, que foram prestados a extinta Sudam, até porque na forma da Lei 8.666/1993 há impossibilidade jurídica de prorrogação de contrato por prazo indeterminado, não se opondo a ECT prestar serviços postais, tal como coloca á disposição de toda a sociedade, desde que observados os dispositivos legais que regulam a prestação dos serviços públicos postais e os princípios gerais sobre licitação e contratos estatuídos na Lei 8.666/1993 (fls. 136); e (II) a reconhecida inadimplência da extinta Sudam, por si só, não foi o fundamento para a suspensão dos serviços postais. É preciso ficar bem claro que a ECT não suspendeu a prestação dos serviços postais, mas estes, por outro lado, somente podem ser prestados mediante pagamento à vista ou em decorrência de contrato de prestação de serviços que esteja em vigência (fls. 139).*

Requer, ao final, o provimento do recurso e, em conseqüência, seja julgado improcedente o pleito autoral.

Foram apresentadas contrarrazões.

Devidamente relatado, fundamento e decido.

Conheço do agravo retido interposto pela ECT as fls. 87/97, uma vez que preenchidos os requisitos do art. 523 do Código de Processo Civil.

Entretanto, os argumentos deduzidos no citado recurso, interposto contra a decisão que determinou a continuidade da prestação de serviços postais à inventariança extrajudicial da extinta Sudam, confunde-se com o próprio mérito do recurso, razão pela qual o julgarei posteriormente.

Passo, assim, a análise do mérito recursal propriamente dito.

Constam dos autos as informações de que a União propôs a presente ação de procedimento ordinário, objetivando o provimento jurisdicional para determinar a abstenção da requerida de suspender a prestação de seus serviços postais à inventariança extrajudicial da extinta Sudam (fls. 123), bem como impedir a inclusão do mencionado órgãos em cadastros de inadimplentes.

A própria União, na petição inicial, reconhece que a Sudam deve à ECT a quantia de R\$ 15.492,61 (quinze mil, quatrocentos e noventa e dois reais e sessenta e um centavos) (fls. 04 e 28), porém justifica a existência da dívida, alegando que *a inventariança extrajudicial da Sudam encontra-se no aguardo de verbas provenientes de Brasília para efetuar a quitação dos débitos (...)* (fls. 4).

Vê-se, assim, que a situação sob análise possui particulares que chega a causar estranheza, uma vez que se trata de ação proposta pela União contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo Decreto-Lei 509, de 10 de março de 1969, com o objetivo de prestar serviço postal em regime de exclusividade, ou seja, valendo-se do privilégio outorgado à União pela Constituição Federal.

Ocorre que, no caso, não obstante se reconhecer o direito da ECT em receber o seu crédito, deve ser prestigiado o princípio da continuidade dos serviços públicos.

Estabelece a Lei 8.987/1995 que:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

(...)

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

(...)

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Extrai-se da referida norma que se deve considerar o interesse da coletividade, em obediência ao princípio da continuidade do serviço público, quando constatada a inadimplência do usuário.

Na hipótese, conforme consignado na sentença recorrida, *em favor da requerente tem-se a observância do princípio da supremacia do Poder Público sobre o privado, uma vez ser incabível à concessionária suspender a prestação de seus serviços ao próprio Poder concedente. E, ainda, a observância do interesse da coletividade, pois a interrupção dos serviços prestados pela requerida inviabilizaria o cumprimento das atribuições legais da União, ocasionando danos*

à mesma e á toda a coletividade diante da impossibilidade de implantação de inúmeros projetos de inventariança extrajudicial da extinta Sudam (fls. 126).

Sobre o tema, cito o seguinte precedente desta Corte:

Administrativo. Interrupção da prestação do serviço de telefonia fixa de órgão do serviço público. Inadimplência. Impossibilidade. Art 6º, §3º, II, da Lei 8.987/1995. Interesse da coletividade. Princípio da continuidade do serviço público. Art. 25 da Resolução da Anatel 85/1998.

I. O art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/1995 deixa claro que se deve considerar o interesse da coletividade, em obediência ao princípio da continuidade do serviço público, quando constatada a inadimplência do usuário.

(....)

IV. Apelação desprovida.

(AC 2002.33.01.000247-7/BA, rel. Des. Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma, e-DJF1 p. 235 de 29/01/2010)

Ante o exposto, nego seguimento ao agravo retido e ao recurso de apelação (CPC, art. 557, *caput* c/c RITRF/1ª Região, art. 30, XXV).

Publique-se. Intime-se.

Oportunamente, retornem os autos à origem.

Brasília, 08/06/2010.

Numeração única: 49648-83.2007.4.01.3800

Recurso 2007.38.00.710445-8

Recorrente: União Federal
Recorrido: Elison Garzon Estevam
Relator: Juiz Federal Jorge Gustavo Serra de Macêdo
Publicação: e-DJF1, de 08/06/2010, p. 565

Ementa

Civil. Indenização. Danos morais. Responsabilidade objetiva do Estado. Configuração do dano, da conduta antijurídica do agente estatal e do nexa causal entre eles. Militar da ativa. Treinamento. Tratamento desumano e humilhação comprovados.

I. O art. 37, §6º, da CF dispõe que o Estado é civilmente responsável pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, venham a causar a terceiros. Como pessoa jurídica que é, o Estado não pode causar qualquer dano a ninguém. Sua atuação se consubstancia por seus agentes, pessoas físicas capazes de manifestar vontade real. Todavia, como essa vontade é imputada ao Estado, cabe a este a responsabilidade civil pelos danos causados por aqueles que o fazem presente no mundo jurídico.

II. O fundamento jurídico dessa relação, reside na responsabilidade objetiva do Estado, dispensada a prova da culpa pelo prejudicado. Configura o dever de indenizar a conjunção fática dos seguintes pressupostos: o dano, a conduta antijurídica do agente estatal e o nexa causal entre eles, inobstante a responsabilidade objetiva da Administração Pública.

III. Para a configuração dos danos morais deve o autor da demanda apresentar alegações razoáveis de que as atividades exercidas no treinamento ultrapassaram as raia do mero aborrecimento cotidiano passível de ocorrer para qualquer um que é submetido ao processo de formação para a vida militar, ainda mais que o objetivo do treinamento é preparar o militar para lidar com situações adversas.

IV. Restando claro que a responsabilidade da Administração perante os administrados é de natureza objetiva, deve-se estabelecer há nexa de causalidade entre o ato praticado pela Administração e o evento apontado para estabelecer se a União deverá responder pela indenização pleiteada.

V. Compulsando os autos, verifico que a conduta da recorrente, através de seus agentes, foi provocar danos morais em militar da ativa que estava participando de treinamento, submetendo-o a tratamento degradante. No caso, ficou comprovada, através de testemunhas, a prática de atos que ocasionaram dor, sofrimento e humilhação, além do castigo físico durante treinamento militar. Dessa forma, entendo suficiente a prova constante dos autos, já que os depoimentos das testemunhas, inclusive testemunha arrolada pela parte contrária, caracterizou o dano moral cometido contra o recorrido, bem como o nexa causal entre este e a conduta dos agentes.

VI. Os danos morais devem ser indenizados levando-se em conta a gravidade da conduta, as suas repercussões, bem como a necessidade de sublinhar para a sociedade que tais práticas são intensamente repudiadas pelo Judiciário.

VII. Recurso desprovido para manter a indenização por danos morais fixada na sentença, corrigida pela taxa Selic, a partir 19/09/2005 (data da sentença) até o efetivo pagamento. Condenação em honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais). Sem custas (art. 4º, I, da Lei 9.289/1996).

Acordão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso da União para manter a indenização por danos morais fixada na sentença, corrigida pela taxa Selic, com fixação de sucumbência.

Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Minas Gerais – 09/03/2010.

Juiz Federal *Jorge Gustavo Serra de Macêdo Costa*, relator.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Jorge Gustavo Serra de Macêdo Costa: — Trata-se de recurso interposto pela União, contra a sentença proferida pela Juíza Federal da 32ª Vara do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais (fls. 112/114), que, nos autos da ação movida por *Elison Garzon Estevam*, julgou procedente o pedido de indenização por danos morais, condenando a recorrente ao pagamento de R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), em função de ter sido brutalmente agredido pelos instrutores, durante treinamento em um dos acampamentos dos militares.

A União, em seu recurso, alega que inexistente a obrigação de indenizar por sua parte, uma vez que não restaram caracterizados os elementos essenciais da responsabilidade civil objetiva. Afirma que não há que se falar em danos morais, pois nenhum agravo à honra ou à moral do recorrido restou provado. Aduz que a única prova produzida nos autos a corroborar o pleito do recorrido, e no qual se fundou a sentença recorrida, foi o depoimento de três testemunhas tomados em audiência, todas elas colegas de turma do recorrido, o que enseja uma tendência à proteção mútua. Ressalta que duas das testemunhas arroladas ingressaram com idêntica ação de indenização. Por fim, assevera que em casos de indenização por dano moral não se pode restringir apenas à narrativa dos fatos, deve o recorrido demonstrar a efetiva lesão sofrida e sua extensão, até porque, será o parâmetro para fixação da indenização na hipótese de condenação.

O recorrido, em suas contrarrazões, requer o desprovimento do recurso e que seja mantida integralmente a sentença monocrática.

O art. 37, §6º, da CF dispõe que o Estado é civilmente responsável pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, venham a causar a terceiros. Como pessoa jurídica que é, o Estado não pode causar qualquer dano a ninguém. Sua atuação se consubstancia por seus agentes, pessoas físicas capazes de manifestar vontade real. Todavia, como essa vontade é imputada ao Estado, cabe a este a responsabilidade civil pelos danos causados por aqueles que o fazem presente no mundo jurídico.

O fundamento jurídico dessa relação, reside na responsabilidade objetiva do Estado, dispensada a prova da culpa pelo prejudicado.

Configura o dever de indenizar a conjugação fática dos seguintes pressupostos: o dano, a conduta antijurídica do agente estatal e o nexo causal entre eles, inobstante a responsabilidade objetiva da Administração Pública.

Para a configuração dos danos morais deve o autor da demanda apresentar alegações razoáveis de que as atividades exercidas no treinamento ultrapassaram as raias do mero aborrecimento cotidiano passível de ocorrer para qualquer um que é submetido ao processo de formação para a vida militar, ainda mais que o objetivo do treinamento é preparar o militar para lidar com situações adversas.

Restando claro que a responsabilidade da Administração perante os administrados é de natureza objetiva, deve estabelecer se há nexo de causalidade entre o ato praticado pela Administração e o evento apontado para estabelecer se a União deverá responder pela indenização pleiteada.

Compulsando os autos, verifico que a conduta da recorrente, através de seus agentes, foi provocar danos morais em militar da ativa que estava participando de treinamento, submetendo-o a tratamento degradante.

No caso, ficou comprovada, através de testemunhas, a prática de atos que ocasionaram dor, sofrimento e humilhação, além do castigo físico durante treinamento militar. Dessa forma, entendo suficiente a prova constante dos autos, já que os depoimentos das testemunhas, inclusive testemunha arrolada pela parte contrária, caracterizou o dano moral cometido contra o recorrido, bem como o nexo causal entre este e a conduta dos agentes.

Assim, os danos morais devem ser indenizados levando-se em conta a gravidade da conduta, as suas repercussões, bem como a necessidade de sublinhar para a sociedade que tais práticas são intensamente repudiadas pelo Judiciário.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso da União para manter a indenização por danos morais fixada na sentença, corrigida pela taxa Selic, a partir 19/09/2005 (data da sentença) até o efetivo pagamento.

Condeno à União ao pagamento de honorários advocatícios, que arbitro em R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais).

Retifique-se a autuação, grafando-se o nome do autor/recorrido como consta em seu documento de identidade de fls. 10.

Sem custas (art. 4º, I, da Lei 9.289/1996).

É como voto.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Luciana Pinheiro Costa Mayer Soares e Renato Martins Prates.

Numeração única 0016980-45.2009.4.01.3200
Recurso 2009.32.00.901942-9

Relatora: Juíza Federal Maria Lúcia Gomes de Souza
Recorrente: Jenifer Victória dos Santos Ferreira
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Publicação: e-DJF1 de 10/06/2010, p. 374

Voto em forma de ementa*

Benefício assistencial. Autor que falece durante o trâmite da ação. Herdeiro que pleiteia prestações devidas até o óbito do autor. Possibilidade. Anulação da sentença.

I. Trata-se de pedido de benefício assistencial em que a autora veio a falecer durante o tramite da ação ordinária. Entretanto, requer a sua herdeira legítima a continuação da ação, haja vista ter direito a receber as parcelas atrasadas decorrentes do preenchimento pela sua genitora dos requisitos do benefício assistencial.

II. Com razão a parte autora. De fato, o benefício assistencial possui natureza personalíssima. Entretanto, em sendo reconhecido o direito ao benefício assistencial ao *de cujus*, faz jus a parte autora às parcelas atrasadas. Cumpre notar que a autora não pleiteia o benefício em si, mas apenas as parcelas que porventura já seriam devidas à sua genitora, pois caso reste demonstrado que esta havia cumprido todos os requisitos relacionados ao benefício requerido, tem-se o direito a um crédito, o qual é perfeitamente possível de ser transmitido aos herdeiros legítimos.

III. Desse modo, entendo que a sentença deve ser anulada a fim de que se proceda a instrução, inclusive, quanto à prova da miserabilidade.

IV. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 55 da Lei 9.099/1995.

V. Recurso conhecido e provido.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar provimento ao recurso da parte autora.

Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Amazonas – 14/05/2010.

Juíza Federal *Maria Lúcia Gomes de Souza*, relatora.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Jaiza Maria Pinto Fraxe e Reginaldo Márcio Pereira.

Numeração única: 5329-43.2010.4.01.3600

Relator: Juiz Federal José Pires da Cunha
Processo: 2010.36.00.700346-7/*Habeas Corpus*
Impetrante: Dr. Renato Tavares de Paula
Advogada: Defensoria Pública da União
Impetrado: Juiz do Juizado Federal de Mato Grosso
Publicação: e-DJF1 de 29/06/2010, p. 631

Ementa

Penal e Processual Penal. Habeas corpus. Ação penal. Denúncia. Trancamento. Princípio da insignificância das condutas atribuídas ao paciente. Inexistência. Abandono de função pública. Violação direta do interesse público. Pedido de desclassificação. Necessidade de incursão na seara de provas. HC. Impossibilidade. Ordem denegada.

I. *In casu*, a conduta do agente (de abandonar cargo público em autarquia federal, remunerado com verba igualmente pública, por mais de dois meses), é considerada totalmente significante para o direito penal.

II. Além disso, a ofensividade ao bem jurídico também exsurge razoável, em virtude da obrigação legal de pontualidade, assiduidade e prestação eficaz do serviço público, mediante o cumprimento das atribuições inerentes ao cargo. Por último, a reprovabilidade social dessa espécie de conduta também não pode ser ignorada, porquanto não existe (e não deve existir) tolerância social com aquele que foi investido em cargo público, remunerado com dinheiro público, e procede a seu abandono, ocasionado prejuízo direto aos cidadãos destinatários do serviço e indireto aos demais cidadãos que custeiam a sua prestação. Em suma, a reprovabilidade da conduta assenta-se na intolerância social com o descaso do agente em relação à coisa pública.

III. Quanto à pretensão alternativa, a respeito da desclassificação da conduta do paciente, de abandono de cargo qualificado pelo prejuízo público para a conduta em sua forma simples (descrita no *caput*), a confirmação de tal assertiva exigiria incursão detalhada no acervo fático-probatório, providência sabidamente inadmissível em HC, que, dado o seu rito célere e cognição sumária, exige prova pré-constituída do direito alegado, mormente quando se objetiva, como no caso, o trancamento da ação penal por falta de justa causa (insignificância da conduta).

IV. *Habeas corpus* conhecido e ordem denegada.

Acórdão

A Turma, por unanimidade, conheceu o *habeas corpus*, mas denegou a ordem.

Turma do Recursal dos Juizados Especiais Federais do Mato Grosso – 30/04/2010.

Juiz Federal José Pires da Cunha, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: — Renato Tavares de Paula, Defensor Público da União, impetrou o presente remédio constitucional de *habeas corpus* em favor do paciente José Reginaldo Silva Arruda, servidor público federal, denunciado pela prática do delito tipificado no art. 323, § 1º, do Código Penal (abandono de função qualificado pelo prejuízo público), pleiteando o impetrante o trancamento da ação penal, pela ausência de crime, sob o fundamento da insignificância da conduta do paciente ou, alternativamente, a desclassificação da denúncia para o tipo penal previsto no *caput* do art. 323 do CP.

Aduz, em suma, que o paciente foi denunciado por ter se afastado de seu cargo na Universidade Federal de Mato Grosso, Campus Rondonópolis/MT, pelo período de 65 dias durante o ano de 2008, mas que tal conduta, todavia, não apresenta reprovabilidade social, haja vista a ausência da tipicidade material necessária à configuração do tipo penal. Pleiteia, alternativamente, que a conduta do paciente, capitulada como qualificada (art. 323, § 1º), seja desclassificada para a forma simples, ao argumento de que não restou comprovado o prejuízo público exigido pela qualificadora.

Pela decisão de fls. 135/137, a liminar restou indeferida.

Informações apresentadas pelo MM. Juiz da 6ª Vara Federal (fls. 141/143).

Manifestação do Ministério Público Federal (fls. 152/154), pela denegação da ordem.

É o relato. Decido.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: — No caso, a decisão proferida pela MM Juíza relatora Adverci Rates Mendes de Abreu, indeferindo a medida liminar pleiteada para o imediato trancamento da ação penal, expôs com bastante evidência que o paciente não sofre nenhum constrangimento ilegal diante da ação penal instaurada contra si, uma vez existe relevância nas condutas (violação do interesse público, do princípio da eficiência, e dos deveres funcionais) atribuídas a ele, autorizando o prosseguimento da ação penal pelo Estado.

Desse modo, os fundamentos da decisão, transcritos na íntegra, sustentam também o presente voto. Nesse sentido:

Nos termos da Constituição Federal de 1988, conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Julier Sebastião da Silva e Cesar Augusto Bearsi.

ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de (mérito) da prisão disciplinar.

Por sua vez, a concessão de liminar em *habeas corpus* requer a presença de relevantes fundamentos de direito, bem como da iminência de dano irreparável ou de difícil reparação.

No caso concreto, o paciente, servidor público federal, comprovadamente abandonou cargo público, sem justificativa, por mais de dois meses no ano de 2008. Em razão de tal conduta, o paciente fora denunciado como incurso no tipo penal do art. 323, § 1º, do CP, além de ter respondido a processo administrativo disciplinar, por violação dos deveres funcionais descritos na Lei 8.112/1990.

No entanto, ao contrário do que alega o Impetrante, não vislumbro constrangimento ilegal no ato Judicial de receber denúncia em relação ao paciente e sua conduta. Em outras palavras, não visualizo a insignificância da conduta (abandono de cargo), nos termos em que alegada pelo Impetrante. O fato descrito como crime é considerado relevante para o direito penal, por tipificar conduta que lesiona o interesse estatal à eficaz prestação do serviço público. No caso, portanto, a norma penal visa garantir a obediência ao princípio constitucional da eficiência do serviço, bem como fazer valer o cumprimento dos deveres funcionais do servidor, sobretudo os deveres de assiduidade e pontualidade, esculpidos no inciso X do art. 116 do RJU.

Em verdade, a aplicação do princípio da insignificância, por figurar como causa supralegal de exclusão da ilicitude, requer a presença concomitante do mínimo desvalor da ação; da mínima ofensividade ao bem jurídico tutelado e do reduzido grau de reprovabilidade da conduta.

Assim, analisando a conduta do agente a partir dos fundamentos acima estabelecidos, concluo que a ação (de abandonar) cargo público em autarquia federal (remunerado com verba igualmente pública), por mais de dois meses, é conduta totalmente significante para o direito penal.

Além disso, a ofensividade ao bem jurídico também exsurge razoável, em virtude da obrigação legal de pontualidade, assiduidade e prestação eficaz do serviço público, mediante o cumprimento das atribuições inerentes ao cargo. Por último, a reprovabilidade social dessa espécie de conduta

também não pode ser ignorada, porquanto não existe (e não deve existir) tolerância social com aquele que foi investido em cargo público, remunerado com dinheiro público, e procede a seu abandono, ocasionado prejuízo direto aos cidadãos destinatários do serviço e indireto aos demais cidadãos que custeiam a sua prestação. Em suma, a reprovabilidade da conduta assentase na intolerância social com o descaso do agente em relação à coisa pública. Quanto à pretensão alternativa, a respeito da desclassificação da conduta do Paciente, de abandono de cargo qualificado pelo prejuízo público para a conduta em sua forma simples (descrita no *caput*), a confirmação de tal assertiva exigiria incursão detalhada no acervo fático-probatório, providência sabidamente inadmissível em HC, que, dado o seu rito célere e cognição sumária, exige prova pré-constituída do direito alegado, mormente quando se objetiva, como no caso, o trancamento da ação penal por falta de justa causa (insignificância da conduta). Nesse exato sentido, aliás, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal: *'Ementa: Habeas corpus. Desclassificação. Necessidade de reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Ordem denegada.* A desclassificação do crime de latrocínio para o de roubo e homicídio culposo, com o conseqüente reconhecimento de que o paciente teria participado apenas do roubo, demanda reexame do conjunto fático-probatório, o que é inviável em sede de *habeas corpus*. A tese do paciente, ademais, já foi apreciada, à exaustão, pelas instâncias ordinárias, restando, ao final, mantida a condenação. Ordem denegada". (STF - HC 91851).

Diante do exposto, não vislumbro, a princípio, a presença de relevantes fundamentos de direito na tese argumentativa do Impetrante.

Posto nestes termos, *indefiro o pedido liminar*.

Solicite informações. Após, vista ao Ministério Público Federal. Intimem-se.

Cuiabá, 16 de março de 2010. Adverci Rates Mendes de Abreu – Juíza relatora.

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do presente *habeas corpus*, e pela denegação da ordem pleiteada.

Numeração única: 61870-49.2008.4.01.3800

Recurso 2008.38.00.726209-6

Recorrente: União Federal
 Recorrido: Bruno Costa dos Santos
 Relator: Juiz Federal Jorge Gustavo Serra de Macêdo Costa
 Publicação: e-DJF1 de 08/06/2010, p. 546

Ementa

Constitucional. Fornecimento de medicamentos. Saúde. Legitimidade da União. Desnecessidade Requerimento administrativo. Eficácia das normas programáticas. Prevalência do direito fundamental à vida e à dignidade da pessoa humana.

I. A União está legitimada a figurar no polo passivo da lide, haja vista fazer parte, com responsabilidade solidária, do sistema de saúde, juntamente com os demais entes federados. Além disso, a norma constitucional de proteção e cuidado à saúde, sobretudo em casos emergenciais, como do recorrido, não pode ser relegada a formalidades atinentes à distribuição das competências do SUS. No mesmo sentido, o Enunciado Unificado 11 das Turmas Recursais da Seção de Minas Gerais.

II. É desnecessário percorrer a via administrativa para somente então acionar a tutela jurisdicional do Estado, mesmo porque a ora recorrente, ao contestar ação, demonstrou claramente a sua resistência em cumprir espontaneamente o seu dever constitucional.

III. Em que pese não se deva afastar a necessidade de serem fixados determinados parâmetros para o fornecimento de medicamentos, o direito fundamental à saúde encontra-se garantido na Constituição, descabendo as alegações de mera norma programática, de forma a não lhe dar eficácia, vez que tal norma não é simplesmente programática, mas também definidora de direito fundamental e tem aplicação imediata, a teor do art. 5º, § 1º, da mesma Carta Magna.

IV. O recorrido comprovou ser portador de graves distúrbios psiquiátricos, fazendo uso contínuo da medicação pleiteada, conforme relatório médico de fls. 19. Ademais, o conjunto probatório evidencia a insuficiência financeira deste e de sua família para custear o tratamento necessário à manutenção de sua saúde.

V. Entre a proteção do direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana (arts. 5º, *caput*, c/c 196 da CF/1988) e o interesse da parte recorrente (fundamentada notadamente na ausência de *isonomia* com os demais cidadãos em mesmas condições que não recorreram ao Judiciário), o STF solidificou a diretriz que privilegia o respeito inviolável do direito fundamental à vida, à saúde e à dignidade da humana do paciente (Cf. STF - RE 267.612/RS). Portanto, em obediência aos preceitos fundamentais insculpidos nos arts. 5º e 196 e à necessária concretude de seu alcance deve a parte recorrente arcar com a disponibilização e despesas resultantes da medicação indispensável ao recorrido.

V. Recurso desprovido. Sem custas e honorários advocatícios.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso da União, sem fixação de sucumbência.

Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Minas Gerais – 09/03/2010.

Juiz Federal *Jorge Gustavo Serra de Macêdo Costa*, relator.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Jorge Gustavo Serra de Macêdo Costa: — Trata-se de recurso interposto pela União contra a sentença proferida pelo Juiz Federal Substituto da 31ª Vara do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais (fls. 64/66), que, nos autos da ação movida por Bruno Costa dos Santos, julgou procedente o pedido de fornecimento do medicamento Periciazina 4% - Neuleptil, necessário ao tratamento de saúde do recorrido.

Requer a recorrente a reforma da sentença, de forma a reconhecer a ilegitimidade passiva da União, uma vez que não lhe cabe a realização de atos concretos e individualizados de operacionalização na prestação de assistência médica e hospitalar. Além disso, alega que não há nos autos qualquer indicação de que houve resistência administrativa, tampouco requerimento administrativo no sentido da pretensão formulada em Juízo, o que deixa de configurar a pretensão resistida e, por sua vez, o interesse jurídico de agir. Acrescenta a União que a pretensão objeto da sentença impugnada insere-se no elenco das normas programáticas constantes da Constituição Federal, de modo que, embora os fatos postos na lide configurem-se numa situação relevante, não geram o direito postulado, ao menos em face da recorrente.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Luciana Pinheiro Costa Mayer Soares e Renato Martins Prates.

Por fim, ressalta que os arts. 196 e 198 da Constituição da República não asseguram a destinação de recursos públicos a uma situação individualizada.

O recorrido, em suas contrarrazões, afirma que a União é parte legítima nas ações de fornecimento de medicamentos, respondendo solidariamente com os demais entes federativos. Alega que as regras programáticas geram direito subjetivo à saúde e não mera expectativa de direito. Ressalta, ainda, não haver violação ao princípio da isonomia.

Às fls. 427/432, parecer do MPF opinando, preliminarmente, pela afirmação da incompetência da Justiça Federal, bem como remessa dos autos à Justiça Estadual, e, no mérito, pelo provimento do pedido formulado no presente recurso inominado.

A CF/1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no polo passivo da demanda. (AgRg no Ag 858.899/RS – Min. José Delgado – Primeira Turma – DJ 30/08/2007, p. 219). Mesmo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE-AgR 393.175/RS.

Assim, a União está legitimada a figurar no polo passivo da lide, haja vista fazer parte, com responsabilidade solidária, do Sistema de Saúde, juntamente com os demais entes federados. Além disso, a norma constitucional de proteção e cuidado à saúde, sobretudo em casos emergenciais, como do recorrido, não pode ser relegada a formalidades atinentes à distribuição das competências do SUS.

No mesmo sentido, o Enunciado Unificado 11 das Turmas Recursais da Seção de Minas Gerais: *A União é parte legítima nas ações em que se pleiteia o fornecimento de tratamento médico ou medicamentos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)*.

Em relação ao requerimento administrativo, entendo que não é preciso percorrer a via administrativa para somente então acionar a tutela jurisdicional do Estado, mesmo porque a ora recorrente, ao contestar a ação, demonstrou claramente a sua resistência em cumprir espontaneamente o seu dever constitucional.

Em que pese não se deva afastar a necessidade de serem fixados determinados parâmetros para o fornecimento de medicamentos, o direito fundamental à saúde encontra-se garantido na Constituição, descabendo as alegações de mera norma programática, de forma a não lhe dar eficácia, uma vez que tal norma não é simplesmente programática, mas também definidora de direito fundamental e tem aplicação imediata, a teor do art. 5º, § 1º, da mesma Carta Magna.

Ademais, tais normas, por serem constitucionais, encontram-se situadas no mais alto nível do sistema normativo e que qualquer outra que com elas for incompatível padece do vício de inconstitucionalidade. Desse modo, todas as normas constitucionais que pedem ou determinam a emissão de normas complementares que estabelecem uma tarefa a cumprir, um fim a atingir, não são desprovidas de eficácia e têm o condão de revogar tudo o que com elas estiver em desacordo, orientando, ainda, a produção de outras normas, bem como sua interpretação.

No caso dos autos, o recorrido comprovou ser portador de graves distúrbios psiquiátricos, fazendo uso contínuo da medicação pleiteada, conforme relatório médico de fls. 19. Ademais, o conjunto probatório evidencia a insuficiência financeira daquele e de sua família para custear o tratamento necessário à manutenção de sua saúde.

Assim, entre a proteção do direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana (arts. 5º, *caput* c/c 196, da CF/1988) e o interesse da parte recorrente (fundamentada notadamente na ausência de *isonomia* com os demais cidadãos em mesmas condições que não recorreram ao Judiciário), o STF solidificou a diretriz que privilegia o respeito inviolável do direito fundamental à vida, à saúde e à dignidade da humana do paciente (Cf. STF – RE 267.612/RS). Portanto, em obediência aos preceitos fundamentais insculpidos nos arts. 5º e 196 e à necessária concretude de seu alcance deve a parte recorrente arcar com a disponibilização e despesas resultantes da medicação indispensável ao recorrido.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso da União.

Sem honorários advocatícios, eis que o recorrido está representado pela Defensoria Pública da União.

Sem custas (art. 4º, I, da Lei 9.289/1996).

É como 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. Mandado de segurança. Ato judicial de relator. Teratologia, ilegalidade ou grave lesão ao direito. Ausência de vício. Inicial indeferida. Agravo regimental não provido.

I. Se os embargos de declaração, manejados a título de suprir suposta *omissão*, transparecem nítido caráter infringente, objetivando manifestação sobre o mérito da questão, quando a decisão dita embargada tratou, tão somente de questão processual relativa ao cabimento da ação, é permitido o seu recebimento como agravo regimental.

II. O manejo de MS contra ato judicial de relator tem obstáculo na Súmula 121/TFR (*Não cabe mandado de segurança contra ato ou decisão, de natureza jurisdicional, emanado de relator ou presidente de Turma*). A jurisprudência só mitiga os rigores da súmula supra quando a decisão judicial ostenta *manifesta arbitrariedade; evidente ilegalidade; ou patente teratologia*, o que não transparece.

III. A alegação de ilegalidade da decisão (acórdão) atacado implica pronunciamento sobre questão meritória que, de resto, não fora objeto do indeferimento da inicial, que, ao referir Súmulas do STJ, apenas aferiu a ausência de manifesta teratologia, ilegalidade ou abuso de poder, ou mesmo, dano iminente de difícil ou impossível reparação, uma vez que, à toda evidência, sumulada a matéria, atestada a sua legalidade.

IV. Agravo regimental não provido.

V. Peças liberadas pelo relator, em 20/05/2010, para publicação do acórdão.

Mandado de Segurança 0015021-02.2010.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral* – Corte Especial

Publicação: *e-DJF1* de 11/06/2010, p. 31

Processual Civil. Previdenciário. Ação rescisória. Erro de fato. Art. 485, IX, do CPC. Prova material. CNIS de pessoa homônima. Situação reconhecida pelo INSS. Aposentadoria rural por idade. Tempo de serviço rural. Início de prova material. Profissão do marido extensível à mulher.

I. Ação rescisória conhecida com base no art. 485, IX, do CPC.

II. Tem base legal a pretensa desconstituição do julgado sob o fundamento de *erro de fato*, nos termos do art. 485, IX, do CPC, pois foi considerada como prova material o CNIS de pessoa homônima com vários vínculos laborais nestes termos: "(...) No caso, havendo comprovação do exercício de trabalho urbano da autora, bem como de seu cônjuge, durante grande parte do período de carência preceituado pela legislação previdenciária, resta descaracterizada a condição de segurado especial que o legislador buscou amparar". Tal situação foi reconhecida pelo INSS em suas razões finais.

III. A pretensão de concessão da aposentadoria por idade à autora, como segurada especial, encontra amparo nos arts. 11, VII, 39, I, 26, III e 48, § 1º e 2º, todos da Lei 8.213/1991, e independe do cumprimento da carência exigida em lei (REO 2006.01.99.022044-8/MT, rel. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, 1ª Turma, *e-DJF1* de 12/05/2009; AC 2008.01.99.041591-4/MT, 1ª Turma; *e-DJF1* de 05/05/2009; AC 2008.01.99.043559-4/MG; 1ª Turma; *e-DJF1* de 05/05/2009 e AC 2008.01.99.017279-0/MG; 1ª Turma; *e-DJF1* de 07/04/2009).

IV. *A escritura pública e as Declarações de Produtor Rural e ITR dão conta que o filho da autora adquiriu em 1996 um pedaço de terra, onde se cultivam gêneros de subsistência, constituindo prova material da atividade rural da autora. Tal prova foi corroborada com os depoimentos das testemunhas, ouvidas em audiência realizada em 07/04/2008, as quais foram unânimes em dizer que a autora é trabalhadora rural em regime de economia familiar.*

V. A certidão de casamento atesta que o marido da autora era agricultor, qualificação que a ela se estende, consoante entendimento do STJ manifestado no REsp 267.355/MS, relatado pelo Min. Jorge Scartezzini, publicado no DJ 20/11/2000, do seguinte teor: “A qualificação profissional de lavrador ou agricultor do marido, constante dos assentamentos de registro civil, é extensível à esposa, e constitui indício aceitável de prova material do exercício da atividade rural...”. Existência de vínculos de labor urbano do marido da autora, sem caráter preponderante.

VI. Termo inicial fixado a partir da citação, conforme requerido na inicial.

VII. 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), utilizando os índices constantes do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

VIII. A Primeira Seção da Corte firmou entendimento 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, unânime, DJ 14/11/2003).

IX. Verba honorária fixada em 10% (dez por cento) sobre as parcelas vencidas até o julgamento da ação rescisória.

X. Pedido rescisório julgado procedente.

Ação Rescisória 35714-41.2009.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal *Ângela Catão* – 1ª Seção

Publicação: e-DJF1 de 05/06/2010, pp. 5/6

Processual Penal. Delitos previstos nos arts. 168-A, § 1º, I, e 337-A, III, ambos do Código Penal, combinados, cada qual, com o art. 71 do mesmo códex. Revisão criminal. Art. 621, I, CPP. Alegação de não apreciação de provas pelo magistrado sentenciante e de erro na dosimetria das penas. Reapreciação de provas examinadas pelo juízo a quo: impossibilidade. Nova interpretação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal: não autorização para revisão criminal. Não procedência da revisão.

I. Os argumentos utilizados na presente revisão criminal já foram corretamente analisados pelo magistrado de primeiro grau. Não é possível, pela via da revisão criminal, a reforma da sentença com a reapreciação das provas que deram suporte à sentença condenatória, considerando que a admissão do processo revisional é limitada às hipóteses previstas no art. 621 do CPP, que tem rol taxativo, não se prestando, assim, ao mero reexame de provas. Precedentes deste Tribunal.

II. O delito de apropriação indébita previdenciária não exige, para sua configuração, o *animus rem sibi habendi*. Trata-se, pois, de um tipo simétrico, não havendo que se falar em dolo específico para sua configuração, constituindo crime omissivo próprio, consumando-se apenas com a transgressão da norma incriminadora, independentemente de resultado naturalístico e do dolo específico do fim especial de agir.

III. Indicação na denúncia e na sentença condenatória, bem como no conjunto probatório acostado aos autos, da conduta praticada pelo requerente que caracteriza o delito previsto no art. 337-A do CP, que deu ensejo à sua condenação.

IV. As dificuldades financeiras aptas a ensejar o acolhimento da causa supralegal de exclusão de culpabilidade alegada, conforme entendimento jurisprudencial desta Casa, são aquelas dificuldades decorrentes de circunstâncias imprevisíveis ou invencíveis que tenham comprometido ou ameaçado, inclusive, o patrimônio pessoal do sócio-gerente, sendo necessária a produção de provas no sentido da impossibilidade de atuar em conformidade com o que determina a norma penal, ônus esse que cabe à defesa (art. 156/CPP).

V. Dosimetria das penas corretamente concretizada, de acordo com os parâmetros legais.

VI. O magistrado de primeiro grau corretamente justificou (fls. 423/424) e aplicou a causa de aumento decorrente da continuidade delitiva, uma vez que o requerente, mediante mais de uma ação, praticou mais de um crime da mesma espécie, mas tal circunstância – a da continuidade delitiva – verifica-se nos dois delitos imputados ao requerente (arts. 168-A, § 1º, I, e 337-A, III, ambos do Código Penal).

VII. Revisão criminal não procedente.

Revisão Criminal 0014393-13.2010.4.01.0000/GO
 Relator: Desembargador Federal *Hilton Queiroz* – 2ª Seção
 Publicação: *e-DJF1* de 05/06/2010, p. 11

Civil e Processual Civil. Responsabilidade civil. Conta poupança. Saques fraudulentos. Idoso. Indenização por danos morais. Cabimento. Embargos infringentes. Provimento.

I. Configurada a ocorrência de saques fraudulentos na conta poupança do autor, cabível a indenização por dano moral, que se caracteriza, na hipótese, dada a sua condição de pessoa idosa, privada de grande parte de suas economias, fato que certamente lhe causou abalos psíquicos que ultrapassam o mero aborrecimento.

II. Embargos infringentes providos.

Numeração única: 0007402-48.2002.4.01.3800
 Embargos Infringentes 2002.38.00.007363-6/MG
 Relator: Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro* – 3ª Seção
 Publicação: *e-DJF1* de 05/07/2010, p. 14

Processual Civil. Embargos à execução de título judicial. Questão de ordem. Competência do presidente das Seções.

I. Nos termos da orientação jurisprudencial da Corte Especial deste Tribunal, a competência para o processamento e julgamento de embargos à execução de título executivo judicial proferido em processo originário incumbe à seção que proferiu o julgamento, sob a ordem do relator originário (CC 2004.01.00.045368-4/RO).

II. A 4ª Seção deste Tribunal, em questão de ordem, firmou que a competência para o processamento e julgamento do feito incumbe ao Vice-Presidente deste Tribunal, uma vez que a ele incumbe a presidência das Seções. Ressalva do entendimento da relatora.

III. Questão de ordem provida para determinar a remessa dos autos ao Presidente da 4ª Seção deste Tribunal.

Numeração única: 0030486-17.2009.4.01.0000
 Embargos à Execução 2009.01.00.035877-1/MG
 Relatora: Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso* – 4ª Seção
 Publicação: *e-DJF1* de 05/07/2010, p. 17

Constitucional. Previdenciário. Apelação interposta via fac-símile. Risco assumido pelo INSS. Falha na transmissão de dados. Art. 4º da Lei 9.800/1999.

I. Ao interpor recurso de apelação por meio de fac-símile, a parte assume o risco por eventual falha na transmissão de dados.

II. Nos termos do art. 4º da Lei 9.800/1999, quem fizer uso do sistema de transmissão de dados torna-se responsável pela qualidade e fidelidade do material transmitido e por sua entrega ao órgão judiciário.

III. Agravo de instrumento não provido.

Numeração única: 0010829-31.2007.4.01.0000
 Agravo de Instrumento 2007.01.00.010447-6/GO
 Relatora: Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes* – 2ª Turma
 Publicação: *e-DJF1* de 21/06/2010, p. 218

Penal. Habeas corpus. Reexame necessário. Prova ilícita. Violação de sigilo. Ausência de ordem judicial. Única prova. Trancamento inquérito policial. Possibilidade.

I. É indispensável a autorização judicial para acesso aos dados armazenados em aparelho de telefone celular, quais sejam agenda e conteúdo de mensagens originadas e recebidas, sob pena de violação aos preceitos constitucionais insculpidos no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal.

II. Colhida a prova de forma ilícita, porquanto não precedida de ordem judicial, e sendo esta a única constante do inquérito policial, o trancamento da investigação é medida que se impõe.

III. Remessa necessária desprovida.

Numeração única: 0005744-55.2008.4.01.3807

Reexame Necessário Criminal 2008.38.07.005795-0/MG

Relator: Desembargador Federal *Carlos Olavo* – 3ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 11/06/2010, p. 36

Penal. Tráfico internacional de entorpecentes. Lei 6.638/1976, art. 16. Novatio legis in mellius. Lei 11.343/2006, art. 28 e incisos. Crime de descaminho. CP. Art. 334, caput. Materialidade não comprovada. Infração que deixa vestígio. Indispensabilidade do exame pericial. Confissão do réu que não pode suprir. CPP, art. 158.

I. Ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, em relação ao crime de porte de droga para consumo próprio (Lei 11.343/2006, art. 28), considerando que entre a data do recebimento da denúncia (24/09/2004 – fls. 61/62) e a publicação da sentença condenatória (29/08/2008 – fls. 424) transcorreram mais de 2 (dois) anos (Lei 11.343/2006).

II. “Os crimes que deixam vestígios exigem, sob pena de nulidade insanável, o exame técnico-científico do corpo de delito.” (HC 92707, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, STF, *DJe-97* de 30/05/2008). (Do parecer ministerial – fls. 490).

III. Extinção da punibilidade dos acusados apelantes, em relação ao crime de porte de droga para consumo próprio (Lei 11.343/2006, art. 28), declarada, de ofício, nos termos do art. 107, IV, do Código Penal c/c o art. 30 da Lei 11.343/2006.

IV. Apelação dos acusados Josivaldo Pereira Pinto e Eduvino Marques Pechar, provida para absolvê-los do crime de descaminho (CP, art. 334, *caput*), nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Numeração única: 0005997-60.2004.4.01.3200

Apelação Criminal 2004.32.00.006004-1/AM

Relator: Desembargador Federal *Hilton Queiroz* – 4ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 04/06/2010, p. 132

Civil, Administrativo e Processual Civil. Demolição de obra edificada em faixa non aedificandi. Legitimidade passiva do arrendatário, executor da obra. Sentença terminativa cassada. Julgamento da lide pelo tribunal. Demolição da obra edificada em faixa non aedificandi.

I. O arrendatário do imóvel, responsável pela execução de obra embargada em faixa *non aedificandi* de rodovia federal (Lei 6.766/1979, art. 4º, III), possui legitimidade para responder em ação judicial na qual se busca a demolição da obra por ele edificada. Sentença terminativa cassada.

II. Desconstituída a sentença e estando o processo regularmente instruído, aplicável a norma inserta no art. 515, § 3º, do CPC, que faculta ao tribunal julgar desde logo a lide, em homenagem ao princípio da economia processual.

III. A norma inscrita no art. 4º, inciso III, da Lei 6.766, de 12/12/1979, impõe limitação administrativa aos proprietários de loteamentos marginais às rodovias federais de *reserva de uma faixa não edificável de 15 (quinze) metros de cada lado*, com vistas à segurança dos usuários das rodovias.

IV. Tendo a Administração Federal, por meio da autarquia federal competente à época – extinto DNER –, embargado a construção de posto de abastecimento automotor em faixa *non aedificandi* às margens da BR 460, revela-se legítimo o direito da União, sucessora do DNER, na demolição da aludida obra, a qual, segundo prova pericial produzida nos autos, coloca em risco a segurança dos usuários da aludida rodovia federal no trecho em que se encontra a edificação.

V. Apelação da União provida para, reconhecendo a legitimidade passiva ad causam do réu, desconstituir a sentença terminativa e, ao apreciar o mérito da demanda (CPC, art. 515, § 3º), julgar procedente o pedido autoral, condenando o réu à demolição da obra erguida no km 68 da Rodovia Federal BR 460, perímetro urbano do município de São

Lourenço/MG, e remoção dos sobejos dessa obra, bem como ao pagamento de custas, despesas e honorários advocatícios, estes fixados no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Numeração única: 0040956-13.1998.4.01.3800

Apelação Cível 1998.38.00.041398-6/MG

Relator: Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado) – 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 09/07/2010, p. 84

Agravo regimental. Concurso público. Polícia Federal. Investigação social.

I. Candidata excluída do concurso público para o provimento de cargo de agente penitenciário federal, em decorrência da investigação social.

II. A existência de processos criminais contra o candidato, mesmo não decididos por sentença condenatória transitada em julgado, pode, dependendo das circunstâncias, constituir evidência de falta de idoneidade moral. Há, todavia, recente julgado do STJ no sentido de que a transação penal não pode servir de base para a não recomendação de candidato em concurso público, como na hipótese dos autos, por não implicar em reincidência, nem em efeitos civis, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício, conforme art. 76, §§ 4º e 6º, da Lei Federal 9.099/1995.

III. Quanto à infração prevista no art. 16 da Lei 6.368/1976, considerada pela banca examinadora, sequer houve o recebimento da denúncia contra a autora, senão a extinção da punibilidade pela prescrição, não tendo a candidata exercido seu direito de defesa e demais consectários garantidos constitucionalmente, e nos autos não há prova da materialidade dos fatos, cumprindo preservar, deste modo, a efetividade de eventual sentença favorável à autora.

IV. Agravo regimental a que se nega provimento.

Numeração única: 72527-67.2009.4.01.0000

Agravo Regimental no AI 2009.01.00.074823-9/MG

Relatora: Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues* – 6ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 21/06/2010, p. 286

Processual Civil. Mandado de segurança. Multa administrativa. Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária: incompetência. Extinção do feito por ilegitimidade passiva. Apelação não provida.

I. Autoridade coatora, para os efeitos do mandado de segurança, é o agente público que pratica o ato impugnado, aquele que tem o dever funcional de responder pelo seu fiel cumprimento e o que dispõe de competência para corrigir eventual ilegalidade.

II. O Presidente da Anvisa não tem legitimidade para responder a mandado de segurança objetivando afastar multa aplicada por agentes fiscais estaduais no exercício de fiscalização da agência.

III. A indicação de autoridade sem competência para a revisão do ato impugnado desafia extinção do processo sem julgamento do mérito.

IV. Apelação não provida.

Numeração única: 204140520014013400

Apelação Cível 2001.34.00.020447-0/DF

Relator: Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral* – 7ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 02/07/2010, p. 157

Processual Civil. Ação cautelar. ECT. Imunidade tributária recíproca. Isenção custas. Impenhorabilidade de bens. Decreto-Lei 509/1969. Suspensão da exigibilidade. Certidão Positiva de Débito com efeitos de Negativa. Art. 206 CTN.

I. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, apesar de ter sido constituída como empresa pública federal, tem natureza tipicamente pública por prestar serviço público sujeito à responsabilidade exclusiva da Administração Direta.

II. Os bens imóveis vinculados às finalidades essenciais da ECT são abarcados pela imunidade tributária recíproca, estatuída no art. 150, VI, *a*, da Constituição Federal. Inviável, no caso, a cobrança do ISS.

III. O art. 12 do Decreto-Lei 509/1969, recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (RE 220906/DF, Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 14/11/2002), estendeu à ECT os privilégios concedidos à Fazenda Pública, quanto à impenhorabilidade de bens, rendas e serviços, e ao foro, prazos e custas processuais.

IV. A expedição da CPD-EN à empresa pública não pode ser negada, uma vez que seus débitos dispensam o depósito prévio ou penhora anterior para que seja suspensa a execução fiscal pela oposição de embargos, em face da indisponibilidade dos bens públicos e da solvabilidade de que gozam as unidades políticas.

V. Apelação a que se dá provimento.

VI. Remessa oficial, tida por interposta, a que se nega provimento.

Numeração única: 0003936-28.2002.4.01.4000

Apelação Cível 2002.40.00.003937-0/PI

Relatora: Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso* – 8ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 1º/07/2010, p. 382

- ★ 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.

