

# Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

**Outubro 2009**

# Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – Diretor

## Coordenação de edição

### Coordenadoria de Jurisprudência e Documentação – COJUD

Júlio César Sousa Gomes – Coordenador

### Seção de Apoio ao Gabinete da Revista

Denise Barbosa Mardini Lanzarini

Etiene Gomes de Carvalho

Maria Elizabeth Rangel Nunes

Leandro Arantes de Melo - estagiário

Marcos Aurélio Lustosa de Medeiros

Paulo Sérgio Farripas de Moraes Júnior – estagiário

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

### Controle de texto e padronização

Denise Barbosa Mardini Lanzarini

Maria Elizabeth Rangel Nunes

Marcos Aurélio Lustosa de Medeiros

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

## Diagramação eletrônica

Etiene Gomes de Carvalho

Leandro Arantes de Melo – estagiário

## Capa e projeto gráfico

Luciana Fernandes Menezes – DIEDI

## 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.

## Apoio

Luciana Fernandes Menezes – DIEDI

## Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Setor de Autarquia 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.gov.br

---

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

Os acórdãos, em virtude de sua publicação em comunicação oficial, conservam a escritura original, em que esta Revista restringiu-se a realizar os trabalhos de diagramação, conferência com o original e padronização.

A *Revista do TRF 1ª Região* está em conformidade com o novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa (Decreto 6.584, de 29 de setembro de 2008).

---

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 *Jirair Aram Meguerian*

## **Vice-Presidente:**

Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*

## **Corregedor-Geral:**

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*

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 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*

# Corte Especial

## **Presidente:**

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

## **Vice-Presidente:**

Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*

## **Corregedor-Geral:**

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

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*

### **1ª Seção**

Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente* – Presidente  
Desembargador Federal *José Amílcar Machado*  
Desembargadora Federal *Neuza Maria Alves da Silva*  
Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*  
Desembargador Federal *Carlos Olavo*

### **2ª Seção**

Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente* – Presidente  
Desembargador Federal *Tourinho Neto*  
Desembargadora Federal *Assuete Magalhães*  
Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*  
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*  
Desembargador Federal *Hilton Queiroz*  
Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

### **3ª Seção**

Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente* – Presidente  
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 Diniz Gallotti Rodrigues*  
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

### **4ª Seção**

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

### **1ª Turma**

Desembargador Federal *Carlos Olavo* - Presidente  
Desembargador Federal *José Amílcar Machado*

### **2ª Turma**

Desembargadora Federal *Neuza Maria Alves da Silva* – Presidente  
Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*

### **3ª Turma**

Desembargador Federal *Tourinho Neto* – Presidente  
Desembargadora Federal *Assuete Magalhães*  
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

### **4ª Turma**

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro* – Presidente  
Desembargador Federal *Hilton Queiroz*  
Desembargador Federal *I'talo 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 Diniz Gallotti Rodrigues*  
– Presidente  
Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*  
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

### **7ª Turma**

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

### **8ª Turma**

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso* - Presidente  
Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*

### **Conselho de Administração**

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian* – Presidente  
Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente* –  
Vice-Presidente  
Desembargador Federal *Olindo Menezes* – Corregedor-Geral  
Desembargador Federal *Tourinho Neto*  
Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*  
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*  
Desembargadora Federal *Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues*  
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*  
Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*

### **Comissão de Jurisprudência**

Desembargador Federal *João Batista Moreira* – Presidente  
Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*  
Desembargadora Federal *Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues*  
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

### **Comissão de Regimento**

Desembargador Federal *Hilton Queiroz* - Presidente  
Desembargador Federal *José Amílcar Machado*  
Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*  
Desembargadora Federal *Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues*

### **Comissão de Acervo Jurídico**

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida* –  
Presidente  
Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*  
Desembargadora Federal *Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues*  
Desembargadora Federal *Neuza Maria Alves da Silva*

### **Comissão de Promoção**

Desembargador Federal *Olindo Menezes* – Presidente  
Desembargador Federal *Carlos Olavo*  
Desembargadora Federal *Neuza Maria Alves da Silva*  
Desembargador Federal *Tourinho Neto*  
Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*  
Desembargadora Federal *João Batista Gomes Moreira*  
Desembargadora Federal *Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues*  
Desembargador Federal *Catão Alves*  
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

### **Revista do Tribunal**

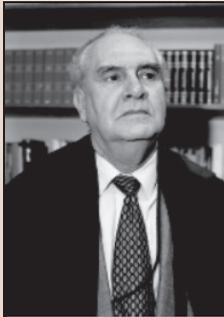
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – Diretor

### **Escola da Magistratura Federal da Primeira Região – ESMAF**

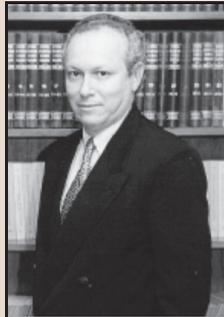
Desembargador Federal *Hilton Queiroz* – Diretor  
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – Vice-Diretor

### **Seccionais**

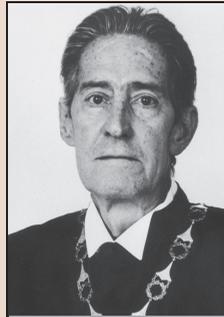
Seção Judiciária do Estado do Acre  
Seção Judiciária do Estado do Amapá  
Seção Judiciária do Estado do Amazonas  
Seção Judiciária do Estado da Bahia  
Seção Judiciária do Distrito Federal  
Seção Judiciária do Estado de Goiás  
Seção Judiciária do Estado do Maranhão  
Seção Judiciária do Estado de 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/89 – novembro/92



Desembargador Federal  
Catão Alves  
novembro/92 – outubro/93



Desembargador Federal Leite  
Soares  
novembro/93 – junho/94



Desembargador Federal  
Tourinho Neto  
junho/94 – abril/97



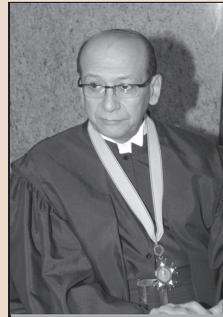
Desembargador Federal  
Osmar Tognolo  
maio/97 – maio/99



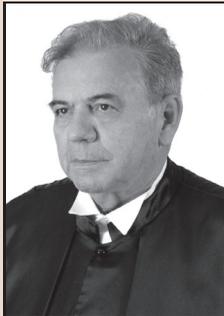
Desembargador Federal  
Aloísio Palmeira Lima  
maio/99 – julho/2001



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

---

## Em Foco, 21

---

A judicialização da saúde no Brasil

Carlos Olavo Pacheco de Medeiros

## Gastando o Latim, 23

---

## Habeas Verbum: Língua do Direito, 25

---

Preposição “de” ou preposição “em”

## Variedades, 27

---

Poesia Lírica Latina

## Artigos doutrinários

---

O princípio da inocência e a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, 29

Paulo Fernando Silveira

Discussão a respeito do termo *menor potencial ofensivo* nos delitos inerentes aos Juizados Especiais Criminais, 41

Robério Celestino de Souza

Desvio de poder e suas configurações atuais, 49

João Batista Gomes Moreira

## Tópicos jurídicos

---

Meio ambiente e a efetividade das decisões judiciais, 59

Maízia Seal Carvalho Pamponet

Os conselhos de contribuintes como espaços democráticos: um exercício de cidadania fiscal, 62

André Antonio A. de Medeiros

O nosso velho novo Mandado de Segurança, 68

Vallisney de Souza Oliveira

## Inovações Legislativas, 71

---

A nova Lei do Mandado de Segurança. Comentários e quadro comparativo (Lei 12.016/2009 x Lei 1.533/1951)

Eduardo de Souza Floriano

## Arguição de Inconstitucionalidade, 95

---

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

Rel.: Desembargadora Federal Assusete Magalhães

Arguição de Inconstitucionalidade 1998.37.00.001311-0/MA

## Acórdãos: inteiros teores

---

Corte Especial – Mandado de Segurança. Concurso Público/TRF 1ª Região/2006. Candidatos portadores de deficiência. Reservas de vagas. Lei 8.112/1990, artigo 5º, § 2º. Decreto 3.298/1999. Resolução 155/1996 – CJF. Limites mínimo e máximo. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Princípio da isonomia. Segurança denegada, 109

Rel.: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

Mandado de Segurança 2006.01.00.020524-7/GO

1ª Seção – Processual Civil. Conflito Negativo de Competência. Vara Federal Juízo de Direito. Ação previdenciária. Nulidade de execução. Competência do juízo originário. “Perpetuatio jurisdictionis”, 118

Rel.: Juiz Federal Antônio Francisco do Nascimento (convocado)

Conflito de Competência 2008.01.00.010824-0/MG

2ª Seção – Constitucional e Processual Penal. Mandado de Segurança. Defensor Público-Geral da União. Art. 134, § 1º, da CF/88 c/c art. 23 da Lei Complementar 80/1994. Capacidade postulatória para atuar perante o STF e as instâncias inferiores, 121

Rel.: Desembargadora Federal Assusete Magalhães

Mandado de Segurança Criminal 2008.01.00.059086-4/AC

3ª Seção – Processual Civil. Mandado de Segurança contra ato de juiz estadual. Competência da Justiça Federal. Ação ajuizada contra empresa pública. Constituição Federal, art. 109, I. Segurança concedida, 126

Rel.: Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva (convocada)

Mandado de Segurança 2008.01.00.012870-1/PA

4ª Seção – Processual Civil. Conflito negativo de competência. Exceção de incompetência. Execução fiscal proposta na comarca onde tinha domicílio o devedor. Mudança anterior à citação. Regra da “perpetuatio jurisdictionis”. Inaplicabilidade, 131

Rel.: Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa

Conflito de Competência 2009.01.00.014421-0/MG

1ª Turma – Direito Administrativo. Servidor público. Abandono de cargo. Penalidade de demissão. Alcoolismo e drogas. Prova pericial. Impossibilidade de entendimento do caráter de ilícito administrativo do fato praticado, ou de determinar-se de acordo com tal entendimento. Ausência de “animus abandonandi”. Reintegração deferida. Aposentadoria por invalidez indeferida. Sentença parcialmente reformada, 135

Rel.: Juiz Federal Guilherme Doehler (convocado)

Apelação Cível 2002.38.00.027206-7/MG

2ª Turma – Processual Civil. Cominação de multa diária. Impossibilidade. Ausência de descumprimento de decisão judicial. Agravo provido, 142

Rel.: Desembargador Federal Francisco de Assis Betti  
Agravo de Instrumento 2008.01.00.023404-0/DF

**3ª Turma - Penal e Processual Penal. “Habeas Corpus”. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal. Sentença condenatória proferida. Crime punido com detenção. Inocorrência das hipóteses previstas, no art. 313, II e III, do CPP, para a decretação da prisão preventiva, por crime punido com detenção. Regime inicial semi-aberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade. Manutenção da custódia cautelar incompatível com os termos da condenação. Precedentes do STJ e do TRF/1ª Região. Pretensão do impetrante de cassar a sentença condenatória. Impossibilidade. Ordem parcialmente concedida, 144**

Rel.: Desembargadora Federal Assusete Magalhães  
*Habeas Corpus* 2009.01.00.040157-8/GO

**4ª Turma - Processual Penal. “Habeas Corpus”. Advogado. Intimação via postal. Indeferimento. CPC. Artigo 370, § 1º e 2º. Atos judiciais. Divulgação. Órgãos de publicação da comarca. Justiça Federal de Primeira e Segunda Instâncias. Publicação eletrônica. Meio oficial. Lei 11.419/2006, artigo 4º. Resolução 600-011/2007/TRF 1ª Região. Nulidade. Prejuízo. Comprovação. Necessidade. Princípio “pas de nullité sans grief”. Cerceamento de defesa. Inexistência. Ordem denegada, 152**

Rel.: Desembargador Federal Mário César Ribeiro  
*Habeas Corpus* 2009.01.00.032467-9/AM

**5ª Turma – Direito Administrativo. Crédito rural. Pedido de securitização. Banco do Brasil S/A. Omissão em decidir. Justificativa posterior, em juízo: negativa da securitização por conveniência econômica da instituição. Motivação insuficiente. Política de crédito rural. Interesse público. Instituição bancária, na espécie, exercendo competência delegada da União. Necessidade de critérios objetivos, públicos, racionais e isonômicos, 157**

Rel.: Desembargador Federal João Batista Moreira  
Apelação Cível 1997.35.00.007738-2/GO

**6ª Turma – Ação Possessória entre particulares. Oposição da União sob alegação de domínio não admitida. Competência do Juiz Estadual para julgar a ação, 161**

Rel.: Juiz Federal Iran Velasco Nascimento (convocado)  
Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2002.01.00.011018-7/DF

**7ª Turma – Tributário e Constitucional. Contribuição “pro labore”. (Lei 7.787/89, art. 3º, I “autônomos, administradores e avulsos”: inconstitucionalidade (RE 166.772-9/RS e RE 177.294-4/RS). Lei 8.212/1991, art. 22, I: inconstitucionalidade (Adin L1.102/DF). Compensação. Suspensão de lei. Resolução Senado Federal 14/1995. Efeitos (ex tunc). Decreto 2.346/1997, 164**

Rel.: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral  
Apelação Cível 2000.01.00.002874-8/MG

**7ª Turma – Previdenciário. Anulação de débito. Compensação não homologada. Crédito da matriz e filiais, 167**

Rel.: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral  
Apelação Cível 2003.38.00.036233-6/MG

**8ª Turma – Constitucional. Tributário. Previdenciário. Contribuição para o seguro acidente do trabalho - SAT. Instituição por lei ordinária. Definição do que seja atividade preponderante e enquadramento no grau de risco por decreto. Legalidade, 170**

Rel.: Juiz Federal Osmane Antonio dos Santos (convocado)  
Apelação Cível 2000.38.00.041180-1/MG

## Decisões Monocráticas

---

**Pedido de efeito suspensivo. Fiscalização de atividades relacionadas à pesca e aquicultura. Incompetência do Ibama, 173**

Rel.: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 2009.01.00.041134-2/BA

**Pedido de antecipação da tutela. Necessidade de avaliação administrativa do imóvel. Descomprometimento do Ibama, 175**

Rel.: Desembargador Federal Tourinho Neto

Agravo de Instrumento 2009.01.00.047444-6/BA

## JEFs em Revista

---

**Embargos de declaração. Reexame de prova dos autos. Impossibilidade, 177**

Rel.: Juíza Federal Jaiza Maria Pinto Fraxe

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2002.38.00.711124-6/MG

**Processual Civil. Embargos de declaração contendo ausência de similitude fático-jurídica com o acórdão que manteve negativa de seguimento de pedido de uniformização da turma de origem por falta de diversidade de entendimento jurídico no tocante aos efeitos da MP 2225-45/2001. Prequestionamento isolado. Ausência das hipóteses legais (art.535, I e II, do Código de Processo Civil e art. 48, Lei 9.099/1995). Improcedência.**

**Desprovimento dos embargos, 178**

Rel.: Juíza Federal Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2006.38.00.724637-5/MG

**Constitucional e Administrativo. Servidor do Poder Executivo. Reajuste no percentual de 3,17%. MP 2.225/2001. Prejudicial de prescrição afastada, em face da renúncia gerada pelo reconhecimento do direito vindicado. Súmula 4 da Turma Regional de Uniformização afastando a divergência. Pedido de submissão indeferido, 181**

Rel.: Juíza Federal Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2006.38.00.725635-9/MG

## Estatística, 183

---

## Breviário, 193

---

Agravo regimental. Medida cautelar. Atribuição de efeito suspensivo a recurso especial.

Processual Civil. Ação rescisória. Agravo regimental. Aposentadoria rural. Vínculo empregatício urbano. Pedido de antecipação da tutela. “Periculum in mora” e verossimilhança. Incabíveis. Natureza alimentar do benefício e dano de difícil reparação à ré. Decisão mantida.

Ação rescisória. Pedido procedente. Execução da sucumbência. Embargos do devedor. Erro material no julgado exequendo. Honorários advocatícios fixados em cinco salários-mínimos sobre o valor da causa. Súmula 201 do STJ.

Administrativo. Processual Civil. Juiz do Trabalho. Ajuda de custo. Indenização de transporte. Impossibilidade. Inocorrência de remoção. Loman. Aplicação subsidiária da Lei 8.112/1990. Provimento inicial. Sentença mantida.

Processual Civil. Liminar satisfativa. Serviço público. Licença-maternidade após a edição da Lei 11.770/2008. Prorrogação por 60 (sessenta dias). Possibilidade.

Penal e Processual Penal. Peculato. Art. 312, caput, do CP. Apropriação de valores de correntista por empregado

da Caixa Econômica Federal. Materialidade e autoria comprovadas. Dosimetria. Pena acima do mínimo legal. “Bis in idem”. Inocorrência. Arrependimento posterior. Art. 16 do CP. Não configurado. Multa reduzida.

Civil. Manutenção de posse. Área de reserva indígena localizada nos municípios de Nova América e Rubiataba. Estado de Goiás. Carretão I. Alegação de povoamento por posseiros. Apelado casado com índia Tapuia desde 1974. Prova testemunhal. Aceitação pacífica na reserva. Procedimentos de convivência regular não observados. Observação das sanções previstas no Estatuto do Índio. Lei 6.001/1973.

Processual Civil. Agravo de Instrumento. Medida liminar em mandado de segurança. Superveniente prolação de sentença. Perda do objeto do recurso.

Direito Tributário e Direito Civil. Contribuições ao extinto Iapas (INSS) no período de vigência da EC 8/1977, com base no teto de 20 salários-mínimos. Alteração posterior da legislação. Fixação do teto salarial de contribuição em 10 salários-mínimos. Direito à devolução das parcelas recolhidas a maior. Prescrição. Inocorrência.

Previdenciário e Processual Civil. Execução Fiscal. Exceção de pré-executividade. Corresponsável. Fatos geradores do crédito tributário contemporâneos. Dissolução irregular da sociedade. Prescrição incorrente. Citação. Seguimento negado. Agravo interno não provido.

## **Repositórios oficiais de jurisprudência, 199**

---

## **Normas de envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista, 201**

---



É ocasião de agradecer aos colegas de Tribunal que, representados pelo voto dos ilustres integrantes da Corte Especial Administrativa, mantiveram firme, na escolha de meu nome, a salutar tradição de observância ao critério da antiguidade, depositando em mim confiança para, durante o biênio iniciado no pretérito mês de setembro, dirigir os trabalhos da Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região.

A idéia de direção, como instrumento de conjugação de esforços para a realização de um objetivo comum, traz ínsita a de responsabilidade, que tanto maior será quanto maior seja a meta a ser alcançada, a finalidade a ser atingida. Aqui, os olhos se voltam para a continuidade do que bem funciona, do que atende, com inegável nível de excelência, os propósitos para os quais instituído, sem significar, contudo, tal perspectiva acomodação, certo como toda ação humana há de estar constantemente comprometida com o aperfeiçoamento.

Empenharei, pois, todas as minhas forças para, como meus antecessores, honrar o mandato que ora me foi confiado e contribuir para a “sequência exitosa dos trabalhos” da Revista, me valendo aqui das palavras de meu ilustre antecessor imediato, Desembargador Federal Hilton Queiroz, a quem agradeço a gentil saudação dirigida no editorial anterior. Invoco e dou por certa, nesta caminhada, a colaboração de todos, magistrados e servidores, em especial os que integram o corpo operacional do periódico, concurso sem o qual nenhuma missão pode ser bem sucedida.

Muito obrigado.

*Carlos Moreira Alves*  
Desembargador Federal  
Diretor da Revista



*“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”.



*“O maior erro que um homem pode cometer é sacrificar a sua saúde a qualquer outra vantagem.”*

Arthur Schopenhauer

*in:* [http://www.pensador.info/p/saude\\_schopenhauer/1/](http://www.pensador.info/p/saude_schopenhauer/1/)



# A judicialização da saúde no Brasil

Carlos Olavo Pacheco\*



Luiz C. B. Xavier/ASCOM

Casado, natural de Belo Horizonte - MG, tomou posse como Juiz do Tribunal Regional Federal da 1ª Região em 26 de fevereiro de 1999, pelo Quinto Constitucional, indicado em lista sêxtupla, primeiramente pelo Conselho Seccional da OAB-MG e, em seguida, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e, finalmente, em lista tríplice, pelo TRF 1ª Região.

Foi Professor de Direito Constitucional da Academia de Polícia Civil de Minas Gerais, de 1970 a 1975. Professor de Instituições de Direito Público, da Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Católica de Minas Gerais - UCMG, de 1973 a 1975. Por concurso, professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC, desde 1975. Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito Milton Campos, de Belo Horizonte, em 1989. Professor de Direito Constitucional, desde 1991, da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCeub. Paraninfo da Turma de Formandos da Faculdade de Direito do Centro Universitário Unieuro - 2005.

Integrou as 1ª e 4ª Turmas, as 1ª e 2ª Seções, o Conselho de Administração, as Comissões de Regimento Interno e de Concursos e a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Eleito Vice-Presidente para o biênio em abril de 2006, tornou-se Presidente das quatro Seções do TRF-1ª Região até o termo do seu mandato. Hoje, integra a 1ª Turma do Tribunal.

**Revista:** O movimento das partes no Judiciário por medicamentos e tratamentos não previstos nas listas ou protocolos do SUS tem envolvido diferentes entidades federativas e mobilizado grande quantidade de agentes públicos e servidores. Como o Estado pode minimizar a judicialização da saúde?

**Carlos Olavo:** A questão, como se constata no aprofundamento do seu exame, é mais complexa do que pode parecer. Envolve um direito fundamental social que o Estado prioritariamente tem o dever de assegurar a todos, sem distinção, como uma de suas atribuições essenciais. E estas não se restringem a uma programação meramente assistencial, médico-

hospitalar e de oferta de medicamentos, mas seu alcance envolve todo o bem estar físico e mental do cidadão. Daí decorrem situações por vezes surpreendentes, que o poder público por desídia, incompetência ou carência de recursos não contorna, queda-se inerte. Então, o cidadão desassistido ou se sentindo preterido, sai em busca de um suprimento judicial para salvaguardar seu direito, possivelmente em risco de iminente e irreparável dano em caso de demora. Nesse momento, o juiz examina a plausibilidade do direito invocado e do *periculum in mora*, podendo determinar ou não, em face das contrarrazões do poder público, o implemento urgente da medida heroica postulada. A intervenção judicial sofre críticas por isso. Uma delas, sob a alegação de que o Judiciário não deveria se imiscuir em matéria afeta a outro Poder; outra, de que a administração não pode cumprir uma obrigação

\* Desembargador Federal do TRF 1ª Região.

se para tanto não dispõe de recursos específicos, sem prejuízo de outras situações de necessidade prioritária. Outras razões mais são invocadas. No entanto, há uma imposição constitucional: havendo omissão do poder público ou ação contrária a direito fundamental, o Judiciário tem de agir. Por isso é de se aconselhar que o juiz sempre decida com cautela, prudência e com a marca do senso de contenção, no confronto de direitos e interesses. Agora, minimiza-se o problema com o aperfeiçoamento do sistema público de saúde, que é outra questão muito complexa, tendo em vista a necessidade de atendimento a todos, em número cada vez maior.

**Revista:** O cidadão, diante da necessidade urgente por medicamentos de alto custo e complexidade, tem ingressado com ações individuais na Justiça brasileira. Como o Estado pode garantir o direito à vida e à saúde, consideradas a questão orçamentária e a reserva do possível?

**Carlos Olavo:** Eis aí o vértice do problema, já abordado na resposta anterior. O Estado tem o dever constitucional de garantir o direito à vida e à saúde do cidadão. Como se dar efetividade ao cumprimento desse dever sem prescindir de um orçamento básico, sustentável, sem um sistema de saúde pública competente e eficaz, para uma clientela a cada dia mais crescente em população e na multiplicidade de suas necessidades? A compreensão do grave problema é decisiva para o equacionamento dos conflitos dele advindos. Volto a repetir: se há exigência de lei descumprida ou se a administração não implementa seu dever constitucional, o juiz deve intervir. Examina-se a alegação da *reserva do possível* à luz da plausibilidade. É claro que se os recursos para o que se postula são insuficientes, ou a sua utilização traduz prejuízo para outras situações de necessidade, não pode o julgador precipitar-se na decisão da causa, sem ponderar sobre as circunstâncias de urgência e de prioridade, a exemplo dos casos ocorrentes nas prescrições médicas de medicamentos.

**Revista:** Se o fornecimento de tais medicamentos pelos Estados e Municípios brasileiros utiliza recursos financeiros oriundos da União, porque o elevado número de demandas individuais por falta de medicamentos?

**Carlos Olavo:** A teoria da oferta e da procura explica a questão. O orçamento público, sabe-se, nunca foi suficiente para distribuir gratuitamente medicamentos

a toda uma população. Não se pode negar que a justiça às vezes determina a entrega de remédios gratuitos muito mais em favor da classe média do que dos pobres, sendo estes os mais necessitados e baldos de conhecimento acerca dos seus direitos constitucionais. O elevado número de demandas por falta de remédios é sempre crescente na medida em que os dois fatores acima mencionados tornam-se preponderantes no agravamento do problema: a insuficiência dos recursos públicos e o crescimento da população carente.

**Revista:** No momento o Estado brasileiro vive um paradoxo, o direito à vida e à saúde de uns mais vale que de outros. Qual a melhor forma de o Estado promover a universalização do direito fundamental à vida e à saúde?

**Carlos Olavo:** Não creio que alguém possa entender que o direito à vida e à saúde de uns possa valer mais do que de outros. Existem as distorções que o Estado deve coibir. É necessário que haja uma consciência coletiva sobre o bem da vida e da saúde humanas e que essa consciência inspire o comportamento ético dos que exercem o poder público. Muitas vezes o que compromete a eficácia de um programa administrativo é a falta de seriedade, de responsabilidade para com o trato da coisa pública. Mas, acredito que estamos iniciando uma nova etapa de consciência sobre os direitos fundamentais do cidadão, enfim, uma consciência coletiva que repele as distorções e a corrupção nas suas formas mais execráveis e ocorrentes.

## Phrases e Curiosidades Latinas

• 65. *A cruce salus.*

Na cruz está a salvação. Da cruz vem a salvação.

• 66. *Acta est fabula.*

Está representada a peça. // Foram as últimas palavras pronunciadas pelo imperador Augusto, ao morrer. – Era o modo por que no teatro antigo se anunciava aos espectadores que a representação estava terminada.

• 67. *Actiones transeunt ad haeredes et in haeredes. (Aph. Jur.)*

As acções, isto é, o direito de agir em juízo, passam aos herdeiros e também contra os herdeiros.

• 68. *Actio personalis moritur cum persona. (Aph. Jur.)*

A acção pessoal extingue-se com o indivíduo.

• 69. *Actor agit, quando vult, et non cogitur; sed contrarium est in reo. (Aph. Jur.)*

O autor demanda quando quer, sem poder ser obrigado a isso; quanto ao réu, porém dá-se o contrário.

• 70. *Actor et reus, idem esse, non potest. (Aph. Jur.)*

Ninguém pôde ser autor e réu ao mesmo tempo.

• 71. *Actor forum rei sequi debet.*

O autor deve seguir o fóro do réu.

• 72. *Actore non probante, reus absolvitur. (Aph. Jur.)*

Si o autor não provar, absolve-se o réu.

• 73. *Actori non licet quod reo denegatur.*

Ao autor não é lícito o que ao réu se denega.

• 74. *Actori onus probandi incumbit.*

Ao autor incumbe o ônus da prova.



## Preposição *de* ou preposição *em*\*

Atentemos para a definição abaixo:

*Preposição* é o vocábulo que liga uma palavra a outra, viabilizando a subordinação daquela a esta de forma a permitir a toda a locução (preposição e palavra subordinada) receber determinada significação.

Exemplos elucidativos:

Colchas Maria.

Colchas *de* (prep.) Maria.

Colchas *para* (prep.) Maria.

Observemos que o valor semântico (de significação) de toda a locução, nos casos, *de Maria* e *para Maria*, é modificado conforme a preposição utilizada.

Mas aqui trataremos apenas do emprego frequente da preposição *em* no lugar da preposição *de* em situações textuais que, além de não justificarem esse emprego, o tornam totalmente inadequado.

É bem verdade que a preposição *de* pode ser substituída, conforme a frase, pela maioria das demais preposições, sem nenhum comprometimento de sentido da expressão subordinada, ou seja, da expressão dependente daquela a que se liga por meio da preposição; mas isso obviamente se o contexto permitir.

Venho observando em diversos textos a constante preocupação em não se utilizar a preposição *de* em determinadas situações, criando-se frases como *Oreção da Justiça Federal no Piauí é que o projeto não seja aprovado* ou *O Ministério Público Federal no Rio de Janeiro promoverá um congresso* – inquietação já percebida, inclusive, em denominações de órgãos públicos. A explicação que seria dada por quem constrói períodos sempre dessa forma é que a Justiça Federal e o MPF são órgãos federais e, se for empregada a preposição *de*, será transmitida a ideia de haver uma justiça federal que pertence ao Piauí ou um ministério público federal de propriedade do Rio de Janeiro – segundo as queixas que me são feitas, um disparate, por serem órgãos federais.

Mas lembremos um simples fato linguístico: o *de* é a preposição que mais abarca significações. Ela pode ajudar a dar uma noção de posse (lápis de Pedro), origem (menino do Piauí), matéria (cadeira de plástico), causa (morreu de fome), finalidade (roupa de casamento), tempo (veio de manhã), meio (veio de ônibus), modo (olhou de relance), instrumento (analisou de lupa), localização (carnaval do Rio), conteúdo (prato de macarrão), composição (membros de mesa), forma (saia de pregas), assunto (livro de contos), tamanho (tábua de dois metros), valor (blusa de centavos), etc.

Na hipótese em análise neste *O quê do mês*, a preposição *de* auxilia a introdução da ideia de localização. Quando se diz *Justiça Federal de Minas Gerais*, por exemplo, a intenção é dizer que a Justiça Federal da qual se fala é aquela localizada em Minas Gerais, não que é aquela a se encontrar na posse de Minas. E essa convicção quanto ao sentido é possibilitada justamente pela presença da palavra *federal*.

É conveniente saber ser ainda perigoso o emprego da preposição *em* nesse caso, pois, dependendo do contexto, poderemos provocar ambiguidade ou imprimir ao texto um significado totalmente distorcido, como

---

\* Texto produzido pela professora e servidora Márcia Murça Barroso em colaboração à Consultoria em Língua Portuguesa do TRF 1ª Região e veiculado na intranet sob o título *O quê do mês*.

ocorre em *Tomou posse mais um juiz da Justiça Federal em Minas Gerais*. A frase não nos deixa claro se o propósito foi dizer que um juiz federal da Justiça Federal de Minas tomou posse ou se foi que um juiz da Justiça Federal tomou posse em Minas, sendo *em Minas*, na segunda hipótese, locução adverbial de lugar. E digo mais: esse último sentido irá prevalecer aos olhos dos leitores, sobretudo porque as locuções adverbiais que denotam o lugar da ação transmitida pelo verbo, quando este não tem ideia de movimento, são integradas, na maioria das vezes, pela preposição *em*. As adjetivas são-no pela preposição *de*.

Percebam ainda que, quando tentamos fazer referência a um substantivo por meio de uma locução iniciada pela preposição *em*, corremos o risco de, além de ter essa tentativa frustrada, incorrer em outro erro, o de limitar a qualificação pelo espaço, como claramente acontece em *Ele é juiz federal em Minas Gerais*. Aqui se presume existir uma limitação à qualificação *juiz federal*, pois esta, na realidade, seria considerada somente dentro do espaço *Minas Gerais*. Ao passo que, se usamos a preposição *de* na mesma situação, confiamos plenamente em estar atribuindo a qualificação de maneira a ser ela independente do lugar onde a pessoa se encontre.

Talvez a ocorrência apontada acima tenha causa em confusão com estruturas como a seguinte: *Ele atua como juiz federal em Minas Gerais*, quando o que restringimos pelo espaço é a ação de atuar. Mas nessa situação há um verbo de ação, essencial no período e ao qual, então, se poderão ligar especificações de circunstâncias e complementos. Já em *Ele é juiz federal em Minas Gerais*, o verbo não é tão importante; e o núcleo passa a ser apenas a qualificação *juiz federal*, à qual, então, a se referir as especificações.

Vejamos:

Ele *atua* como juiz federal em Minas Gerais.

*ação*                                  *restrição à ação*

Ele é *juiz federal* em Minas Gerais.

*qualificação* *restrição à qualificação*

Extraímos das explicações acima que, se não compreendemos bem a estrutura dos períodos que formamos, corremos sérios riscos de dizer o que não queremos. Relativamente ao quadro analisado neste trabalho, poderemos passar por constrangimentos ao descobrir substituições equivocadas da preposição *de* pela preposição *em*. Então, com o intuito de evitar essas construções malfeitas, visto não ser possível ter aquela compreensão da noite para o dia, reservemos o emprego da preposição *em* aos casos em que haja verdadeira exigência, e empreguemos sem medo a preposição *de* quando ela nos parecer adequada (já sabendo de todas aquelas possibilidades de sentido), até mesmo para não passar a impressão de que não conhecemos o valor de nossas preposições.

# Poesia Lírica Latina\*

Quintus Horatius Flaccus

11

*Tu ne quaesieris (scire nefas) quem mihi, quem  
[tibi  
finem Di dederint, Leuconoe, nec Babylonios  
temptaris numeros. Vt melius quicquid erit pati!  
Seu pluris hiemes seu tribuit Iuppiter ultimam,  
quae nunc oppositis debilitat pumicibus mare  
Thyrrhenum, sapias, uina liques et spatio breui  
spem longam reseces. Dum loquimur, fugerit  
[inuida  
aetas: carpe diem, quam minimum credula  
[postero.*

Quinto Horácio Flaco

11

Não buscará, saber é proibido, ó Leucônoe,  
que fim reservarão a mim, a ti os Deuses;  
nem mesmo os babilônios números perscrutes..  
Seja lá o que for, melhor é suportar!  
Quer Júpiter nos dê ainda mil invernos,  
quer venha a conceder apenas este último,  
que agora estilha o mar Tirreno nos penhascos,  
tem siso, os vinhos vai bebendo, e a esperança,  
de muito longa, faz caber em curta vida.  
Foge invejoso o tempo, enquanto conversamos.  
Colhe o dia de hoje e não te fies nunca,  
um momento sequer, no dia de amanhã..  
A. A. P.

\*Tradução de Arioaldo Augusto Peterlini.



# O princípio da inocência e a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível

Paulo Fernando Silveira\*

## Sumário

**Introdução; 2. A recente posição do Supremo Tribunal Federal; 3. Análise detalhada do tema; 4. Os tipos de prisão cautelar criminal (antes da sentença condenatória); 5. A prisão condenatória penal; 6. Relatividade dos direitos individuais; Conclusão; Referências.**

## Introdução

Nos Estados Unidos, o país mais democrático do planeta, onde os direitos civis são super-respeitados, o réu, logo após sua condenação criminal pelo júri (regra)<sup>1</sup> ou pelo juiz singular (exceção), é imediatamente encarcerado e, nessa condição, é que vai exercer o seu direito constitucional de apelação, isto é, o livre acesso ao duplo grau de jurisdição, garantido pela milenar cláusula do devido processo legal (*due process of law*) – que incorpora o direito ao recurso para o tribunal de apelação –, sem que isso seja considerado violação de seus direitos individuais perante a Constituição.

\*Juiz federal aposentado. Advogado. Escritor. Membro da Academia de Letras do Triângulo Mineiro.

<sup>1</sup> O julgamento pelo júri representa a participação do povo nas decisões do Poder Judiciário, democratizando esse poder estatal não eleito. Significa que os membros da sociedade julgam os seus pares considerando os valores culturais, costumes e tradições vigentes na época, em uma determinada região. Seu veredito é soberano. Eventualmente, para evitar a tirania estatal, veiculada pela lei, ou o preconceito vigente em algum setor da própria sociedade, os jurados podem contrariar a lei e até mesmo as provas apresentadas pelo representante do Estado (Ministério Público). É mais sensato confiar a liberdade física do acusado na decisão de jurados particulares, oriundos dos diversos estamentos sociais, escolhidos por sorteio e desinteressados no resultado da causa (por maioria simples de quatro votos dos sete no Brasil ou por unanimidade dos doze, como é nos USA), do que na cabeça solitária de um juiz, máxime quando representa um dos poderes do Estado, por mais digna, lúcida e honrada que seja. Por isso, o júri é, propositalmente, em toda parte, odiado pelos ditadores e desprezado pela elite dominante.

No Brasil, cuja Constituição é, e sempre foi, basicamente, uma cópia da americana - principalmente no que se refere aos princípios democráticos, divisões dos poderes, forma de Estado (federalista), de governo (republicano), sistema de governo (presidencialista) e direitos individuais -, ocorre justamente o contrário, onde o réu é condenado pelo juiz monocrático (regra)<sup>2</sup> ou pelo júri (exceção). Pelo entendimento vigente, ele não poderá ser encarcerado (a menos que venha a sê-lo por conta de uma prisão preventiva decretada judicialmente), enquanto não esgotar o seu último recurso, inclusive aqueles que não têm efeito suspensivo, como o recurso especial interposto junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), ou o recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal (STF), ou seja, não ocorrerá a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, salvo se decretada a prisão cautelar.

A diferença interpretativa das constituições, que são semelhantes, é que no Brasil foram adotadas

<sup>2</sup> O julgamento feito pelo juiz, órgão do Estado, leva em consideração, sobretudo, a lei e as provas técnicas. Como a lei criminal é genérica e impessoal e no Brasil representa a vontade de um governo excessivamente centralizado, é essa vontade política que é expressa pela sentença do magistrado, que simplesmente ignora os valores culturais locais. Aceita-se, passivamente, como verdade absoluta, que todos os valores sociais e morais já estejam incorporados na lei, da qual o magistrado é simplesmente um escravo. E a lei cuida, ainda, de proteger os políticos e algumas altas autoridades, concedendo-lhes foro privilegiado, no sentido de só serem julgados pelos tribunais superiores. Há de se falar, ainda, da prisão especial ofertada a determinados tipos de pessoas. Neste sistema de centralização e de exceção, os tribunais superiores, que também julgam os recursos dos demais jurisdicionados como instâncias finais, são poderosos e sujeitos à maior influência política, enquanto que as sentenças dos juizes de primeiro grau não têm valor algum, enquanto não confirmadas. Nos Estados Unidos, onde a Suprema Corte Federal julga pouquíssimos casos, isto é, em torno de 150 dos 7.000 que lhe são submetidos anualmente – somente aqueles que ela, discricionariamente, decide apreciar a fim de moldar o direito nacional – e não existem tribunais de terceiro grau como o Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho etc., as decisões do juiz *a quo* – que se encontra na linha de frente, junto ao cidadão prejudicado –, são muito valorizadas, pois estão sujeitas, de modo geral, apenas à revisão pelo tribunal de apelação, estadual ou federal, que, em regra, só as torna sem efeito se não forem razoáveis.

doutrinas e jurisprudências extremistas, que alargaram o princípio da inocência, estenderam o conceito penal de prisão cautelar e elevaram o direito à liberdade individual quase à intangibilidade. Por força dessa interpretação ampla, o réu tem, normalmente – mesmo quando cometeu crime grave ou hediondo, considerado inafiançável pela própria Constituição –, o direito de se defender e de recorrer em liberdade. Nessa condição, pode interpor inúmeros recursos para as instâncias superiores, inclusive para o Superior Tribunal de Justiça e para o próprio Supremo Tribunal Federal. Esses apelos se arrastam morosamente até a sentença transitar em julgado, o que só ocorre muitos anos depois, às vezes com prescrição da ação penal. São contrariados, desse modo, a um só tempo, os interesses manifestos e sobrepujantes da sociedade e os da família da vítima. Gera-se, por isso, a descrença na justiça, fazendo crescer nos jurisdicionados o sentimento de impotência e a sensação de impunidade.

Como justificar isso? Será que, em face dos princípios democráticos, estruturantes do País, e os princípios especiais, próprios do direito penal, adotados pela nossa Constituição, essa discrepância interpretativa é, legitimamente, sustentável?

## 2. A recente posição do Supremo Tribunal Federal

Há pouco tempo, o Supremo Tribunal Federal decidiu, após debate em plenário, a respeito da prisão para execução da pena, no sentido de que ela só pode ser iniciada depois que forem julgados todos os recursos cabíveis a serem interpostos, inclusive, aqueles encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial) e ao próprio Supremo Tribunal Federal (Recurso extraordinário) e que esse entendimento se aplica aos condenados que responderam ao processo em liberdade, eis que contra eles não existiam fundamentos para decretação da prisão cautelar. Somente se surgirem fatos novos, que justifiquem a prisão preventiva, os condenados poderão ser recolhidos antes do julgamento dos recursos.

Embasou-se, precipuamente, no princípio constitucional fundamental, que resguarda a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III), e em duas normas constitucionais inseridas entre os direitos e garantias fundamentais (CF.- art.5º, incisos LVII e

LXVI), a saber: a) a que abriga o princípio da inocência, pelo qual uma pessoa somente poderá ser considerada culpada de um crime após o fim do processo, ou seja, após o julgamento de todos os recursos cabíveis (*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*); e, b) a que regula a liberdade provisória (*ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança*).

Eis o pronunciamento autorizado daquela colenda Corte por meio do seu eminente e cultíssimo Ministro, Celso de Mello: “*Não se desconhece que o Supremo Tribunal Federal, em sucessivas decisões sobre a matéria em análise, tem assinalado não se revelar incompatível com o postulado constitucional da não culpabilidade a utilização, pelo Estado, das diversas modalidades que a prisão cautelar assume em nosso sistema de direito positivo (RTJ 138/762 – RTJ 142/855, v.g.)*”.<sup>3</sup>

## 3. Análise detalhada do tema

Ao acolher o princípio da inocência para excluir a culpabilidade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória – entendendo-se que isso ocorre pela imutabilidade da sentença, que se torna lei entre as partes, seja porque, dela intimadas, não interpuseram o recurso cabível no prazo previsto, ou se, interposto este, houve manifestação final do Poder Judiciário sobre a causa –, a Corte agiu corretamente. Não, porém, quando dá a esse princípio uma dimensão de quase absoluta intangibilidade, ao só permitir a prisão do réu – seja na fase de formação de culpa, seja depois da sentença condenatória recorrível –, quando lastreada nos fatos que impõem a prisão preventiva.

Significa dizer, em termos reais, que, por meio de uma interpretação bastante ampla dos preceitos constitucionais acima citados, preferiu privilegiar, na prática, o quase absolutismo do direito individual e aceitar a incrustação no público da sensação de impunidade, a defender os interesses da sociedade – que, desprotegida, fica à mercê dos criminosos –, os quais interesses, depois da sentença condenatória penal, são sobrepujantes, determinantes e impositivos.

<sup>3</sup> Idem.

Em face desse entendimento extremamente liberal, o réu, mesmo condenado, normalmente ficará solto por longos anos – o que representa um acinte para a justiça e para os familiares das vítimas - já que os processos criminais, em virtude de seus inúmeros tipos de recursos e o tempo necessário para os seus julgamentos, costumam permanecer nos escaninhos judiciais por dez ou mais anos. Com isso, geralmente ocorre a extinção do processo, quer pela prescrição do crime, eventualmente porque o réu alcançou idade elevada, que a reduz pela metade, seja porque morreu, ou, há muito, desapareceu e mudou de identidade. A punição, se vier e quando vier (a certeza da punição fica comprometida), já não terá impacto na sociedade, que não a viu e sentiu no momento oportuno.

De igual sentir é a manifestação do Ministério Público Federal, de lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves<sup>4</sup>: *“Não permitir a execução provisória, à guisa de esperar o trânsito em julgado de RE e RESP, é consagrar, ‘permissa venia’, a impunidade, porque a prescrição, que hoje ‘absolve’ inúmeros réus, inviabilizará as ações penais, diante do grande número de recursos possíveis no ordenamento jurídico-penal, aliado à demora do sistema judiciário, diante do volume absurdo de processos.”*

Em suma, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, na ótica da Constituição Federal, o réu somente poderá ser preso, ou mantido na cadeia – antes ou depois da sentença condenatória penal -, se existiram, contra ele, fatos antigos que autorizaram, ou surgirem fatos novos que permitam o decreto judicial da prisão preventiva, já que a manutenção da prisão em flagrante também está subordinada aos pressupostos daquela. A prisão temporária, por ter natureza provisória, escapa da discussão.

A meu ver, contudo, essa interpretação constitucional é, *data venia*, desproporcional, relativamente aos valores sociais permanentes, favorecendo em demasia o réu e colocando a sociedade em perigo. Ao mesmo tempo, emprega uma dimensão ampla ao conceito de prisão cautelar propriamente dita, como prevista em lei (antes da sentença), e mistura os seus requisitos com os pressupostos da prisão condenatória, da qual decorrem efeitos distintos.

Com efeito, a prisão preventiva, como seu próprio nome indica ser eminentemente cautelar, é cabível – diz a lei (CPP, art. 311) – *“em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal”*, sabido que por instrução criminal entende-se o período de dilação probatória, de formação de culpa, que ocorre antes da sentença absolutória ou condenatória. Pela lei, essa fase tem prazo determinado para terminar, o qual varia de acordo com o rito penal. Findo esse lapso, que é de 81 dias no processo comum, se a instrução não estiver terminada o acusado será posto em liberdade, por excesso de prazo, mediante o cabível *habeas-corpus*, consoante determina o art. 648, II, do CPP. Assim, a própria lei penal delimita, precisamente, a área de incidência do gravame penal e sua duração provisória, traçando os seus lindes, que são intransponíveis. Portanto, decorre da própria legislação criminal ser inadequado falar em prisão cautelar após a sentença penal condenatória, ainda que recorrível. Atente-se para o fato incontestado de que, para o réu que respondeu a todo processo em liberdade, não mais ocorrem, após a prolação da sentença, os pressupostos que ensejam a prisão cautelar, em nenhuma de suas modalidades (flagrante, provisória ou preventiva).

Mesmo porque a prisão decorrente da sentença penal recorrível rege-se – com todo respeito aos que pensam em contrário (e não são poucos, cujas opiniões eu respeito, mas das quais divirjo profunda e enfaticamente) – por outros pressupostos e outros normativos constitucionais e legais, como se verá neste trabalho.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, não faz distinção, considerando a prisão decorrente da sentença condenatória como prisão cautelar, para permiti-la, desde que observados os requisitos dessa, a ver: *“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de reconhecer que a prisão decorrente de sentença condenatória meramente recorrível não transgredir o princípio constitucional da não culpabilidade, desde que a privação da liberdade do sentenciado – satisfeitos os requisitos de cautelaridade que lhe são inerentes – encontre fundamento em situação evidenciadora da real necessidade de sua adoção.”* (STF, 2ª T., HC 89754/BA, rel. Min. Celso de Mello, j. 13-2-2007, DJ, 27-4-2007, pg. 106).

Saliente-se, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) também adotou o mesmo entendimento,

<sup>4</sup> STF, 2T, HC 89.754-BA, em 13.2.2007, DJ 27.4.2007, p.106.

ao editar a Súmula 9, pela qual “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

Portanto, o nó górdio da controvérsia, que aqui se pretende instalar, reside, justamente, no alcance dado, jurisprudencialmente, pelas mais altas Cortes do país, tanto ao princípio da inocência quanto ao conceito de prisão cautelar.

#### 4. Os tipos de prisão cautelar criminal (antes da sentença condenatória)

Nos Estados Unidos, além da prisão em flagrante delito, a polícia pode prender qualquer pessoa – inclusive as altas autoridades –, a qualquer tempo, tão logo reúna indícios ou provas tidas como suficientes para levá-la a julgamento. Depois, dentro de 24 horas após a prisão, a autoridade policial apresenta o inquérito ao promotor, que decide se acusa o preso em juízo, mediante a denúncia, ou não, caso em que determina sua libertação.<sup>5</sup> Se for denunciado, o juiz marca uma audiência apenas para ouvir do réu se ele se declara inocente ou culpado. Se afirmar ser inocente, o juiz decide o incidente da fiança, arbitrando-a ou não. Se for negada, ele continua preso. De outra banda, se o acusado reconhecer a sua culpa, o juiz o condenará, mandando-o diretamente para a penitenciária. Normalmente nos crimes graves (*felonies*), o réu permanece preso durante o transcorrer do processo, a menos que seja arbitrada a fiança pelo magistrado, depois de sopesados os efeitos materiais e psicológicos do delito na família da vítima, na comunidade e ponderados os antecedentes do réu. Geralmente, quando concedida, ela é fixada em valor elevado. Não sendo autorizada a fiança, ou não prestada a arbitrada, mesmo por falta de condições financeiras, o réu permanece preso. De qualquer forma, o acusado que respondeu ao processo em liberdade é necessariamente custodiado tão logo seja proferida a sentença condenatória.

Note-se que a cláusula do devido processo legal – aliás, oriunda do direito constitucional inglês (Magna Carta de 1215, § 39)<sup>6</sup> e americano (Constituição de

1787, Emendas V e XIV)<sup>7</sup> e somente incorporada em nossa Constituição de 1988, com quase oito séculos de atraso (CF, art. 5º, incisos LIV e LV) –, que permite ao réu o acesso ao duplo grau de jurisdição por meio da apelação, não é violada, já que nada tem a ver com a prisão do condenado. Ele poderá exercer o seu direito constitucional de apelação mesmo na condição de preso por força de uma sentença penal condenatória.

Diferentemente, no Brasil existem vários tipos de prisão cautelar criminal (que deveriam ser válidas, a meu ver, somente até a prolação da sentença condenatória), os quais são tratados resumidamente, a seguir:

a) *Prisão em flagrante*: qualquer pessoa pode e a autoridade policial deve prender, no ato, quem estiver praticando um ato criminoso. Imediatamente, a prisão deve ser comunicada ao juiz criminal, que a relaxará, de ofício ou a requerimento da parte, se for ilegal, ou se os direitos constitucionais do preso não foram observados (CF, art. 5º, incisos LXII/ LXVI). Se o crime for afiançável, ele será posto em liberdade tão logo preste a fiança. Nos crimes inafiançáveis, ele será, mesmo assim, também colocado em liberdade se não for caso de se decretar, judicialmente, a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do artigo 310 do CPP (entendimento este prevalente, que eu, contudo, não endosso pelas razões que serão expostas noutro tópico).

b) *Prisão temporária* (prazos de cinco ou de 30 dias – crimes hediondos –, prorrogáveis por iguais períodos): a polícia pode requerê-la ao juiz, com base na Lei 7.960/1989, quando for imprescindível para as investigações do inquérito policial, ou quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer os elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade, ou quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de sua autoria ou participação nos crimes de homicídio, sequestro, roubo, estupro, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro, entre outros.

c) *Prisão preventiva*: pode ser decretada judicialmente tanto no decorrer das investigações policiais quanto durante a instrução criminal, mas, na minha modesta opinião, somente antes da sentença condenatória. A prisão preventiva é disciplinada pelo

<sup>5</sup> Silveira, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal (Due Process of Law)*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pg. 352.

<sup>6</sup> Idem, pp. 17/19.

<sup>7</sup> Idem, pgs. 27/29.

art. 312 do Código de Processo Penal, que exige a ocorrência de um dos seguintes requisitos: a) *garantia da ordem pública e da ordem econômica* (visa impedir que o réu continue a praticar o crime); b) *conveniência da instrução criminal* (evita que o réu dificulte o andamento do processo, ameaçando testemunhas ou destruindo ou alterando as provas); c) *asseguramento da aplicação da lei penal* (impossibilita a fuga do réu, garantindo que a pena imposta pela sentença seja cumprida). Não basta o juiz alegar uma das hipóteses para decretar a prisão preventiva. É necessário fundamentar a decisão, demonstrando, com fatos concretos e palpáveis, que a conduta do réu incide numa das previsões legais.

d) *Prisão para o fim de extradição*: visa assegurar a efetividade do processo de extradição, sendo condição para o seu início. É ordenada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal que for relator do processo. A extradição é requerida, pela via diplomática, pelo país estrangeiro que tiver firmado tratado internacional com o Brasil. O Ministério das Relações Exteriores remeterá o pedido ao Ministério da Justiça, que o encaminhará ao Supremo Tribunal Federal. Vencido o prazo da prisão cautelar, “o indivíduo detido provisoriamente será posto em liberdade, se não tiver chegado o pedido formal de extradição, devidamente instruído, isto é, com os documentos exigidos”.<sup>8</sup>

*Cela especial*: Em qualquer das modalidades de prisão cautelar acima, o preso terá direito a ser recolhido provisoriamente (até o trânsito em julgado da sentença ou até ser libertado por meio de um *habeas corpus*) em quartel ou em cela especial, em local distinto do destinado ao preso comum, isto é, de não ser encarcerado junto aos demais presos nas delegacias, enquanto aguardar o seu julgamento final, desde que desfrute do inconcebível privilégio de ser detentor de um dos cargos ou de se enquadrar em uma das condições abaixo, desigualdade essa ilegítimamente consagrada no Código de Processo Penal (art. 295, com a redação atualizada da Lei 10.258, de 11.7.2001), a saber: ministros de Estado; governadores ou interventores de Estado ou Territórios; prefeito do Distrito Federal e seus respectivos secretários; prefeitos municipais; vereadores, chefes de polícia; membros do Parlamento

Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembleias Legislativas dos Estados; cidadãos inscritos no “*Livro do Mérito*”; oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios; magistrados; diplomados por qualquer das faculdades superiores da República; ministros de confissão religiosa; ministros do Tribunal de Contas; cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função; delegados de polícia e guardas-civis, ativos e inativos. Evidentemente, esse dispositivo legal é totalmente inconstitucional por violar acintosamente o princípio da igualdade de todos perante a lei (CF, art.5º, *caput*).

“*Sempre que possível* – reza a lei (CPP, art.300), agora de modo genérico e correto, eis que observado o tratamento isonômico preconizado pela Constituição –, *as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas.*”

Após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o réu que já se encontrar custodiado, provisória e preventivamente, será conduzido a uma penitenciária, onde cumprirá a pena como qualquer preso comum.

## 5. A prisão condenatória penal

No meu entendimento, distinta da prisão cautelar – em que o direito individual do investigado, ao ser preso em flagrante ou mantido na prisão nos crimes inafiançáveis, se for decretada judicialmente a prisão preventiva, perde apenas um pouco de sua plenitude – a prisão decorrente da sentença penal condenatória se subordina a outros pressupostos, já que o direito individual à liberdade, nesse ponto, se encontra bastante atenuado. Agora, prevalece de modo sobrepujante o interesse da sociedade, pois já houve o julgamento criminal, com observância do devido processo legal (*due process of law*), em que foi proporcionada ao réu a mais ampla defesa, inclusive permitindo-lhe exercitar o direito de recorrer para as instâncias judiciais superiores.

Assim, por força da prevalência do interesse da sociedade, a sentença condenatória, ainda que recorrível, gera, de imediato, o efeito (CPP, art.393, I) de “*ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas*

<sup>8</sup> Accioly, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 1972, pp. 100/101.

*infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança.”*

Poder-se-ia alegar – para acomodar o entendimento contrário – que esse dispositivo legal teria sido revogado tacitamente pela superveniência do contido no artigo 387, parágrafo único do CPP, embutido no Título XII, que cuida “*Da Sentença*”, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.719/2008, *in verbis*: “*O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.*”

Ou, semelhantemente, pelo contido no art.2º, §3º, da Lei 8.072, de 25.7.1990, com a redação da Lei 11.464, de 2007 (Lei dos crimes hediondos): “*Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.*”

Sobre esses normativos legais, há dois pontos a destacar.

O primeiro é que, *data venia*, o dispositivo anterior (CPP, art.393, I) não foi revogado. Nem o poderia, eis que ele regulamenta adequadamente tanto o comando constitucional que determina a prisão dos acusados que perpetrarem os crimes inafiançáveis por ela mencionados (CF, art. 5º, incisos XLII (*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*) e XLIII (*a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de 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.*), como aqueles assim considerados pela própria legislação infraconstitucional (crimes hediondos, por exemplo). Portanto, a teor do art. 387, com sua nova redação, ficou bem claro que o juiz deverá impor a prisão do réu sempre que se tratar de crime inafiançável, cuja condenação não comporte a substituição da pena privativa da liberdade por uma restritiva de direito.

Vale lembrar que são considerados crimes hediondos pela Lei 8.072/1990, de acordo com a redação dada ao art. 1º e seu parágrafo único, por força da Lei 8.930/1994 e da novíssima Lei 12.015, de 7.8.2009: I – homicídio (art.121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art.121,

§ 2, I,II,III,IV e V; II – latrocínio (art. 157, §3º, *in fine*); III – extorsão qualificada pela morte (art.158, §2º); IV – extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art.159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º); V – estupro (art.213, *caput* e §§ 1º e 2º); VI – estupro de vulnerável (conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos), nos termos do art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); VII – epidemia com resultado morte (art.267, § 1º); 7B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art.273, *caput* e § 1º, §1º A e §1ºB, com a redação dada pela Lei 9.677, de 2 de julho de 1998). Considera-se também crime hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.

Explicita a lei dos crimes hediondos, em seu art.2º, ratificando o comando constitucional, que “*Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I- anistia, graça e indulto; II – fiança.*” (*Redação dada pela Lei 11.464, de 2007*).

Note-se que não há palavras inúteis, ou vazias de conteúdo, na Constituição. Quando ela diz ser inafiançável um crime, quer dizer que o réu deve responder preso ao processo criminal e assim ser mantido caso vier a ser condenado. Essa é a sua intenção clara e precisa que, *data venia*, não pode ser ilegitimamente contornada. Não há confundir crime inafiançável para efeito de prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, com liberdade provisória, com ou sem fiança, de que trata CF, art.5º, item LXVI (*ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei autorizar a liberdade provisória, com ou sem fiança*).

Evidentemente, aqui está a se falar da liberdade provisória, com ou sem fiança, obstativa da prisão cautelar (flagrante e prisão preventiva), porém antes de publicada a sentença penal condenatória. O preceito constitucional se refere aos casos em que o réu deverá responder ao processo em liberdade, seja nos crimes em que se livre solto, sem arbitramento de fiança (CPP, art. 321), quer mediante a prestação da fiança (CPP, art.321 e 322). Logicamente, o mandamento não está se referindo aos outros casos, distintos e especificamente considerados inafiançáveis pela própria Carta Política. Infere-se da palavra *provisória* que a regra constitucional não proíbe a prisão decorrente de sentença penal

condenatória, que não é naturalmente *provisória*, em razão do julgamento, com amplitude de defesa, já realizado. Só por exceção a sentença condenatória será reformada, pois, se a cassação for regra, impõe-se considerar, por consequência, que os juízes de primeira instância erram costumeiramente e são, portanto, desqualificados profissionalmente e fracassados no seu *mister*. Partindo desse equivocado raciocínio, tem de se admitir, obrigatoriamente, que só os membros dos tribunais estão capacitados a dizer, com propriedade, o que a lei é, quando, ao contrário, a interferência mínima das instâncias superiores é de se esperar. É decepcionante ver o Supremo Tribunal Federal, despidendo-se de sua majestade, intervir, por meio de liminar, no andamento de uma ação criminal no primeiro grau, em questão de competência e constitucionalidade duvidosas, agindo como se fosse um simples tribunal de apelação. Essa exagerada concepção fiscalizadora, adotada pelo nosso Supremo e pelos tribunais superiores, atrapalha a ação e a imagem do próprio Poder Judiciário, emperrando o andamento dos processos. Exemplo intolerável desse excesso de desconfiança no juiz de primeiro grau é a ação centralizada dos tribunais nos famigerados e inconstitucionais *reexame necessário* e *recurso ex officio*, a que aludem, respectivamente, o artigo 475, do Código de Processo Civil, e o artigo 14, § 1º, da novíssima lei do mandado de segurança (Lei 12.016, de 7.8.2009). Nos Estados Unidos, onde a *Supreme Court* atua, discricionariamente, só por exceção, raramente interferindo nas sentenças prolatadas pelos juízes de primeiro grau, quer pelos tribunais de apelação, estaduais ou federais – não existindo os tribunais superiores, acima dos de apelação, que no Brasil constituem uma terceira instância quase que obrigatória para todos os processos –, deixando, normalmente, prevalecer as decisões das Cortes inferiores (salvo quando quer estabelecer um precedente para todo o país), a dinâmica processual flui com rapidez e o cidadão se sente reconfortado com o julgamento célere de seu processo. Quanto aos condenados criminalmente, eles podem recorrer inúmeras vezes e por longos anos, porque já se encontram encarcerados. Voltando aos efeitos usuais da sentença condenatória penal brasileira, extrai-se, inquestionavelmente, que a exceção não pode comandar o raciocínio para anular a regra de que ela será, de modo geral, razoável e justa, eis que prolatada por um experiente profissional, bastante conhecedor do direito, que é o juiz de primeira instância. Se assim não se pensar e se admitir que esse magistrado não

está habilitado e capacitado a prolatá-la (na verdade, o melhor, para preservar, com segurança, a liberdade do acusado, seria um veredito proferido pelo júri), há de se mudar o modo de recrutamento dos juízes, abandonando-se o concurso público e passando-se para a indicação dos profissionais (advogados e membros do Ministério Público) mais renomados, o que no Brasil seria um caos dada a nossa indecorosa tradição política de apadrinhamento de pessoas incompetentes e de não valorização do mérito pessoal.

Paradoxalmente, há outra evidente e absurda contradição no pensamento dominante (visando a acomodá-lo à indevida amplitude dada ao princípio da inocência e ao conceito de prisão cautelar) a respeito da manutenção do acusado em liberdade provisória, com ou sem fiança. Isso só acontece em virtude de uma equivocada e insustentável interpretação jurisprudencial e doutrinária acerca dos efeitos da cautelaridade prisional. Por esse entendimento, se o réu cometer *crime de menor potencial ofensivo, afiançável*, mesmo assim ele será mantido preso, em virtude da prisão em flagrante, se não prestar a respectiva fiança. Ou seja, ficará encarcerado até o julgamento final do processo criminal. Já quando se trata de *crime de maior gravidade, inclusive hediondo*, ou os considerados inafiançáveis pela própria Constituição, o réu *responderá livre ao processo, sem prestar fiança alguma*. O ilógico raciocínio se assenta na literalidade contida no parágrafo único (com a redação que lhe foi dada pela Lei 6.416/1977), do artigo 310, do Código de Processo Penal, ou seja: *“Igual procedimento (conceder a liberdade provisória prevista no caput, que se refere aos casos de exclusão da ilicitude penal por ter o agente praticado o ato em estado de necessidade, em legítima defesa e no estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, consoante o atual art. 23, do Código Penal, em virtude da reforma da Parte Geral levada a efeito em 1984) será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).”* Por força de uma lei antiga, tacitamente revogada por visceral incompatibilidade com o Texto Magno, está se ignorando os mandamentos constitucionais, de ordem e natureza superiores, posteriormente editados, referentes aos crimes inafiançáveis, pelos quais o acusado deve responder sempre preso ao processo criminal.

Relativamente ao atual art. 387, parágrafo único, do CPP, retrocitado, o segundo aspecto que merece destaque é que a lei processual penal, em boa hora, separou a prisão decorrente da sentença do indiscutível direito de o réu apelar, assegurado pelo devido processo legal (acesso ao duplo grau de jurisdição). Com isso, não é mais necessário ele se recolher preso para interpor o recurso. A apelação será sempre recebida, esteja respondendo livre ao processo, preso ou foragido. Contudo, se sua prisão tiver sido decretada, por se tratar de crime inafiançável, ele deverá ser capturado, tenha ou não apelado. O direito de apelar não está mais atado à prévia prisão do condenado. Consequentemente, restou sem efeito, tacitamente, o disposto no art. 595, do CPP (*se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação*).

Por sua vez, de modo coerente, na sentença de pronúncia, versando sobre os crimes sujeitos à competência do Tribunal do Júri, proferida depois de esgotada a fase judicial da formação de culpa, em que foi proporcionada a ampla defesa ao réu (devido processo legal), o juiz também pode, ou deve, conforme o caso, decretar a prisão do réu, nos termos do artigo 282, do Código de Processo Penal (*À exceção do flagrante delicto, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente*). Encarrega-se a lei (CPP, art. 413, com a redação dada pela Lei 11.689/2008) de especificar as situações objetivas em que essa prisão está autorizada. Prevê, inicialmente, que o réu só se livrará solto se o crime for afiançável e ele prestar a fiança (§2º. *Se o crime for afiançável, o juiz arbitrará o valor da fiança para a concessão da liberdade provisória.*); depois, enfatiza que o juiz disporá, motivadamente, sobre a manutenção do preso na cadeia (infrações inafiançáveis), revogação da prisão (quando se livrar solto ou prestar a fiança nos crimes afiançáveis) ou substituição da prisão ou medida restritiva da liberdade anteriormente decretada (substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, como a prestação de serviço à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana). Tratando-se de acusado solto, o magistrado fundamentará, objetivamente, sobre a necessidade da decretação da prisão (delitos inafiançáveis), ou a imposição de outra medida restritiva da liberdade (§3º. *O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou*

*substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da prisão ou imposição de quaisquer medidas previstas no título IX do Livro I deste Código.*)

Impende considerar, finalmente, que o legislador ordinário, agindo corretamente e dando ênfase aos interesses da sociedade, agora sobrepujantes, dispôs (CPP, art. 597) sobre os efeitos da apelação contra a sentença penal condenatória, no sentido de se mandar prender o condenado ou de mantê-lo preso: “A apelação da sentença condenatória terá efeito suspensivo, salvo o disposto no art. 393, a aplicação provisória das interdições de direito e de medidas de segurança (arts. 374 e 378), e o caso de suspensão condicional da pena.” (Ressaltei).

Portanto, a apelação interposta pelo réu, não obstante, como regra, ter efeito suspensivo, não anula o comando anterior (CPP, art. 393, I) no sentido de prendê-lo, ou de conservá-lo na prisão se lá já estiver, tanto nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança.

Aliás, extrai-se do voto condutor proferido pelo ilustre e respeitadíssimo Ministro Celso de Melo, no citado *habeas-corpus*, o seguinte ensinamento que, de certa forma, exceto quanto ao alcance do termo *prisão cautelar*, harmoniza-se com a argumentação aqui exposta: “Com efeito, proferida sentença penal condenatória, nada impede que o Poder Judiciário, a despeito do caráter recorrível desse ato sentencial, decrete, excepcionalmente, a prisão cautelar do réu condenado, desde que existam, no entanto, quanto a ela, reais motivos evidenciadores da necessidade de adoção dessa extraordinária medida constritiva da ordem pessoal (...)”<sup>9</sup>

Eu pergunto: existe motivo maior para manter ou decretar a prisão do réu do que ele ter praticado crime inafiançável, assim considerado expressamente pela própria Constituição do País (inclusive os hediondos), pelo qual foi condenado, com observância do devido processo legal, que lhe assegurou a mais ampla defesa, inclusive o direito de apelar para tentar anular a sentença condenatória? Acredito que não!

Por outro lado, note-se que, em virtude da distinção legal entre prisão decorrente da sentença

<sup>9</sup> STF, 2T, HC 89754/BA, em 13. 2.2007, DJ 27.4.2007, p. 106.

condenatória e o direito de apelar (estando o réu livre, preso ou foragido, não importa), foi revogado (Lei 11.719/2008), expressamente, por desnecessária, a disposição contida no art. 594, com a redação que lhe foi dada pela Lei 5.941, de 22.11.1973, que, igualmente, impunha a prisão do réu, salvo se primário e de bons antecedentes: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença penal condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”.

## 6. Relatividade dos direitos individuais

Sob as regras de nossa Constituição Federal não existem direitos absolutos. Mesmo o direito mais fundamental, que é o direito à vida, pode sofrer restrições, isto é, ser atenuado, como na convocação obrigatória para participar de uma guerra externa, com elevado risco de perecimento; ou pela pena de morte, conforme prevê a Constituição brasileira, no caso de guerra declarada, nos termos dos artigos 5º, inciso XLVII, alínea *a*, c/c o artigo 84, item XIX. Em relação à pena de morte, observe-se que não se trata de limitação, mas de permissão ao Estado para extinguir o direito individual, sabendo-se que ele, embora às vezes atenuado pela legislação, nunca pode ser completamente anulado, sequer por lei, eis que protegido por cláusula pétreia constitucional (CF, art. 60,§4º). Nos Estados Unidos, a pena de morte está sendo mantida em alguns Estados-Membros, que adaptaram suas leis para suavizar o método da matança, unicamente por força interpretativa da *Supreme Court of the United States*, já que a Constituição (Emenda VIII) não a prevê expressamente, mas somente proíbe a aplicação de pena cruel e não costumeira (*nor cruel and unusual punishments inflicted*).<sup>10</sup>

Da mesma forma, a liberdade física também pode e deve sofrer restrições, em defesa da sociedade, como acontece no decorrer do processo criminal (antes da sentença penal condenatória), nos casos de prisão cautelar, em suas diversas formas (flagrante, provisória e preventiva). Com mais razão, quando há uma sentença condenatória, ainda que recorrível, mas proferida depois que o réu exerceu, com amplitude,

o seu direito de defesa. A partir daí, seu direito fundamental, que antes havia sofrido legitimamente uma pequena limitação (a prisão cautelar), agora é restringido com maior intensidade. Assim, sua prisão se impõe se condenado por infração inafiançável, ou afiançável, enquanto não prestar a necessária fiança. Seu direito de apelar, porém, não fica prejudicado, nem mesmo por eventual fuga.

O próprio Supremo Tribunal Federal, por meio do voto do preclaro Ministro Celso de Mello, reconhece essa relatividade, a ver: “Cabe ressaltar, neste ponto, que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos também não assegura, de modo irrestrito, ao condenado, o direito de (sempre) recorrer em liberdade, pois o Pacto de São José da Costa Rica, em tema de proteção ao status libertatis do réu, estabelece, em seu artigo 7º, nº 2, que “Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”, admitindo, desse modo, a possibilidade de cada sistema jurídico nacional instituir – como o faz o ordenamento estatal brasileiro – os casos em que se legitimará ou não a privação cautelar da liberdade de locomoção física do réu ou do condenado (RTJ 168/526-527 – RTJ 171/857 – RTJ 186/576-577, v.g.).”<sup>11</sup>

Aqui neste trabalho, a observação restritiva que se faz é, apenas, quanto à alargada dimensão dada pelo STF ao conceito de prisão cautelar – *data venia* estendendo-o, imoderadamente, ao arripio da lei –, ao não distingui-la da prisão decorrente de sentença condenatória penal recorrível.

Justamente por prever a prisão em decorrência da sentença penal, nos crimes inafiançáveis, foram coerentemente eliminados os requisitos da primariedade e dos bons antecedentes, de que falava o art. 594, ora expressamente revogado, os quais eram motivo de muita discussão jurídica. Penso que, atualmente, pela legislação em vigor, como fator determinante da perda da liberdade – sem prejuízo do direito ao recurso para o tribunal de apelação –, basta a existência de um dos dois seguintes requisitos objetivos: que o crime seja inafiançável, ou, sendo objeto de fiança, que o réu tenha deixado de prestar a pertinente. Acrescente-se que também não ocorrerá a prisão se a pena privativa

<sup>10</sup> Silveira, Paulo Fernando. Op.cit. pp. 561-5644.

<sup>11</sup> Mello, Celso de. Op.cit.

de liberdade puder ser substituída, legalmente, por uma restritiva de direito.

Inobstante, os dois superados e controvertidos aspectos subjetivos merecem ligeiro comentário.

No que concerne à primariedade, os tribunais têm entendido que o réu só a perde depois que houver sentença penal condenatória com trânsito em julgado. A meu ver, essa interpretação também não é sustentável, eis que não é concebível que um indivíduo responda, de modo geral em liberdade, por vários processos (alguns de crimes hediondos) e seja tido como primário. Há que distinguir a primariedade para efeito de exasperação da pena pela reincidência, nos termos do art. 61, I, do Código Penal (em que o trânsito em julgado é indispensável), ou mesmo para efeito da prisão cautelar (CPP, art. 313, III), do caso, significativamente diferente, de prisão decorrente de sentença penal condenatória, não obstante ainda recorrível. A meu ver, para esse fim ele não é nem nunca foi primário.

Referentemente aos bons antecedentes (ter comportamento que não viole a legislação penal), nem se diga que o réu os tem enquanto não houver trânsito em julgado de algum processo anterior, a que responda. O só fato de estar sendo processado criminalmente lhe retira o caráter de bons antecedentes, ainda que esteja respondendo solto a ele. Dentro dessa ótica, a interpretação, puramente técnica, no sentido de que o réu que estiver respondendo a outro processo criminal em liberdade deve também poder recorrer da sentença condenatória do atual, sem se recolher à prisão, fere o bom senso e a crença na justiça. Ora, todo jurista sabe que quando uma interpretação conduz ao absurdo, evidentemente ela não pode prosperar. É o caso.

Por outro lado, se o condenado já respondia preso ao processo, seja em razão de prisão em flagrante não relaxada ou de prisão preventiva não revogada no decorrer da ação criminal, não poderá ser solto, ainda que seja primário e de bons antecedentes, quando o crime for inafiançável ou, sendo afiançável, ele não prestar a respectiva fiança. Nada impede, contudo, que interponha o seu recurso de apelação, que não fica prejudicado pelo fato de já estar preso ou mesmo foragido.

Aliás, coerentemente e sem ofensa aos preceitos constitucionais, o ideal seria que o dispositivo da lei penal, que cuida dos efeitos da apelação (CPP, art. 597),

fosse alterado para determinar, de forma inequívoca e sem exceção, que todo indivíduo que sofrer uma condenação criminal, sujeitando-o a uma pena privativa de liberdade – que não possa ser objeto de substituição por pena alternativa, como a prestação de serviço comunitário, por exemplo –, deve ser imediatamente preso, se antes já não o estiver por força de prisão cautelar, sem prejuízo – como consta da lei – de seu direito de recorrer, isto é, de interpor os inúmeros recursos que lhe são disponibilizados legalmente.

## Conclusão

Enfim, entendo, com a devida vênia, que a interpretação constitucional dada pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do réu condenado por sentença penal recorrível, por ser muito ampla e liberal, não se coaduna com os tempos modernos que vivemos, de bastante e ostensiva violência pública. A um só tempo provoca e amplia a sensação de impunidade (que de fato acaba ocorrendo pelo demorar do andamento processual) e, de outro, deixa a sociedade ao desamparo, ignorando as suas sentidas e prementes necessidades de segurança, ordem e paz.

Veja que a interpretação constitucional que leva, racionalmente, em consideração as reais necessidades sociais é endossada pela doutrina moderna: *“É pragmático observar o Direito como sistema complexo auto-referente e autopoiético que sobrevive de comunicações dirigidas ao controle da complexidade social, para que se garanta a convivência (funcionalidade), ao modo como Niklas Luhmann apresentou-o. A tendência atualmente percebida é a de extraordinária ampliação da complexidade (contingências) devido à criação eufórica de desejos que induz novas expectativas. O direito é um subsistema que participa deste processo redutor da complexidade. De igual modo complexo e sujeito a contingências, o direito criminal é ainda, operacionalmente fechado, porém aberto ao conhecimento das características da complexidade do ambiente social ou de seu entorno. Esta abertura cognitiva pode ser acionada no momento da interpretação através do fenômeno do acoplamento*

*estrutural (Luhmann), vital para o enfretamento dessa nova sociedade.*<sup>12</sup>

No meu modesto entendimento – *permissa venia* –, a previsão legal já existente, ainda que de forma incompleta – desde que interpretada para fazer valer os interesses da sociedade, que, na fase da sentença condenatória penal, são sobrepujantes, determinantes e impositivos –, atende melhor ao interesse público do que à interpretação dada à matéria pela Suprema Corte, atribuindo-se uma insustentável latitude constitucional ao princípio da inocência e uma indesejada dilatação ao conceito penal de prisão cautelar.

A prevalecer a ampla dimensão do precedente estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, o réu se torna quase intocável durante todo o processo criminal, o que, certamente, não se pode deduzir do princípio constitucional da inocência, que sequer *presume* a inocência do acusado, mas apenas declara que ele só será considerado culpado depois do trânsito em julgado da sentença condenatória. Portanto, o próprio princípio não inibe a tomada de medidas pelo Judiciário, visando proteger a sociedade. Dentre elas, é lógico, figura o encarceramento cautelar do indiciado, nas circunstâncias acima expostas, ou o definitivo, após a sentença penal condenatória, o qual só pode ser revertido se vingar, excepcionalmente, um dos recursos interpostos pelo condenado para as instâncias superiores. A presunção, aqui – que deve valer como regra –, é de que, tendo sido o réu condenado, com observância do devido processo legal, a sentença deve iniciar, de imediato, sua execução, salvo se eventualmente cassada. A presunção de culpabilidade, nessa altura, embora não tenha, ainda, atingido o grau de certeza em sua plenitude jurídica (falta o trânsito em julgado da sentença condenatória), trespassa os umbrais da primitiva e natural inocência do acusado, cujo *status libertatis* é originalmente protegido pela Constituição, e desloca-se de vetor, graduando-se em nível superior, agora em favor da sociedade (*pro societate*). Esse novo patamar jurídico autoriza, por si só, a manutenção do réu na cadeia, sem prejuízo de seu direito de recorrer. Note-se que o condenado não é, ainda, considerado formalmente culpado, eis que a sentença condenatória não transitou em julgado,

como quer a Constituição. Mas, por efeito da sentença penal, ele é presumivelmente culpado (de fato), com elevadíssimo grau de certeza jurídica, devendo ser, de logo, encarcerado nos crimes inafiançáveis.

Releva notar, pois, que a sentença condenatória, proferida num processo válido, em que ao réu foi oportunizado o devido processo legal, fixa-lhe a culpabilidade, de modo quase definitivo e com grau de certeza jurídica beirando ao absoluto, já que toda a prova foi produzida e analisada na sentença penal, embora sujeita a recurso. Logo, o direito individual à liberdade plena decai, mais um grau, a exemplo do que ocorreu por ocasião da prisão cautelar, de seu *status* original para um patamar mais inferior ainda, a fim de se atender e garantir os interesses da sociedade, nessa fase processual já comprovadamente violados.

Afinal, os membros ordeiros da sociedade têm o direito à tranquilidade pública; a não conviver com pessoas já condenadas, potencialmente perigosas, principalmente quando os réus são economicamente importantes ou membros de organizações criminosas, e têm o poder de intimidar testemunhas, alterar e destruir provas e influenciar ou corromper as autoridades de qualquer um dos três poderes da União.

Nem se argumente que o sistema prisional não tem condições de receber mais detentos. Esse é um problema que o Poder Executivo deve resolver, sob pena de responder pela sua incompetência. E o Ministério Público, que é do Executivo e que tem por missão precípua representar e defender os interesses da sociedade, consoante mandamento constitucional (CF, arts. 127/9), deve tomar as medidas jurídicas necessárias – judiciais e extrajudiciais –, para a resolução da questão, não podendo ficar passivo, assistindo à desidiosa inércia e (por que não dizer?) à ação criminosa do governo, já que maltrata ostensivamente o direito à dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais albergado por nossa Carta Magna, em seu art. 1º.

Por ser pertinente, relembre-se que o propósito da viagem aos Estados Unidos, encetada, em 1831, por *Alexis de Tocqueville* (autor do famoso estudo denominado *Democracy in America*) foi o de estudar o sistema prisional americano para fins de reforma da situação carcerária francesa.<sup>13</sup> Atente-se ao que disse

<sup>12</sup> Velo, Joe Tennyson. *A importância da criminologia crítica na interpretação do sistema jurídico-criminal*. Revista dos Tribunais, ano 98 – agosto/2009 – vol. 886, pp. 422/3.

<sup>13</sup> Tocqueville, Alexis. *Democracy in America*. USA: The Easton Press, 1991, Max Lerner Introduction, p. XXIX.

o seu conterrâneo, o filósofo *Bernard-Henri Lévy*, que, 173 anos depois, seguiu os seus passos e percorreu o mesmo itinerário, fazendo as respectivas observações comparativas: “*Dize-me como são tuas prisões (...)*”.<sup>14</sup> É por meio delas e do modo como o prisioneiro é tratado que se conhece o grau de comprometimento de um povo com a democracia, notadamente com os princípios da liberdade e da igualdade que formam o seu núcleo essencial. A sociedade, como a brasileira, que ignora os seus presos, abandonando-os e deixando-os padecer à míngua, sob uma degradante e ignominiosa situação carcerária, imprópria até para os animais – não lhes dispensando um tratamento razoavelmente justo e humano –, fá-lo somente porque não é suficientemente esclarecida e politizada, nem plenamente democratizada e ainda se encontra visivelmente escravizada pelo poder centralizado do Estado.

Da mais alta Corte de justiça, que, em virtude do poder supremo que dispõe na interpretação da Constituição, outorgando, com o seu judicioso pronunciamento, a jurisprudência a ser seguida pelos tribunais inferiores de todo o país, de forma predominante e às vezes até vinculativa, desse modo moldando o direito nacional, espera-se que, quando apreciar novamente a matéria, em caso futuro, faça uma cuidadosa autoanálise e equilíbrio, com sabedoria – afastando-se da extremada posição liberal –, o direito individual do acusado em face dos interesses sociais, de modo a atender as necessidades de segurança, ordem e paz atuais e futuras da sociedade. Com isso, estará ajudando a edificar um país democrático, porém seguro, debaixo de decisões calcadas na realidade fática e despojadas de teses extremamente liberais, abstratas e metafísicas, que conflitam com o presente e real interesse público e estão desconformes com os nossos costumes e tradições.

“*É prudente – adverte a moderna doutrina*<sup>15</sup>– *que o observador do direito penal, sem comprometer a auto-referência do sistema jurídico, visualize neste sistema abertura para o conhecimento de seu ambiente, procedimento a ser feito no momento da interpretação, que logrará melhores resultados se o discurso da criminologia crítica for acessado.*”

Neste caso particular, sob foco, entendo ser sobrepujante o interesse da sociedade, já que o direito individual, amparado pelo princípio da inocência, decaiu de sua plenitude, de forma sucessiva e gradual, seja pela ocorrência da prisão cautelar no decorrer da instrução penal, em que foi observado o devido processo legal, com a amplitude de defesa que ele enseja e resguarda, quer em razão da posterior prisão oriunda da sentença penal condenatória, ainda que recorrível, quando a formação de culpa se encontra encerrada.

Enfim, é tudo uma questão de interpretação constitucional, a qual, adotada presentemente pelo Supremo Tribunal federal, afigura-se-me muito elástica, conferindo-se indevida amplitude aos direitos do condenado em detrimento dos reais e superiores interesses da sociedade, isto é, de segurança, ordem pública, paz social. Sobretudo, abala-se a confiança do indivíduo ordeiro nas instituições do país, notadamente no Poder Judiciário.

## Referências

- ACCIOLO, HILDEBRANDO. Manual de Direito Internacional Público. São Paulo: Saraiva, 1972.
- GONÇALVES, WAGNER. STF, 2T, HC 89.754-BA. J.13.02.2007, DJ 27.4.2007, p.106.
- LÉVY, BERNARD-HENRY. *American Vertigo*. S. Paulo: Cia. das Letras, 2006.
- MELLO, CELSO. STF, 2T, HC 89754/BA. J.13.02.2007, DJ 27.4.2007, p.106
- SILVEIRA, PAULO FERNANDO. *Devido Processo Legal (Due Process of Law)*. 3 ed. BH, 2001.
- TOCQUEVILLE, ALEXIS. *Democracy in America*. USA: The Easton Press, 1991.
- VELO, JOE TENNYSON. *A importância da criminologia crítica na interpretação do sistema jurídico-criminal*. Revista dos Tribunais, ano 98 – agosto/2009 – vol. 886.

<sup>14</sup> Lévy, Bernard-Henri. *American Vertigo*. S.Paulo: Cia. das Letras, 2006, p. 38.

<sup>15</sup> Velo, Joe Tennyson. Ob.cit.p.387.

# Discussão a respeito do termo *menor potencial ofensivo* nos delitos inerentes aos Juizados Especiais Criminais

Robério Celestino de Souza\*

## Sumário

**Introdução; 2. Considerações sobre a competência dos Juizados Especiais Criminais; 3. Esclarecimentos sobre o art. 20 da Lei 10.259/2001; 4. A evolução do conceito de *menor potencial ofensivo*; 5. Conexão, continência e a Lei 11.313/2006 – sedimentação da competência dos Juizados Especiais Criminais e do conceito de *menor potencial ofensivo*; 6. Considerações doutrinárias sobre as inovações judicantes com o advento dos Juizados Especiais; Conclusão; Referências bibliográficas; Leis; Artigos**

## Resumo:

O texto trata da competência dos crimes inerentes aos Juizados Especiais Criminais, no que concerne à noção de *menor potencial ofensivo*, inscritos nas legislações que regulamentaram o art. 98, inciso I, da Constituição Federal, especialmente as Leis 9.099/1995, 10.259/2001 e 11.313/2006.

## Introdução

Os juizados especiais, pensados originalmente para acelerar o andamento processual e com atuação em demandas de menor potencialidade, responde, segundo dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça, por mais de 50% dos processos distribuídos em primeira instância.<sup>1</sup> O relatório Justiça em números de 2008 anunciou que, naquele ano, 2,2 milhões de processos foram distribuídos aos juizados especiais e 2,1 milhões à justiça comum.

\* Oficial de Gabinete da Assessoria da Presidência do TRF1ª Região; Graduado em Sociologia pela Universidade de Brasília; Licenciado em Ciências Sociais, também pela UNB; Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília; e, Pós-graduado em Direito Processual, pela Universidade da Amazônia – Unama.

<sup>1</sup> In: <[www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=category&layout=blog&id=206&Itemid=775](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=206&Itemid=775)>

O exame dos dados não denota a pretendida diminuição dos processos que se acumulam na justiça comum. Ao contrário, indica que o modelo informal aplicado nos juizados permitiu que o cidadão alcançasse a estrutura judiciária, até então de difícil e burocratizado acesso, permitindo, desse modo, a inclusão social por meio do acesso à justiça, desiderato perseguido pelo texto constitucional, consoante se vê dos arts. 3º e 5º, XXXV, CF/1988).

Desse modo, entender o *modus operandi* e os conceitos fundamentais dessa estrutura judicante denota importante requisito aos profissionais que atuam nessa seara do judiciário.

Por isso a conveniência de circundar o desenrolar da história legislativa que permeia conceitos essenciais de serem compreendidos nessa esfera judicante – o que se busca no presente texto, tendo em foco a definição de competência dos juizados especiais criminais.

A criação dos juizados especiais é resultado de longo processo de discussão no Congresso Nacional, numa situação em que, preocupados com o longo percurso das demandas ajuizadas em nossos tribunais, os congressistas aviaram meios para acelerar os litígios existentes, com ênfase àqueles de pequeno valor no caso do direito civil ou de menor potencial ofensivo nas infrações atinentes ao direito penal.

Há de se considerar que a *Constituição Cidadã*<sup>2</sup> de 1988, ao exaltar o rol dos direitos individuais e coletivos existentes na sociedade e criar outros tantos, impôs um caráter impulsivo no que se refere às expectativas a direitos fundamentais, inovando de maneira positivada os paradigmas jurídicos então existentes, eis que novos procedimentos seriam necessários para arcar com a demanda judicial que se anunciava.

<sup>2</sup> Expressão utilizada pelo Deputado Ulysses Guimarães, então Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, pois entendia que a elaboração da Constituição de 1988 foi imbuída de grande participação popular, produzindo um texto voltado para a realização da cidadania.

Na ocasião, opinou José Afonso da Silva que *estamos diante de uma Constituição não isenta de contradições, às vezes minuciosa excessivamente, mas uma Constituição que se abre para o futuro, com promessas de realização de um Estado Democrático de Direito que construa uma sociedade livre, justa e solidária [...] e assegure 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 preconceito, fundada na harmonia e comprometida com a solução pacífica das controvérsias.*<sup>3</sup>

Assim, diante dessa exaltação de cidadania, teve origem a Emenda Constitucional 22, editada menos de um ano depois da proclamação da Constituição, exatamente em 18 de março de 1999, que acrescentou o parágrafo único ao art. 98 da Carta Política (depois modificado para § 1º, em face da EC 45/2004) e determinou que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarem:

I - juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau.

Esse foi o mandamento essencial para dar origem, primeiro, à Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que disciplinou o funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Posteriormente, adveio a Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, que instituiu os juizados no âmbito da Justiça Federal.

## 2. Considerações sobre a competência dos Juizados Especiais Criminais

Diante deste breve resumo habilitamo-nos melhor para discutir a competência dos juizados especiais, especialmente na esfera criminal, à luz da noção terminológica de *menor potencial ofensivo*.

O art. 3º da Lei 9.099/1995 determina a competência para as causas de caráter cíveis; já a competência criminal está delimitada no art. 60 da mesma norma, que determina que o juizado seja competente para a conciliação, julgamento e execução das infrações penais de menor potencial ofensivo. A norma indica que essas infrações são as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos (art. 61).

Na esfera federal a Lei 10.259/2001 permite a aplicação, no que couber, dos dispositivos da Lei 9.099/1995. Claramente, ela apenas indica que cabe ao *Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.* (art. 2º).

É bem verdade que a Lei 10.259/2001 ampliou o conceito de delito de *menor potencial ofensivo* ao considerar nesse rol os crimes a que *a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa* (art. 2º, parágrafo único).

Essa assertiva legal proporcionou ampla discussão no meio jurídico a respeito do caráter constitucional da norma, uma vez que a legislação tratou da criação dos juizados especiais na esfera criminal. O debate era para discernir se a citada lei abrangeria, tão somente, os delitos concernentes à esfera criminal de competência da justiça federal ou se esse conceito estender-se-ia aos juizados especiais estaduais.

O Professor André Luiz Nicolitt apresentou em sua obra *Temas controvertidos nos juizados especiais criminais* relevantes argumentos que tratam da questão e trouxe à luz exemplos esclarecedores, no sentido de que é inconcebível permitir a existência de um mesmo delito julgado em juízos distintos em razão apenas do caráter estadual ou federal do ofendido, ou seja, imagine um desacato a um juiz federal e a outro estadual – seria condizente juízos diferentes para examinar o delito?<sup>4</sup>

Esses e outros argumentos de caráter exemplificativos foram suficientes para afastar as suspeitas de inconstitucionalidade da norma e emplacar a Lei 10.259/2001 como o instrumento que alterou a

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 22ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 839.

<sup>4</sup> NICOLITT, André Luiz. *Juizados especiais criminais – temas controvertidos*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, pp. 44 a 54.

Lei 9.099/1995 e ampliou o alcance da competência dos juizados especiais criminais.

Daí então, logo se vê que no plano federal seguíam-se as regras estabelecidas para os juizados estaduais no que concerne à questão criminal. Essa é a opinião de Luiz Flávio Gomes ao relatar que *em virtude do disposto no art. 1º da Lei 10.259/2001 não há dúvida de que no âmbito federal os juizados criminais serão regidos pela Lei 9.099/1995.*<sup>5</sup> E complementa: *considerando-se que a Lei 10.259/2001 só cuidou da parte criminal nos dois primeiros artigos, praticamente não existe nenhum conflito entre ela e a Lei 9.099/1995. Daí se infere que a Lei 9.099/1995 terá ampla incidência nos juizados federais.*

### 3. Esclarecimentos sobre o art. 20 da Lei 10.259/2001

Resta, contudo, outro quesito a ser clareado. É o fato de a Lei 10.259/2001, em seu art. 20, ter determinado que *onde não houver Vara Federal, a causa poderá ser proposta no Juizado Especial Federal mais próximo do foro definido no art. 4º da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, vedada a aplicação desta Lei no juízo estadual.*

Sobre a questão também é esclarecedora a posição do Professor Nicolitt<sup>6</sup> quando argumenta que o objetivo desse dispositivo foi o de *afastar a possibilidade de se julgar crimes da competência dos juizados especiais federais nos juizados estaduais quando o lugar não for sede de juizado.*

Entende o doutrinador que *nesta hipótese a competência será do juizado federal mais próximo e nunca do juizado estadual.* Essa lógica busca afastar a possibilidade de aplicação analógica do art. 109, § 3º, da Constituição Federal, que permite o julgamento das causas de caráter previdenciário na justiça estadual, ou mesmo, a determinação do art. 27 da Lei 6.368/1976, que concede competência à justiça do estado para julgar os crimes de tráfico internacional quando o município não for sede de vara federal.

<sup>5</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Juizados criminais federais, seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. – (Série: As ciências criminais no século XXI, v. 8), pp. 16 e 17.

<sup>6</sup> Idem, pgs. 54 e 55.

## 4. A evolução do conceito de menor potencial ofensivo

Ciente do arcabouço normativo que disciplina a competência criminal dos juizados especiais criminais resta, ainda, tratar de questão polêmica que é a delimitação do conceito de *menor potencial ofensivo.*

Na literatura de Luiz Flávio Gomes<sup>7</sup> argumenta-se que após as legislações que criaram os juizados especiais e delinearão o conceito de potencial ofensivo, têm-se, no Brasil, cinco tipos de infrações penais, quais sejam: a) infrações penais insignificantes – excluídas da incidência do direito penal; b) infrações penais de menor potencial ofensivo – inerentes às leis dos juizados especiais criminais; c) infrações penais de médio potencial ofensivo – admissível a suspensão condicional do processo; d) infrações penais de elevado potencial ofensivo – atos não regulados por legislação própria; e, e) infrações penais gravíssimas ou de altíssimo poder ofensivo – aplicável regime jurídico especial.

No que concerne aos delitos de menor potencial ofensivo e como resultado analítico das Leis 9.099/1995 e 10.259/2001, as infrações dividir-se-iam em: a) todas as contravenções penais; b) todos os delitos punidos com pena de prisão de até dois anos; c) todas as infrações punidas somente com multa; e, d) todos os crimes punidos com prisão de até dois anos, ainda que cumulativamente com multa.

Entretanto, embora haja um caráter taxativo de delimitar a competência dos juizados especiais criminais pelo limite máximo atribuído ao delito, há de se considerar que essa exegese implica uma condicionante limitadora da análise subjetiva do delito, especialmente quanto ao caráter da razoabilidade e proporcionalidade da pena, questões que devem ser observadas pelo aplicador do direito, ou seja, os delitos apenas em *quantum* inferior a dois anos; superior a este cômputo estaria fora da competência dos juizados especiais criminais, mesmo que após o exame do judiciário a pena fosse estipulada em seu valor menor.

O que se depreende por esse critério matemático é a conseqüente atuação da estrutura do judiciário em procedimentos nos quais, por um lado, se aplicaria

<sup>7</sup> Luiz Flávio Gomes - Idem, pgs. 23 e 24.

a pena em situação que poderia ser resolvida pelo critério sumário dos juizados especiais ou, por outro lado, ainda afetaria a estrutura judiciária com o ajuizamento de inúmeros recursos até que se desse o natural reconhecimento da prescrição.

Outra questão - não menos relevante - é saber se o bem jurídico tutelado por legislação especial também estaria adstrito à competência dos juizados especiais quando a pena máxima não ultrapassasse dois anos ou multa.

Evidentemente os direitos protegidos por legislação específica têm um caráter peculiar capaz de justificar norma própria. Assim, é preciso reconhecer que nos delitos que envolvam, por exemplo, os militares - quando o litígio envolver membros da própria corporação - torna-se patente que a demanda seja dissolvida à luz do regime próprio.

No tocante ao art. 94 do Estatuto do Idoso, que estende para quatro anos o limite de aplicação da Lei 9.099/1995, deve-se levar em consideração a especialidade da norma. Até porque o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que aos crimes previstos na Lei 10.741/2003, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse quatro anos, aplica-se o procedimento sumaríssimo previsto na Lei 9.099/1995, não se admitindo interpretação que permita aplicação benéfica ao autor do crime cuja vítima seja idoso.<sup>8</sup>

Entretanto, há de se considerar que, no caso dos militares, a norma específica visa disciplinar os conflitos de que fazem parte os próprios militares, de forma que não se justifica acionar a tutela especial quando o conflito envolver militar e civil. Quanto ao Estatuto do Idoso, vê-se que a norma não estendeu deliberadamente o cômputo de tempo necessário para que a demanda seja examinada nos juizados especiais, e sim buscou proteger o interesse dos idosos ao apresentar tratamento especial, eis que o tempo, neste caso, é bem jurídico valiosíssimo.

Quanto aos crimes de abuso de autoridade e lesão corporal culposa no trânsito, em que as penas atribuídas, conforme o caso, são suscetíveis à competência dos juizados especiais, não há óbice para que essas questões sejam levadas ao crivo dos juizados,

até porque a essência que circunda a legislação atinente conduz à interpretação de que nos delitos de menor potencial deve-se buscar a conciliação e evitar a aplicação da pena privativa de liberdade.

Esse é o espírito do art. 62 da Lei 9.099/1995, *in verbis*:

O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Sobre essa questão, é cômico esboçar o pensamento de Mirabete sobre o objetivo da lei dos juizados especiais criminais ao aduzir que *sem abandonar a finalidade do processo (...) deve buscar, sempre que possível, a conciliação ou a transação*. Argumenta que o objetivo primordial da lei é *com um mínimo de formalidades, buscar a paz social, relativamente à prática das infrações de menor gravidade*. Para isso se procura compor o dano social resultante do fato, prevendo-se a reparação imediata do dano, ao menos em parte, com a composição, ou transação, na lei tida como a aceitação pelo autor do fato de penas não privativas de liberdade, como aliás, preconizado na doutrina moderna, que as tem como suficientes para a responsabilidade penal do autor dessas infrações menores quando não indiquem estas periculosidade do agente, tais medidas, antes vedadas na área criminal quanto às ações penais públicas, passaram a ser admitidas pela Constituição Federal nas causas de competência dos Juizados Especiais (art. 98, I).<sup>9</sup>

Ainda assim, a jurisprudência mantém-se atenciosa no exame do caso concreto, máxime quando a questão envolve crimes de responsabilidade de funcionários públicos (arts. 503 a 512/CPP), crimes contra a honra de competência do juiz singular (arts. 519 a 523/CPP), crimes contra a propriedade imaterial (arts. 524 a 530/CPP), crimes de abuso de autoridade (Lei 4.898/1968), bem como aqueles delitos em que a Constituição Federal preveja prerrogativa de foro.

<sup>8</sup>ADI 3096/DF Relatora Ministra Cármen Lúcia, 19.8.2009.  
<sup>9</sup>MIRABETE, Julio Fabbrini. Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação. 5ª ed. - São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 39.

## 5. Conexão, continência e a Lei 11.313/2006 – sedimentação da competência dos Juizados Especiais Criminais e do conceito de menor potencial ofensivo.

É importante abrir um adendo específico para tratar da questão da conexão e continência nos processos inerentes aos juizados especiais, à vista da Lei 11.313, de 28 de junho de 2006, que alterou a redação dos arts. 60 e 61 da Lei 9.099/1995 e 2º da Lei 10.259/2001, modificando a competência dos juizados especiais e, em consequência, a concepção de menor potencial ofensivo.

As regras de conexão e continência são originalmente disciplinadas pelo regramento inscrito nos arts. 76 a 82 do Código de Processo Penal. Os dispositivos buscam resguardar a unicidade das decisões judiciais, quando existir relação entre os delitos ou entre os envolvidos na ação criminosa. Entende-se que o juízo que guarda maior ressonância gradativa atrai para si a competência para dirimir a demanda.

Entretanto, até a edição da Lei 11.313/2006, o entendimento prevalecente nas infrações inerentes aos juizados especiais era de que no caso de conexão ou continência não se usaria a regra do art. 79 do Código de Processo Penal<sup>10</sup> e deveria ocorrer a separação dos processos. Nesse sentido, avalizou a doutrina de Ada Pellegrini Grinover e outros, *in verbis*:

*Havendo conexão ou continência, deve haver separação de processos para julgamento da infração de competência dos Juizados Especiais Criminais e da infração de outra natureza. Não prevalece a regra do art. 79, caput, que determina a unidade de processo e julgamento de infrações conexas, porque, no caso a competência dos Juizados Especiais é fixada na Constituição Federal (art. 98, I), não podendo ser alterada por lei ordinária.<sup>11</sup>*

<sup>10</sup> O art. 79 do CPP expõe as duas situações excludentes da conexão e continência: I – no concurso entre a jurisdição comum e a militar; e, II – no concurso entre a jurisdição comum e a do juízo de menores. Ressalte-se que, em vista de as demandas tidas como de menor potencial ofensivo e aquelas em tramitação na justiça comum não se enquadrarem em nenhuma das exceções da norma, pairou a discussão sobre qual seria a instância competente para atrair o julgamento da demanda.

<sup>11</sup> Ada Pellegrini Grinover e outros. Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.9.1995.

Esse entendimento se consolidou na jurisprudência dos tribunais, de forma que, a conexão ou continência entre um crime de menor potencial ofensivo, adstrito aos juizados especiais, e outro de competência do juízo criminal comum, resultava em separação do processo para que ambos os juízos competentes pudessem examinar aquilo que era de sua competência. A título de demonstração, veja o julgado abaixo ementado:

*Criminal. Resp. Injúria e calúnia contra Procurador da República. Competência. Conexão. Regra de unidade de processo e julgamento. Inaplicabilidade. Prevalência da regra constitucional. Juizado Especial Criminal. Competência absoluta. Recurso desprovido.*

I - Hipótese em que o recorrido foi denunciado por injúria e calúnia contra Procurador da República, no exercício de suas funções.

II - Havendo conexão ou continência, a regra geral prevista no Código de Processo Penal é a unidade de processos e julgamento perante o juízo prevalente.

III - A competência dos Juizados Especiais, de previsão constitucional, é absoluta.

IV - Os crimes abrangidos pela Lei 10.259/2001, dentre os quais se inclui o delito de injúria, só podem ser processados e julgados perante o Juizado Especial Criminal.

V - No caso de conexão ou continência com qualquer delito de competência do Juizado Especial, não se aplica a regra de unidade de processo e julgamento das infrações previsto no Código de Processo Penal, sob pena de ofensa à regra constitucional de competência.

VI - Recurso desprovido. (RESP 611.718/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, 5ª Turma – unânime. DJU 3/11/2004, p. 235).

A Lei 11.313/2006, no entanto, definiu a questão, ao modificar os arts. 60 e 61 da Lei 9.099/2001, que passou a vigorar com a seguinte redação:

*Art. 60.* O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

*Parágrafo único.* Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da

transação penal e da composição dos danos civis. (NR)

*Art. 61.* Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Também alterou a Lei 10.259/2001, cujo art. 2º passou a vigorar com o seguinte texto:

*Art. 2º* Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

*Parágrafo único.* Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrente da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

Com a nova orientação da Lei 11.313/2006 ficou claro que não mais se admite o exame do processo por juizes distintos e, quanto ao fato de quem seria competente para julgar a demanda - separadamente, prevalece o critério insculpido no art. 78, inc. III do Código de Processo Penal. Nesse sentido é a orientação emanada no enunciado 10 do Foro Nacional Permanente dos Juizados Especiais: Havendo conexão entre crimes da competência do juizado especial e do juízo penal comum, prevalece a competência deste último.<sup>12</sup>

Dessa forma, entende-se que a partir de então os juizes componentes da justiça comum atuarão também como conciliadores, uma vez que ao examinar os delitos de menor potencial estarão sujeitos à observância do regramento da Lei 9.099/1995, no que toca à busca da composição dos danos causados e à transação penal, respeitando, por óbvio, a condição do réu. É manifesto que, a fim de conduzir com conveniência a instrução penal, o julgador, em regra, busca conciliar às práticas processuais à exigência legal.

Em vista da evolução legislativa, a noção de *menor potencial ofensivo* também foi ampliada até firmar-se em conceito sólido.

<sup>12</sup> Observe que o fato de o juiz da justiça de maior graduação ser o competente para examinar a demanda, isso não implica que o litígio seria analisado somando-se às penas dos delitos diversos. O magistrado deve investigar separadamente cada um dos litígios e proferir a decisão em cada um dos processos.

Como se viu, a Lei 9.099/1995 originalmente trazia o regramento de que as contravenções penais e os crimes cominados com pena máxima não superior a um ano, excetuados os procedimentos especiais, estaria no rol dos delitos examinados pelos juizados especiais.

A Lei 10.259/2001 normatizou a questão no sentido de que os juizados poderiam examinar crimes cuja pena máxima não fosse superior a dois anos. Esse procedimento foi logo estendido, pela doutrina e pela jurisprudência, também aos procedimentos sujeitos à Lei 9.099/1995.

Com o advento da Lei 11.313/2006 não mais existe divergência quanto a essa questão. Fica claro que todo crime cuja pena máxima seja inferior a dois anos, independente de multa e de seu caráter especial, ou não, é de menor potencial ofensivo e está adstrito à competência dos juizados especiais.

Há de se observar, ainda, quanto à suspensão condicional do processo, situação em que tal benefício não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um ano, conforme determina a Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça.

Em recente artigo publicado no *site Jus navegandi*, o Professor Luiz Flávio Gomes defende a ideia de que a Lei 11.313/2006 dirimiu as controvérsias existentes quanto à noção dos crimes de menor potencial ofensivo. Relata que *não importa se o crime conta ou não com procedimento especial. Todos, com pena máxima até dois anos, são de menor potencial ofensivo. Crime de imprensa, crime de abuso de autoridade, etc. se a pena não passa de dois anos, é infração de menor potencial ofensivo, independentemente do procedimento ser especial ou não.*<sup>13</sup>

Nesse mesmo sentido veja o avalizamento jurisprudencial:

Com o advento da Lei 11.313, de 28/6/2006, restou alterado o art. 61 da lei 9.099/1995, fixando-se como infração penal de menor potencial ofensivo aquela cuja pena máxima privativa de

<sup>13</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Lei 11.313/2006: novas alterações nos juizados criminais*. Jus navegandi, Teresina, ano 10, 1113, 19 jul 2006. disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8675>. Acesso em: 7 fev 2007.

liberdade não ultrapasse 2 (dois) anos. (Reclamação 20060020090115RCL DF, Rel. Desembargador Mário Machado, unânime – DJU 22/1/2007, p. 69).

Cominada a pena máxima de dois anos de detenção ao delito tipificado no art. 16 dessa lei, é competente para seu processo e julgamento o juiz especializado criminal. A nova redação do art. 61 da Lei nº 9.099/1995, dada pela de 11.313/6, nenhuma ressalva faz aos casos de procedimento especial previsto em lei. (Conflito de Competência 20060020079784CCP DF, Rel. Desembargador Getúlio Pinheiro, unânime - DJU 19/9/2006, p. 148).

## 6. Considerações doutrinárias sobre as inovações judicantes com o advento dos Juizados Especiais

De tudo que foi dito, não se pode ignorar o caráter inovador da criação dos juizados especiais. O instituto modificou o *modus operandi* da justiça brasileira ao mudar a forma de atuação dos magistrados, funcionários, membros do Ministério Públicos e advogados. A nova concepção adotada pelas Leis 9.099/1995 e 10.259/2001 aproximou o Poder Judiciário da população com procedimentos próprios de oralidade, informalidade, simplicidade, economia processual e celeridade, sempre no intuito de reparar os danos sofridos pelas vítimas e aplicar penas alternativas, dissociadas do caráter manietado das penas privativas de liberdade, numa situação em que autor e réu – intermediados por promotores e advogados – buscam a melhor solução para a dissolução do litígio, norteados por instrumentos reguladores que permitem a composição da tríade jurídica na busca da conciliação ou transação, a fim de sanar a mácula provocada pelo comportamento delituoso.

Nessa mesma linha de raciocínio, vale ressaltar o pensamento doutrinário da Professora Ada Pellegrini, em obra compartilhada com Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes<sup>14</sup>, sobre as inovações dos juizados especiais criminais:

<sup>14</sup> Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 3ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1999. pp. 51-52.

*(...) com base nas práticas judiciárias, que o juiz brasileiro se compenetrou de suas novas funções, adequando-se a elas. O Ministério Público aderiu à Justiça consensual, agindo dentro da lei e apresentando, sempre que possível, suas propostas de transação penal, disposto a discuti-las com o juiz, os conciliadores e a parte contrária. O advogado, cioso dos direitos de defesa, está orientando seu assistido da melhor forma possível, alertando para as consequências da transação, mas sempre com espírito aberto à vontade manifestada pelo autor do fato. As autoridades policiais. Os colaboram com os Juizados, encaminhando-lhes imediatamente os termos de ocorrência e agendando data para a audiência de conciliação. A vítima e seu defensor perceberam que há alternativas à pena privativa de liberdade, igualmente satisfatórias para ela conciliadores, necessariamente imbuídos de espírito público, estão conscientes da relevância social de seu ofício.*

Concluem os doutos doutrinadores inferindo que *o que importa é que já se pode afirmar, numa expressão bem popular, que a nova lei pegou e que a Justiça penal brasileira apresenta hoje uma face diversa, mais humana e menos repressiva, contribuindo para a modernização das instituições e para o desemperramento da máquina judiciária.*

## Conclusão

Não se pode ignorar o caráter inovador proporcionado com o advento das Leis 9.099/1995, 10.259/2001 e 11.313/2006 e a organização dos juizados especiais.

Todavia, as inovações ocorridas com a evolução legislativa, ao tempo em que inspiram a busca de uma resolução rápida e eficaz para o litígio, promovem, também, a possibilidade de consideráveis prejuízos àquele que é acusado na relação processual, uma vez que ao submeter-se à competência dos juizados especiais estará vinculado a um procedimento abreviado e simplificado, como pondera Maria Lúcia Karam.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais – a concretização antecipada do poder de punir*. Editora Revista dos Tribunais Ltda, São Paulo – 2004. A opinião da autora norteia sua obra; veja essa consideração especialmente no capítulo que trata sobre a consentida submissão à pena e a ampliação do poder do estado de punir, pp. 23-51.

Por consequência a Lei 11.313/2006, ao determinar a união dos processos ao juízo de maior graduação, além de provocar fortes suspeitas de afronta ao princípio do juiz natural, impõe ao acusado procedimentos que dificilmente ocorreriam no caso de o processo ser examinado pelos juizados especiais, uma vez que a própria dinâmica da justiça comum dificulta o exercício da informalidade e da celeridade na instrução processual, pois, em vista do princípio da presunção de não culpabilidade do acusado, nada há de concreto no mundo jurídico que implique a obrigação de tratamento diferenciado.

Tais considerações validam-se especialmente para aqueles que, à guisa de um processo judicial mais célere, não se dissociam dos pressupostos de justiça e do direito que cada um possui de ser tratado desigualmente à medida de sua desigualdade.

É salutar e está na ordem do dia a discussão inerente à celeridade da justiça, jungida à inexistência de prejuízos às partes envolvidas. Nessa linha de raciocínio, é plausível a composição de juizados que atuem com isenção e rapidez em demandas de pequena monta, retirando da alçada da estrutura judicante comum processos que tenderiam a se arrastarem por tempo indeterminado na burocracia do Judiciário, tendo presente o arcabouço processualista vigente no País.

Ademais, outra grande questão de caráter jurídico-sociológico, que deve ser levada em consideração, é o fato de esse modelo judicante aproximar, com muito menos obstáculos, o jurisdicionado da estrutura do Poder Judiciário, à medida que o crivo simplificado imposto nessas demandas implica relação direta das partes que compõem a tríade jurídica.

## Referências bibliográficas

GOMES, Luiz Flávio. *Juizados criminais federais, seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. – (Série: As ciências criminais no século XXI; v. 8).

GRINOVER, Ada Pellegrini.. [et al]. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 3ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. Outros autores: Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarence Fernandes e Luiz Flávio Gomes.

KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NICOLITT, André Luiz. *Juizados especiais criminais, temas controvertidos: transação penal, suspensão condicional do processo, nova definição de crimes de menor potencial ofensivo (Lei nº 10.259/2001), jurisprudência, enunciados consolidados do TJ/RJ, Leis nºs 9.099/1995 e 10.259/2001*. 2ª ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. 5ª ed.. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

## Leis

Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Lei 10.259, de 12 de julho de 2001.

Lei 11.313, de 28 de junho de 2006.

## Artigos

GOMES, Luiz Flávio. Lei 11.313/2006: *novas alterações nos Juizados Criminais. Jus Navigandi*. Teresina, ano 10, 1113, 19 jul. 2006. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8675>> Acesso em: 2 set 2009.

Relatório *Justiça em números* de 2008: <[www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=category&layout=blog&id=206&Itemid=775](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=206&Itemid=775)>

# Desvio de poder e suas configurações atuais<sup>\*\*</sup>

João Batista Gomes Moreira<sup>\*\*\*</sup>

Agradeço a oportunidade de participar, mais uma vez, deste congresso anual de direito administrativo promovido pelo Instituto de Direito Administrativo de Goiás, sob a presidência do Professor Fabrício Motta. Manifesto a alegria de reencontrar amigos, temperada com a tristeza de não mais aqui ver Diógenes Gasparini, mestre de muitos anos e meu companheiro de mesa no último Congresso Brasileiro de Direito Administrativo.

Muito já foi escrito sobre o *desvio de poder*, mas a importância de seu estudo renova-se, particularmente, em face do reconhecimento dos princípios constitucionais como normas jurídicas diretamente aplicáveis, cuja violação, malgrado a erosão jurisprudencial, está sujeita a gravíssimas punições previstas na lei de improbidade administrativa. Difere, o *desvio de poder*, de outros vícios da atividade do poder público justamente por nem sempre constituir violação a regras, ou mesmo ao *espírito da lei*, como se costuma dizer, mas a princípios constitucionais, esta a sua mais nítida configuração atual.

Far-se-á incursão com o objetivo de aticar a reflexão sobre esse desafiante tema nos campos doutrinário, legislativo, jurisprudencial e sociológico, dentro das limitações de uma simples palestra de trinta minutos.

\* Republicado por solicitação do Exmo. Desembargador Federal João Batista Moreira, autor do artigo, conforme Ofício/Gabin/n.25, com o objetivo de resguardar quaisquer direitos autorais das citações nele incluídas.

\*\* Texto básico de palestra proferida, em 3.6.2009, no VIII Congresso Goiano de Direito Administrativo, promovido pelo Instituto de Direito Administrativo de Goiás.

\*\*\* Mestre e doutor em direito administrativo pela UFMG; Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

## 1 – Configuração doutrinária

O ótimo da função pública<sup>1</sup> é alcançar o fim específico de interesse público<sup>2</sup> previsto nas respectivas normas, nestas incluídos, superiormente, os princípios constitucionais. Nem sempre, porém, esse fim é alcançado com precisão, ficando em posição intermediária o desvio para fim diverso do que seria ótimo, mas, de qualquer modo, fim de interesse público, específico ou genérico, primário ou secundário. Numa concepção ampla, esta hipótese já pertence ao universo do desvio de poder. Em concepção estrita, porém, o desvio de poder está limitado às situações em que a função pública é desenvolvida com a finalidade de satisfazer, ilegitimamente, interesse ou sentimento privado, próprio ou de outrem, ainda que concomitante com interesse público.

Na doutrina de J. Cretella Jr., em primoroso trabalho sobre *Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder*, o que vicia “o ato, inquinando-o de *desvio de poder*, é o *fin privado*, a vontade ‘distorcida’ do agente público, que deixa de ser ‘administrador’ para tornar-se ‘dominus’”. No desvio de poder, consoante a orientação contemporânea do direito administrativo, “o princípio informador do ato deixa de ser o *interesse público*, genérico ou específico, para converter-se no *interesse privado*”; “o administrador desce do pedestal de ‘administrador’ e se nivela ao ‘dominus’, praticando ato com finalidade absolutamente incompatível com

<sup>1</sup> No conceito de *função pública* estão incluídas as competências dos três poderes ou funções estatais, além da competência de órgãos situados no intervalo das três clássicas funções, como o Ministério Público e os Tribunais de Contas. A propósito, cf. artigo de Victor Nunes Leal intitulado “Reconsideração do tema do abuso de poder” (*Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 144, abr./jun. 1981, p. 1-16), em que (item 7) trata do “abuso do poder de denúncia”.

<sup>2</sup> Advirta-se que também é interesse público a satisfação e preservação do legítimo interesse individual, com o que este, de certa forma, converte-se em interesse público. No mínimo, há complementaridade, em vez de oposição, entre o interesse público e os legítimos interesses individuais. Exemplo de interesse público no atendimento de interesse individual é o da remoção de servidor público baseada no princípio de proteção da família (unidade familiar).

o espírito de objetividade e imparcialidade que deve nortear os atos do agente público”.<sup>3</sup>

Nessa concepção estrita, o desvio de poder revela-se numa atitude de desigualdade positiva ou negativa de pessoas, levada a efeito, mediante ação ou omissão, por agente público (incluídos órgãos colegiados) no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las, para atender a interesse ou sentimento pessoal, próprio ou de outrem, (a) quando ausente justificável fator de discriminação em correlação lógica razoável com uma ou mais finalidades legítimas ou, (b) mesmo presente tal fator de discriminação, o sentimento ou interesse pessoal seja apto a comprometer o dever de imparcialidade. Neste caso, menos grave que o primeiro e mais difícil de ser reconhecido, o agente público deveria abster-se, declarando impedimento ou suspeição, mas não o faz, aproveitando a ocasião para satisfazer o interesse ou sentimento privado concomitantemente com a finalidade que, em tese, autoriza a desigualdade.

No desvio de poder há, pois, uma discriminação ilegítima, positiva ou negativa, entre pessoas. Não é casual que *discrção* (o desvio de poder ocorre essencialmente no *ato discricionário*), na língua portuguesa, “deriva do latim *discritio*(m). Liga-se à mesma raiz do verbo *discerno*, *discrevi*, *discretum*, *discernere*, verbo transitivo, que significa *separar*, *discernir*, *distinguir*”.<sup>4</sup> O exame do tema *desvio de poder* deve, assim, partir da noção de igualdade ou isonomia, que é a medula do regime republicano.

Na República Federativa do Brasil, a isonomia é o primeiro “dos direitos e deveres individuais e coletivos”: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza ...” (art. 5º). Muito já se debateu para tentar explicar em que consiste, na essência, a isonomia, não se conseguindo acrescentar muito à repetida assertiva, que remonta a Aristóteles,<sup>5</sup> de que

a igualdade jurídica consiste em *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*. Assim como o brocardo de que *a justiça consiste em dar a cada um o que é seu* deixa sem resposta qual é o *seu* de cada um, o de que *os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente* não esclarece quais são os iguais e quais são os desiguais para efeito de tratamento igualitário ou discriminatório.

O poder público constantemente discrimina pessoas: fiscaliza e multa alguns e outros não; nomeia certas pessoas para cargos públicos e outras não; remove servidores e deixa outros onde estão; decide alguns processos com prioridade sobre outros etc. Por que? Luz sobre esse angustiante questionamento é lançada por Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>6</sup>, que aponta ser a finalidade o critério determinante das desigualdades legítimas ou ilegítimas. Observa-se que logo no inciso I, o art. 5º da Constituição, especificando o princípio da isonomia, diz que *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*, regra diante da qual a Administração não pode impedir o ingresso de mulheres na magistratura, mas pode obstar a inscrição de candidatas em concurso público para cargos de guarda de presídio masculino e vice-versa. Outra regra: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (...): XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, *idade* (grifei), cor ou estado civil”, aplicável ao serviço público por força do disposto no art. 39, § 3º, da Constituição. Pergunta-se: É constitucional o estabelecimento de limite de idade para a ocupação de cargo que exija especial vigor físico? O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 683: “O limite de idade para inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”. Situação extrema: o art. 5º, XLII, prevê que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível (...)”. Vem a pergunta: Os integrantes de uma TV estatal estarão cometendo crime ao impedirem a participação de atores negros no elenco destinado a representar a imigração alemã no Brasil? Certamente que não. A discriminação racial, no

<sup>3</sup> CRETELLA JR., José. *Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 54.

<sup>4</sup> CRETELLA JR., José. *Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder*, p. 57.

<sup>5</sup> Justiça se faça: Aristóteles já colocara que “em matéria de direitos políticos, não se consideram todas as espécies de desigualdades (...) Porque, se uns são lentos e outros lestos na corrida, não é esta uma razão para que se concedam mais benefícios políticos a estes que aqueles. Nos jogos ginásticos, a sua superioridade receberá a consideração que merece” (*A Política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. 14 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d, p. 65). Verifica-se, nesse texto,

que Aristóteles alcançou a idéia de isonomia como correlação lógica entre fator e finalidade.

<sup>6</sup> Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

caso concreto, justifica-se pela finalidade. Em qualquer desses casos, a justiça da discriminação define-se pela relação lógica, razoável, entre o critério empregado e o fim lícito que se busca atingir.

Didático exemplo nos oferece Celso Antônio: a hipótese de determinação para que só façam parte da “guarda de honra”, nas cerimônias militares oficiais, os soldados de estatura igual ou superior a um metro e oitenta centímetros. A estatura não é em si mesma, de forma abstrata, aleatória e gratuita, fator suscetível “de ser erigido em critério diferencial das pessoas”, mas pode sê-lo em função de uma justificável finalidade concreta.<sup>7</sup> Dúvida poderá surgir quanto ao fato de ser estabelecida a estatura mínima de um metro e oitenta e não, um metro e setenta e cinco. Aqui entra, por exigência da vida em sociedade, um princípio considerado difuso no sistema jurídico, o *princípio da praticidade*. Por praticidade, estabelece-se um padrão para evitar a necessidade de apreciação de cada caso individual. Sem essa possibilidade, seria o *fiat justitia paret mundus*. Advirta-se, entretanto, que aquele padrão não deve ser tão inflexível ao ponto de, inexistindo número suficiente de pessoas com a estatura mínima exigida, não poderem ser designadas outras de porte um pouco inferior.

Pois bem, conforme foi colocado ao início, no desvio de poder, em concepção estrita, uma ou mais pessoas são beneficiadas ou sacrificadas em relação às demais: a) por interesse ou sentimento pessoal do agente estatal, ausente critério razoável (público e motivado) para atingir fim juridicamente permitido; b) por interesse ou sentimento pessoal de agente estatal que, devendo, não se afasta por motivo de impedimento ou suspeição, mesmo perante critério razoável para atingir fim juridicamente permitido. Além das presunções legalmente estabelecidas, tal interesse ou sentimento, para causar impedimento ou suspeição, deve alcançar intensidade além da simples simpatia ou antipatia. Considera-se utópica a pretensão do modelo burocrático de imprimir rigorosa impessoalidade, neutralidade, racionalidade, formalismo e precisão matemática no exercício da função pública. Do agente público não se exige, porque impossível, absoluta

neutralidade, exigindo-se, entretanto, imparcialidade (impessoalidade).

O interesse ou sentimento pessoal, próprio ou de outrem, é o elemento que aparta o desvio de poder da discriminação indevida por simples erro do agente público, cometida de boa fé ou sem culpa grave. Ressalve-se, entretanto, que o elemento subjetivo não tem sido rigorosamente exigido para a afirmação do desvio de poder de legislar, contentando-se o Supremo Tribunal Federal, para esse fim, com um juízo objetivo de proporcionalidade.<sup>8</sup>

Em conclusão (na concepção estrita que se defende nesta palestra), o desvio de poder, no primeiro caso, atenta contra os princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade, enquanto que no segundo só os dois últimos princípios (impessoalidade e moralidade) sofrem atentado.

Idéia utilíssima ao exame do tema *desvio de poder* é a de que são distintas as relações de *administração* e de *propriedade*. Ninguém melhor que o inesquecível Ruy Cirne Lima dedicou-se à defesa da tese, aparentemente clara, mas submetida a obscurecimento ideológico (patrimonialista), de que *administração* exprime relação com a coisa, justamente, do que não é proprietário e que, portanto, não tem a disposição da coisa administrada. Disse: “opõe-se a noção de administração à de proprietário nisto que, sob administração, o bem se não entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém, à finalidade impessoal a que essa vontade deve servir”. Há relação de administração (que, adiante-se, é também diferente da relação de mandato) “quando a finalidade, que a atividade se propõe, nos aparece defendida e protegida, pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros”, como a administração paterna dos bens dos filhos, a administração da sociedade civil e a administração do bem de família.<sup>9</sup> O administrador exerce uma *função*, que consiste no cuidado do interesse de terceiros, daí que prevalecem sobre sua vontade particular os comandos teleológicos daqueles interesses. É esta, exatamente, a noção de administração *republicana*.

<sup>7</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, p. 12.

<sup>8</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas Leituras. *Revista Diálogo Jurídico*. DP.Direito Público.com.br, Ano I, Vol. I – Nº 5 – agosto de 2001 – Salvador – Bahia – Brasil.

<sup>9</sup> LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*. 3 ed. Porto Alegre: Sulina, 1954, p. 20 e 55.

Referência se faça, no mesmo contexto, à concepção atual de *competência administrativa*. A competência evoluiu de *poder* ou *direito subjetivo* do Estado para *poder-dever* e, de forma mais radical, em *dever-poder*, indisponível, de cuidar dos interesses de terceiros. Tornou-se um conjunto de deveres com poderes correlatos, estes de natureza instrumental e serviente àquela finalidade. As prerrogativas de poder são, na verdade, prerrogativas de dever. O poder é “instrumental e ancilar ao cumprimento do dever”.<sup>10</sup> Esta noção já fora precocemente alcançada por Carlos Maximiliano ao ministrar que, “em regra, ‘para a autoridade’, que tem a prerrogativa de ajuizar, por alvedrio próprio, da oportunidade e dos meios apropriados para exercer as suas atribuições, o ‘poder’ se resolve em ‘dever’”.<sup>11</sup> No direito administrativo clássico, as entidades administrativas justificam-se por sua competência e poder em tese estabelecidos, aparecendo o interesse público como elemento subordinado. No direito administrativo atual, avulta o interesse público e o poder é que é elemento subordinado. Na nova concepção, parte-se da finalidade para a fixação e interpretação da competência, ao contrário do que acontecia antes, quando a competência era estampada em primeiro lugar.<sup>12</sup> No desvio, o poder deixa de ser considerado instrumento da competência (dever) para tornar-se instrumento da satisfação de interesse ou sentimento pessoal do agente público.

Convém destacar a equiparação entre *ação* e *omissão* para efeito de reconhecimento do desvio de poder. A discriminação indevida ou, na forma secundária do desvio, a simples satisfação de um sentimento pessoal, pode traduzir-se em *ação* ou *omissão*. Novamente a lição de Celso Antônio, com apoio em Afonso Rodrigues Queiró: “*não agir é também agir (não autorizar é decidir não autorizar)*”. Ou pelo menos assim o será em inúmeros casos. Tem-se, pois, que o agente administrativo pode decidir abster-se de praticar um ato que deveria expedir para correto atendimento do interesse público, animado por intuítos de perseguição, favoritismo ou, de todo modo,

objetivando finalidade alheia à regra de competência que o habilitava”.<sup>13</sup> A advertência é oportuna porque as pessoas, normalmente, estão atentas apenas para a ação em sentido positivo.

Finalmente, merece destaque doutrinário que o desvio de poder vem traduzido em ações e omissões isoladas, fragmentadas, ou assume forma permanente ou continuada. Deste caso, é exemplo o desvio de poder de legislar, que, regra geral, atinge amplo conjunto de pessoas, além de ter efeitos prolongados no tempo.

## 2 – Configuração legislativa

A forma mais grave de desvio de poder é a que configura crime de concussão, art. 316 do Código Penal. Encontra-se no mesmo nível a corrupção passiva, art. 317: “Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”. Dispõe o § 1º que “a pena é aumentada de um terço se, em conseqüência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional”. A ação do § 2º independe da pretensão de vantagem indevida; basta que o funcionário pratique, deixe de praticar ou retarde ato de ofício, “com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem”.

Segue-se, no art. 319 do mesmo Código, a forma mais característica de desvio de poder transformada em infração penal, a prevaricação: “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

No art. 320, é prevista forma específica de prevaricação, sob o título de condescendência criminosa: “Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente”.

A Lei de Abuso de Autoridade (n. 4.898/65) prevê como crime, no art. 4º, *h*, o “ato lesivo da honra,

<sup>10</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 14-15 e 54.

<sup>11</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 272.

<sup>12</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 23 e 29.

<sup>13</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, p. 22 e 75.

ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal”.

A Lei n. 7.716/89 tipifica “crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, passíveis de ser cometidos também por agente público, semelhantemente o fazendo a Lei n. 7.853/89, em relação à discriminação de pessoa portadora de deficiência. Desta lei, merece destaque o art. 8º, II: “obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência”. Não é fora de cogitação a possibilidade de ação dessa natureza motivada por preconceito (sentimento pessoal).

A Lei de Ação Popular (n. 4.717/65) estabelece que são nulos os atos lesivos ao patrimônio público em caso, entre outros, de desvio de finalidade (art. 2º, e). O parágrafo único, e, conceitua que “o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.

A Lei de Improbidade Administrativa (n. 8.429/92) dispõe, art. 4º, que “os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos. Nos artigos 9º, 10 e 11 são previstas as classes de atos de improbidade (respectivamente, “que importam enriquecimento ilícito”, “que causam prejuízo ao erário” e “que atentam contra os princípios da administração pública”). No art. 11, I, especificamente, é tipificada a prática de “ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência”, portanto, em parte, a conceituação que já fora dada ao desvio de poder pela lei de ação popular.

Depois de dizer, no art. 133, I, que o juiz responderá por perdas e danos quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude, o Código de Processo Civil, nos artigos 134 e 135, prevê as hipóteses de impedimento e suspeição desse agente público. No art. 138, os motivos de impedimento e suspeição são estendidos ao órgão do Ministério Público, ao serventuário de justiça, ao perito e ao intérprete. O art. 485, I, do mesmo Código tipifica como hipótese de ação rescisória a sentença de mérito “se verificar que

foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz”.

O Código de Processo Penal, igualmente, prevê casos de impedimento e suspeição do juiz (artigos 252 a 256). A arguição de suspeição, incluída a do órgão do Ministério Público e dos órgãos auxiliares da Justiça, está regida nos artigos 95 a 107.

A Lei n. 9.784/99, nos artigos 18 a 21, prevê impedimentos e suspeições no processo administrativo federal.

### 3 – Configuração jurisprudencial

Nos sistemas que consagram a unidade de jurisdição, como o Brasil, os tribunais são parcimoniosos em reconhecer, expressamente, o desvio de poder, em face da preocupação em não invadir o chamado mérito administrativo e não desprezar a presunção de legitimidade do ato administrativo, a qual, dir-se-ia, não pode ser afastada a partir de simples indícios.

Mesmo assim, hoje, não há mais divergência quanto à possibilidade de controle judicial de atividade (ou omissão) do agente público, sob o ângulo do desvio de poder. Paradigmática é a decisão, por maioria, do RE 192568/PI, Relator Ministro Marco Aurélio:

CONCURSO PÚBLICO – EDITAL – PARÂMETROS – OBSERVAÇÃO. As cláusulas constantes do edital de concurso obrigam candidatos e Administração Pública. Na feliz dicção de Hely Lopes Meirelles, o edital é lei interna da concorrência. CONCURSO PÚBLICO – VAGAS – NOMEAÇÃO. O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade. “Como o inciso IV (do artigo 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na seqüências dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subseqüentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias (Celso Antônio Bandeira de Mello, “Regime

A certa altura do voto, o relator argumenta: “Em que pese a previsão explícita constante do edital, o Recorrido não procedeu à nomeação de candidatos para as vagas existentes. Partiu para o desprezo à impessoalidade, considerados candidatos na mesma situação, porque aprovados e classificados tendo em vista as vagas existentes, convocando alguns e deixando outros em situação de absoluta insegurança”. [...] “acabou por haver, na espécie, a quebra da impessoalidade, princípio básico a ser respeitado pela administração pública. O Recorrido, diante de listagem de candidatos que, consoante a previsão do edital, estavam habilitados ao preenchimento das vagas previamente anunciadas, deliberou, já conhecidos os nomes, nomear apenas alguns, fazendo-o, considerado o número máximo – cinquenta -, em relação a trinta e três. [...] No caso dos autos, o (princípio) da legalidade foi menosprezado, já que olvidados os parâmetros do edital de concurso e o resultado deste último; o da impessoalidade, no que, conhecidos os aprovados e classificados para as vagas, resolveu-se partir para a nomeação parcial, colocando-se em plano secundário, até mesmo, as necessidades existentes; o da moralidade, no que, espezinhado o primeiro, deixou-se de proceder, até mesmo, à prorrogação do concurso, abrindo-se margem à convocação de outro tão logo esgotado o prazo de dois anos; por último, o da publicidade, no que as regras insculpidas no edital serviram de estímulo à inscrição de candidatos, restando ignoradas. [...] Ressalto que a presunção de que estaria havendo uma manobra visando à realização de novo concurso restou confirmada pela publicação edital publicado em 25 de novembro de 1993 e a ele conferindo as conseqüências próprias”.

O Ministro Carlos Velloso ressaltou que a Administração deveria ter declinado os motivos do indeferimento, entretanto, “simplesmente disse que não prorrogou o concurso porque a prorrogação era uma faculdade sua. E não forneceu um só motivo. Quer dizer, praticou ato administrativo desmotivado. E o que é pior: segundo ouvi, pouco tempo depois abriu novo concurso para preenchimento de vagas de juiz, em detrimento do direito dos dezessete candidatos restantes do concurso anterior, objeto desta demanda, a demonstrar que as vagas deviam ser preenchidas”.

O direito dos candidatos aprovados no concurso restou assegurado mesmo diante da insistente objeção do Ministro Néri da Silveira, ao argumento de que, apesar da falta de motivação no indeferimento de prorrogação, se não havia provisão cautelar, cessou a eficácia do título de aprovação no instante em que o concurso caducou, pelo decurso de prazo de sua validade.

Esse julgamento é sobretudo importante, em matéria de reconhecimento do desvio de poder, por duas razões: refere-se a omissão administrativa e baseou-se em indícios ou circunstâncias, dispensando prova direta, mesmo em mandado de segurança, que tem como condição específica o direito líquido e certo. O grande desafio no controle do desvio de poder é a prova, cujo ônus, em princípio, seria de quem o alega, em face da presunção de legitimidade do ato administrativo. O desvio de poder, regra geral, é revelado apenas por sintomas ou indícios, assim arrolados pela doutrina: “a) contradição do ato com atos ou medidas posteriores; b) contradição do ato com atos ou medidas anteriores; c) motivação excessiva; d) motivação contraditória; e) motivação insuficiente; f) alteração (= travisamento) dos fatos; g) ilogicidade manifesta; h) injustiça manifesta; i) disparidade de tratamento; j) derrogação de norma interna; l) precipitação na edição do ato; m) caráter sistemático de certas proibições; n) circunstâncias locais que precederam a edição do ato; o) convergência de feixe de indícios; p) caráter geral dado a medida que deveria ter permanecido particular”.<sup>14</sup>

Contam-se várias decisões do Supremo Tribunal Federal, especialmente a partir de votos do Ministro Celso de Mello, afirmando inconstitucionalidade por desvio do poder de legislar. Tal aconteceu, por exemplo, na ADI 2667 MC/DF em que foi reconhecido desvio de poder, entre outros vícios, na edição da Lei Distrital n. 2.921/2002, “por permitir, aos que estudam no Distrito Federal, o gozo de direitos a que não têm acesso aqueles que cursam escolas de ensino médio nos demais pontos do território nacional”.

Não vingou no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, e pende de apreciação pelas instâncias superiores, posição defendida por este expositor quanto à existência de desvio de poder de legislar na edição da

<sup>14</sup> CRETELLA JR., José. *Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder*, p. 123.

Medida Provisória n. 2.164-40, de 27 de julho de 2001, acrescentando à Lei n. 8.036/90 o art. 29-C, com a seguinte redação: “Nas ações entre o FGTS e os titulares de contas vinculadas, bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais, não haverá condenação em honorários de advogado”. Teria havido, aí, violação aos “artigos 5º, *caput* (princípio da isonomia) e 37, *caput* (princípios da impessoalidade e moralidade), da Constituição, além dos princípios, implícitos, da proporcionalidade e da razoabilidade”. A argumentação é de que se trata, à evidência, de uma regra casuística, editada pela União em benefício próprio, por meio de medida provisória, para desestimular o ingresso ou o prosseguimento das cobranças na via judicial e para, encaminhando os pleitos à via administrativa, reduzir seu débito já reconhecido pela jurisprudência. Em outros termos, fez-se prevalecer sobre o interesse público primário - justiça aos titulares de contas do FGTS -, o interesse financeiro, portanto, interesse secundário, da pessoa jurídica União.

## 4 – Configuração sociológica

A evolução histórico-teórica lapidou três modelos básicos de organização estatal, refletida, especialmente, na administração pública: *patrimonialista*, *burocrática* e *sistêmica* (*gerencial*, na linguagem do decadente neoliberalismo).

Não serão aqui repetidas as características de cada um desses modelos.<sup>15</sup> É suficiente dizer que o desvio de poder deita raízes no *patrimonialismo*, modelo no qual “o aparelho do Estado funciona como extensão do poder do soberano, e os seus auxiliares, servidores, possuem *status* de nobreza real. Os cargos são considerados prebendas. A *res publica* não é diferente da *res principis*”.<sup>16</sup>

Historicamente, a superação do patrimonialismo iniciou-se com a noção de Estado como pessoa jurídica, distinta da pessoa física do soberano. Nas palavras de ForsthoFF, “o monarca, ao qual antes se identificava

o Estado, converteu-se em órgão do Estado pessoa jurídica, com o qual não podia se identificar”.<sup>17</sup> Em seguida, a teoria da separação das funções estatais, levando à instauração do Estado de Direito, completou o ciclo evolutivo. Com a separação de funções, além de limitado à condição de representante do Estado, o seu primeiro servidor, passou o governante, em tese, a subordinar-se à vontade impessoal de uma constituição e de leis aprovadas pelo parlamento.

Essa desejável impessoalidade no tratamento da *res publica*, todavia, na prática, não se deu total e imediatamente. A passagem para o Estado de Direito não aconteceu de um salto. Não se pode dizer que o ciclo patrimonialista tenha sido superado com uma revolução instantânea. Persistem formas autoritárias e privilégios institucionalizados. É freqüente, ainda hoje, o direcionamento do Estado, ostensiva ou disfarçadamente, para atender a interesses pessoais, privados (ex.: interesses eleitoreiros), como se o agente público dele (patrimônio) proprietário fora.

No Brasil, manifestação do patrimonialismo encontra-se retratada em obra clássica de Victor Nunes Leal – *Coronelismo, Enxada e Voto* (1949), da qual se extrai que a política brasileira, especialmente a municipal, evolui de um modelo de *madonismo*, *paternalismo*, *filhotismo*, *votos de cabresto*, *proteção dos aliados* e *perseguição aos adversários*, *recurso simultâneo ao favor e ao porrete* (“para os amigos pão, para os inimigos pau”; “aos amigos se faz justiça, aos inimigos se aplica a lei”).<sup>18</sup>

Não é casual que, mais tarde, um político teria dito resumir-se o poder em *prender*, *nomear* e *demitir*.

Apesar de sucessivas reformas com o intuito de superá-la, a cultura do patrimonialismo ainda impregna o Estado brasileiro. Entre casos exemplificativos, dos últimos tempos, podem ser citados: ostensivo loteamento de cargos públicos federais, que antecedeu a posse do Presidente da República em 1985; prática generalizada do nepotismo, até ser interrompida pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Supremo Tribunal

<sup>15</sup> Cf., a propósito dos três paradigmas de administração pública: MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo – Da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

<sup>16</sup> PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Imprensa Nacional, 1995, p. 20.

<sup>17</sup> Apud MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 114.

<sup>18</sup> Cf. LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto*. 2 ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1975, especialmente p. 39.

Federal;<sup>19</sup> ainda agora, o abuso no financiamento de despesas pessoais dos parlamentares. Aliás, abuso no financiamento de despesas pessoais de parlamentares vem à tona também, coincidentemente, na tradicionalíssima Inglaterra!

Contra a instituição, que se pretendeu pela Emenda Constitucional n. 19/98, da administração *gerencial*, objeta-se que ainda não teria sido cumprido no Brasil, verdadeiramente, o estágio burocrático, considerado degrau indispensável para a desejada transição. A questão foi levantada pela Comissão especial da Câmara dos Deputados encarregada de proferir parecer sobre o então projeto de reforma administrativa. Indagou-se do (à época) Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado:

Em suas análises sobre a evolução da Administração Pública brasileira, esse Ministério tem sustentado que o Brasil já superou o patrimonialismo, atravessou a fase burocrática e acha-se pronto para ingressar na administração gerencial. No entanto, vários estudiosos da Administração Pública, com respaldo nos fatos, afirmam que o Brasil ainda não apresenta condições para tanto. Vera Stork, pesquisadora da UFRGS, afirma, por exemplo:

A história da administração pública brasileira é a história do estamento, do patrimonialismo, do rei, senhor das terras, das gentes e dos cargos. É a história dos amigos do rei, os quais modernamente se inserem no tecido da administração pública pela via do contrato sem concurso, sem aferição prévia da capacitação.

Régis Andrade, do CEDEC, confirma essa tese:

Os processos históricos que levaram à crise atual são longos e complexos. No caso da administração pública, as disfuncionalidades atuais são o efeito conjunto de intrusões e intervenções políticas não planejadas e não sistêmicas, no modelo daspiano original. São três, em

resumo, os momentos mais importantes desse processo. Num primeiro momento, a arquitetura weberiana do modelo foi desfigurada pela transformação dos cargos políticos em moeda de troca política. Em seguida, agregou-se caoticamente à administração direta um enorme setor empresarial, autárquico e fundacional que fugiu ao controle central e facilitou, pela multiplicação dos órgãos e empresas com alto grau de autonomia, de feudalização da máquina por interesses privados. Enfim, a administração federal sofreu o impacto desorganizador da reforma Collor, mal pensada e pior executada.

Com base em que esse Ministério acredita que a Administração Pública brasileira já superou o patrimonialismo? Acredita, realmente, que podemos abandonar controles prévios sobre as ações dos administradores públicos (políticos e governantes)?

Resposta:

A questão não pode ser colocada de forma mecânica e esquemática. A Administração Pública brasileira evoluiu de forma desigual, com resultados heterogêneos. A proposição que este Ministério faz, de avanço rumo à administração gerencial, sugere ser esse o horizonte que norteia a ação. O que não significa que, em muitas áreas da Administração Pública, e sob muitos aspectos, não se deva adotar, neste momento, medidas típicas da administração burocrática.

Ainda há muito a ser feito no combate ao patrimonialismo ou ao mau uso da máquina pública. O Ministério da Administração Pública e Reforma do Estado – MARE, tem trabalhado intensamente no reforço de controles e normas, quando efetivamente necessário. Exemplo disso são as recentes medidas implementadas por este Ministério para o controle sobre a folha de pagamentos ou para exigir o cumprimento do horário de trabalho pelos servidores. São medidas típicas da chamada administração burocrática, adotadas no contexto de um processo de mudança que aponta para a superação, no futuro, desse tipo de controle.

No entanto, a premência de ações imediatas não pode ofuscar a perspectiva mais ampla, que deve ser no sentido do redesenho, e não do puro e simples abandono, dos sistemas de controle. O Ministério tem

<sup>19</sup> O Supremo Tribunal Federal editou súmula vinculante destinada a impedir o nepotismo. Pela dificuldade de tratamento individual dos diversos casos de admissão de parentes de autoridades em cargos e funções de confiança, foi adotada posição radical. O radicalismo, justificável no primeiro momento, pode, todavia, resultar em injusta discriminação de parentes de autoridades – logo, também desvio de poder –, carecendo, por isso, de temperamentos (critérios que permitam abrir justas exceções à regra geral).

recebido múltiplas demandas no sentido da flexibilização de controles. São demandas que partem de dirigentes cômicos de suas responsabilidades e que desejam a autonomia necessária para realizarem o seu trabalho e serem avaliados pelos resultados alcançados.

Merece registro, ainda, a nossa discordância em relação à visão de que a trajetória do setor empresarial, autárquico e fundacional, a partir do marco legal delineado pelo Decreto-Lei 200/67, tenha sido uma experiência essencialmente negativa. Se é certo que ocorreram excessos e debilitação dos controles, a autonomia desfrutada pela Administração indireta permitiu que esta se convertesse em locus das melhores experiências de gestão do setor público.<sup>20</sup>

Quando criança, passava de ônibus ali perto da antiga Rodoviária de Goiânia e sempre lia na fachada de um prédio: Teatro Inacabado. Pensava: Será que nunca vão terminar este “teatro”? Demorei a entender que inacabado era o nome do Teatro.

Em Direito, como no teatro, não há trabalho acabado.

Não houve nesta exposição a pretensão de oferecer respostas - porque nunca as tenho acabadas -, mas, como nas outras ocasiões, o objetivo de estimular a reflexão e o debate.

---

<sup>20</sup> MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO E REFORMA DO ESTADO. *Questões sobre a Reforma Administrativa*. Cadernos do MARE, n. 10.



# Meio ambiente e a efetividade das decisões judiciais

Maízia Seal Carvalho Pamponet\*

A efetividade das decisões judiciais é peça fundamental para que os reclames sociais não passem ao largo das reais necessidades e deságuem em um socorro tardio, sem volta para o meio ambiente e a própria humanidade, que desprotegida espera inadvertidamente o próprio fim.

O meio ambiente, pela sua relevância e complexidade, reclama urgência, eis que sua degradação atinge de forma irreversível a humanidade, pondo em risco a própria existência dos seres vivos.

Nesse compasso, imperioso que medidas salutares complexas e conjuntas sejam amplamente debatidas, estudadas e implementadas, eis que a busca desenfreada pelo aumento da produção, pela riqueza acelera a destruição de recursos naturais não renováveis, suprimindo condições necessárias a existência da vida em nosso planeta.

Antagonizam-se interesses públicos e privados, digladiam-se ambientalistas e empresários, nessa equação de interesses surge, como luz, a ideia de função social da propriedade, que, entre as várias vertentes que pode abrigar, não deixa passar desprotegido o bem-estar e a garantia de um futuro para a humanidade.

A limitação da propriedade em face da função social que deve guardar, atenta para a conveniência de toda a sociedade, motivo pelo qual tal preceito tem como guardião a nossa Carta Magna, tendo surgido desde a Emenda Constitucional 10, à Constituição de 1946, e que se redescobre com o advento do Estatuto da Terra, que assim passa a dispor: *Art. 2º - É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra condicionada pela sua função social, na forma prevista na lei.*

Atualmente o tema encontra assento, ainda, no Código Civil, que ao tratar da propriedade dispõe:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

E segue nas disposições transitórias:

Art. 2.035.(...)

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Destaque-se que a função social não se restringe à ideia de repartição da propriedade, nessa seara destaco o que enfatiza Duguit<sup>1</sup>:

... a propriedade não é um direito, é uma função social. O proprietário, é dizer, o possuidor de uma riqueza tem, pelo fato de possuir essa riqueza, uma *função social* a cumprir; enquanto cumpre essa missão, seus atos de propriedade estão protegidos. Se não os cumpre, ou deixa arruinar-se sua casa, a intervenção dos governantes é legítima para obrigá-lo a cumprir sua função social de proprietário, *que consiste em assegurar o emprego das riquezas que possui conforme seu destino.* .

De ver-se, pois, que a função social, longe de guardar um conceito puramente econômico, hodiernamente guarda diversos outros atributos conceituais, em especial o atendimento dos critérios insculpidos no art. 186 da C.F.:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

<sup>1</sup> *Manuel de droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, De Boccard, 1911, pp. 101-103 e *Traité de droit constitutionnel*, 2e. éd., t. I, Paris, De Boccard, 1921, pp. 22 e 36

\* Juíza Federal da Subseção Judiciária Federal de Itabuna/BA.

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Não se pode, nessa vertente, afastar do conceito de função social a garantia da melhor utilização dos recursos naturais, visando à preservação do meio ambiente.

Nesse diapasão, evidencia-se a relativização do direito de propriedade, outrora absoluto, retendo legal e constitucionalmente legitimado o Poder Judiciário, a coibir os abusos, atuando no controle social sobre o conjunto de atividade que impera no direito de propriedade a fim de resguardar o meio ambiente seguro e viável para as gerações futuras.

A viabilidade, porém, de tal processo decisório, inexoravelmente, passa pela efetividade das decisões judiciais que reclamam urgência e firmeza, não podendo dispensar as medidas de urgência e sua imediata execução, sob pena de esvaziar-se em si mesmo qualquer decisão no campo do meio ambiente, mormente tendo em vista que contra a devastação não se vislumbra uma reparação patrimonial satisfatória, mas tão somente a reconstrução de algo que enseja dedicação com resultados de longuíssimo prazo, e, cujo dano, muitas vezes, jamais poderá ser recomposto.

Merece relevo o capítulo VI da Constituição de 1988, dedicado exclusivamente ao meio ambiente, assim dispondo:

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.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV -

exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Releva salientar que o *Bem Ambiental*, o meio ambiente natural e artificial, protegido constitucionalmente, pode ser conceituado como um bem difuso cujo objeto é garantir a sadia qualidade de vida das gerações presente e futura.

Com tal finalidade, impera no que diz respeito à efetividade em questão ambiental o chamado princípio da precaução, devendo todas as medidas que interfiram no equilíbrio ecológico, ou alterem o atual ecossistema, como desmatamentos ou qualquer atividade produtiva que necessite modificar o ecossistema, serem medidas cautelosas, estudadas previamente, quanto ao impacto ambiental, e nesse trilhar devem seguir os magistrados que atuem em matéria ambiental.

As medidas acautelatórias têm este condão, de garantir a suspensão de atos danosos ao meio ambiente, cuja reversibilidade será de difícil realização, caso não haja a suspensão do ato danoso liminarmente.

A efetividade requer atuação imediata e enérgica do poder público em geral, da população, do Judiciário e sua Polícia Judiciária, bem como das instâncias superiores, para que as medidas adotadas não esbarrem em um formalismo exacerbado, resultando em um tardio agir, em momento que seja inviável qualquer reversão.

# Os conselhos de contribuintes como espaços democráticos: um exercício de cidadania fiscal

André Antonio A. de Medeiros\*

## Sumário

**Introdução; 2. Antecedentes históricos dos conselhos; 3. A Constituição Federal de 1988 e os conselhos; 4. Os conselhos como espaços de representação paritária e plural; Conclusão; Referências**

## Resumo

Este artigo pretende abordar, a partir da constatação da relevância social e histórica dos conselhos gestores e administrativos, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988, os desafios e limites da participação e deliberação sociopolítica envolvendo Estado e sociedade, com enfoque no efetivo controle social exercido pelos conselhos de contribuintes que, em esfera municipal de governo, limitam a atuação estatal, promovendo um significativo exercício de cidadania fiscal.

## Palavras-Chave

Participação; Conselhos; Constituição Federal; Cidadania Fiscal.

## Introdução

Com o advento do pluralismo político e social levado a efeito pela Constituição Federal de 1988, que ora completa 21 anos, surgiu a institucionalidade dos conselhos gestores e administrativos, no Brasil, como espaços de interlocução e debate entre Estado e Sociedade, oportunizando um sensível *locus* de

participação social e deliberação pública, e, dessa forma, ajudando a construir ou moldar a chamada democracia deliberativa e participativa, em razão do notável controle social que engendra.

Entender, portanto, o contexto social e histórico em que surgem os conselhos, como também sua própria dinâmica de funcionamento e demais fatores que permeiam a participação contida nesses relevantes espaços democráticos, importa em compreender a evolução do controle social em questões tributárias, viabilizando a análise dos conselhos municipais de contribuintes, como também a evolução da cidadania fiscal.

Significativamente relacionada à qualidade da democracia e à luta pelos benefícios da civilização, já que ligada à ideia de soberania popular, a participação dos indivíduos na sociedade civil ou na política assume função primordial na agenda pública, aprimorando e ressignificando o fenômeno político e, por assim dizer, a própria construção da cidadania.

Assim é que, sob a expressão *participação política* compreende-se o ato de votar, a associação dos indivíduos em grupos, a mobilização popular, a militância partidária, o protesto contra autoridades políticas, a luta por espaços públicos institucionais, por determinados interesses e direitos, assim como toda uma série de atividades firmemente ligadas ao universo da política. Enfim, participar significa *tomar parte em* ou, ainda, define situações em que o indivíduo contribui direta ou indiretamente para uma decisão política, além de influenciar sobremodo o próprio processo político, de forma construtiva, ao fomentar o surgimento da chamada democracia participativa.

Apesar do instituto da participação ser tão antigo quanto a própria democracia, ao longo dos séculos, diversas tradições políticas e diferentes conjunturas sociais e históricas terminaram moldando seus princípios basilares e formas de atuação, principalmente após o advento da modernidade e durante todo o século XX, em que a democracia assumiu um lugar central no campo político (Avritzer e Santos, 2005), até porque

\* Mestrando em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica de Salvador. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Professor de Direito Financeiro e Tributário da Faculdade Maurício de Nassau, de Direito Empresarial da Faculdade 2 de Julho e de Pós-Graduação em Gestão Pública, da Faculdade Visconde de Cairu/BA. Advogado e sócio-fundador de André Medeiros Advogados Associados (andre@andremedeiros.com.br).

nem todas as democracias apresentam o mesmo grau de politização em sua vida social. Ademais, nem todo *ativismo* político representa realmente uma luta por direitos, o que justificam as análises sobre o conteúdo, forma e qualidade da participação, além dos inegáveis reflexos para a cidadania, elaboração e controle de políticas públicas.

Existem várias formas participativas, antigas, tradicionais ou novas, razão pela qual continua sendo um grande desafio compreender os motivos que levam os cidadãos brasileiros a participar, bem como as razões da apatia da grande maioria das pessoas diante dos assuntos políticos nacionais, ainda mais quando se busca vincular o tema da participação ao da democracia, o que, segundo Lúcia Avelar (2007, p. 276), *representa um dos mais densos problemas filosóficos e teóricos da Ciência Política.*

Participar significa pensar a sociedade e o Estado, como também a relação das partes entre si e destas com o todo, daí surgindo toda a sorte de interesses, valores e recursos de poder, apresentando-se o problema de como responder aos interesses gerais em face dos interesses individuais e chegando-se a um consenso necessário para o sistema político. Entender os atores e formas da participação, portanto, é missão árdua que se impõe.

## **2. Antecedentes históricos dos conselhos**

Em um duro contexto de aprendizado da experiência democrática na Europa, surgiu a Comuna de Paris, durante a guerra franco-prussiana, iniciada em 1870. Apesar do iminente avanço das tropas alemãs, os parisienses perceberam que o governo francês, então sediado em Versalhes, estava disposto a entregar a cidade aos seus inimigos (Cf. Konder, 2005, p. 183), o que deu margem a revoltas populares e proporcionou uma temporária tomada de poder por parte dos trabalhadores franceses.

Assim, durante 72 dias, já em 1871, notoriamente em clima de guerra, surge a primeira experiência histórica de autogestão operária por meio de conselhos populares (Gohn, 2007, p. 66; Konder, 2005, p. 184), cujas oficinas, paradoxalmente, ao tempo em que representaram uma significativa experiência democrática, confundia o cidadão com o combatente.

Apesar de que, do ponto de vista dos direitos sociais, a medida mais importante dos *Comunards* ter sido a conquista do direito ao trabalho (Cf. Singer, 2005, p. 234), não restam dúvidas de que o grande legado histórico da Comuna de Paris foi a inauguração de uma nova institucionalidade: a autogestão da coisa pública pelos próprios mandatários, possibilitando a participação direta da população na gestão da cidade, configurando, portanto, um projeto político emancipatório, já que se buscavam outras formas de poder autônomo e descentralizado.

Cumpra observar, ainda, que a Comuna de Paris teve pela frente outras tarefas burguesas que apareceram como promessa na Revolução de 1789 e que não tinham sido cumpridas ou apenas parcialmente realizadas, tais como: a total separação da Igreja do Estado, a implantação do ensino público, gratuito, obrigatório e aberto ao sexo feminino, além de procurar extinguir a burocracia estatal. Ou seja, o desenvolvimento da cidadania, figura típica da Revolução Francesa ocorrida há um século, também dependeu da implantação dessas medidas por parte da Comuna.

Em seguida, vieram os soviets russos, que nasceram em São Petesburgo em 1905 e foram recriados em 1917 pela revolução socialista (Cf. Gohn, 2007, p. 67). Compreendiam organismos de classe, compostos por operários, soldados e intelectuais revolucionários, que passaram a desempenhar atribuições públicas, antes de responsabilidade do Estado, como na área da saúde e segurança pública.

Os conselhos operários na Alemanha, por seu turno, surgiram em meio à profunda crise gerada pelo movimento de maio de 1918, provocando a queda geral das estruturas institucionais, oportunidade em que surge como destaque a pessoa de Rosa Luxemburgo, principalmente no debate sobre os conselhos alemães, em virtude de sua notável defesa da atuação destes conselhos nas fábricas, também como órgãos de administração municipal e educativa.

Nas democracias ocidentais, deve-se registrar o caso dos Estados Unidos, em virtude de suas experiências históricas baseadas em comunidades de ajuda mútua, onde os conselhos desenvolveram-se por meio da democracia participante, com fundamento ideológico de milhares de pessoas que se unem e formam associações, objetivando, assim, constituir

grupos de pressão na defesa de seus interesses (Cf. Gohn, 2007, p. 69).

### 3. A Constituição Federal de 1988 e os conselhos

O contexto efervescente da Assembleia Nacional Constituinte, formada em 1986, resultou na introdução, na Constituição Federal de 1988, de diversos artigos legais que estabeleceram a soberania popular e a participação sociopolítica na gestão pública (art. 14, inciso III; art. 194, inciso VII; art. 198, inciso III; art. 204, inciso II; art. 206, VI).

Uma maior abertura política, no contexto de longa construção de uma democracia participativa, até por refletir críticas feitas ao formato centralizador, caminhou lado a lado com a descentralização fiscal, em favor de estados e municípios.

Uma nova institucionalidade política, por meio da participação cidadã nos espaços institucionais estatais, foi, enfim, estabelecida no Brasil, transformando o padrão de planejamento e execução das políticas públicas nacionais, na medida em que, rompendo a vigente tradição de distanciamento entre o Estado e sociedade, aproximou as esferas decisórias dos cidadãos.

Diga-se de passagem que todo o processo de mudança no cenário participativo nacional não foi gerado espontaneamente ou de forma harmoniosa, devendo-se destacar dois relevantes fatores: primeiro, porque já havia uma herança anterior advinda do campo democrático, então formado pelos movimentos sociais e demais organizações civis, culminando na Assembleia Nacional Constituinte; segundo, porque foi necessário ter vontade política para a implantação de um novo espaço público, de caráter não estatal. (Cf. Gohn, 2007, p. 63)

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 caracteriza-se como o marco formal do processo de construção de uma democracia deliberativa e participativa, na medida em que institucionaliza amplos encontros entre o Estado e a sociedade civil, contribuindo para o processo de revitalização e aumento do associativismo.

Por outro lado, o regime de 1988, apesar de ter promovido a descentralização político-administrativa,

não foi capaz de conter a crônica voracidade fiscal do Estado brasileiro, um dos mais onerosos do mundo para o cidadão-contribuinte, sem falar no complexo e injusto sistema tributário nacional, que onera (indiretamente) a produção e o consumo, em detrimento da tributação patrimonial.

Ademais, com a busca de novas formas de representação de interesses no interior do Estado, evolutivamente, surge o natural embate entre a sociedade civil e os partidos políticos, tendo em vista o notável enfraquecimento destes em virtude do questionamento do real poder de representação diante das diversidades culturais e sociais do país, nos termos do quanto exposto por Aline Guimarães:

Questionava-se a real capacidade dos partidos de expressar os interesses da sociedade, ao mesmo tempo em que, por outro lado, houve um fortalecimento da ideia de uma representação da sociedade civil no interior dos estados e municípios por meio de novos espaços de representação. (Guimarães, 2008, p. 55)

Pois bem, assim como os orçamentos participativos (OP's), os conselhos gestores, populares e administrativos passaram a representar relevantes espaços institucionais de debate, produção, controle e avaliação de políticas públicas, buscando concretizar os princípios participativos encartados na Constituição Federal e, ao mesmo tempo, contribuindo para a democratização das estruturas de poder do Estado, nas três esferas de governo: federal, estadual e municipal.

Cumprir observar que, além da participação prevista no texto constitucional, as leis que regulamentaram a participação nos conselhos procuraram estabelecer que esses possuíssem representação paritária entre Estado e sociedade civil, além do necessário poder deliberativo, aptos a estabelecer parâmetros efetivos das políticas públicas a eles relacionados e controlando, dessa forma, a própria ação estatal.

Ou seja, para que o novo espaço participativo florescesse como campo de mudança e de decisões, foi preciso construir regras institucionais bem claras e mais democráticas, objetivando assentar os inovadores mecanismos participativos, valorizando a pluralidade de interesses e projetos políticos, e, portanto, indo além do ideal republicano da autodeterminação e definição do interesse comum.

As áreas da saúde, do orçamento público, meio ambiente e da criança e do adolescente representaram os setores preeminentes no desenvolvimento de mecanismos participativos e representativos, após 1988, com base nas respectivas leis regulamentadoras, que estabeleceram não apenas a natureza deliberativa dos conselhos, como também as respectivas competências, estratégias e diretrizes, prioridades dos programas, aprovação e transferências de recursos, além da avaliação da gestão dos recursos.

Nos conselhos, a presença do Estado difere conforme a composição prevista na legislação. Na saúde, por exemplo, há paridade entre os usuários e os demais representantes, incluindo governo, prestadores de serviços e trabalhadores; na assistência social a paridade se dá entre governo e os representantes da sociedade civil (Cf. Cunha, 2008, p. 34).

Muito embora a presença do governo em determinados conselhos venha a ser mais reduzida, isso não significa menor influência na deliberação e decisão final, até porque, em inúmeras situações, o(s) representante(s) governamental(is) organiza(m) o processo, convoca(m) as reuniões e votações extraordinárias.

Porém, diante do fato de que boa parte dos conselhos foi criada no contexto de reforma estatal dos anos 1990, de caráter neoliberal, *vários analistas e militantes de movimentos sociais desacreditaram os conselhos enquanto possibilidade de participação real, ativa* (Gohn, 2007, p. 84), esquecendo-se que, diversos deles, inseriram-se na esfera pública em definitivo e, por força de lei, ficaram integrados ao Poder Executivo.

Nesse raciocínio, o feixe de competências legais para deliberar sobre as políticas públicas, ao tempo em que representa a força dos conselhos enquanto espaços potencialmente democráticos, transformando-os em arranjos institucionais inéditos, desafia a compreensão sobre até onde a dinâmica real de funcionamento dessas entidades promove práticas políticas realmente inovadoras ou efetivo controle social, no âmbito da gestão dos negócios públicos.

Ou melhor, levando-se em conta que a própria existência dos conselhos já indica uma relevante vitória na luta democrática brasileira, não restam dúvidas acerca da dificuldade concreta de reverter, na dinâmica de funcionamento dos próprios conselhos, a centralidade e o protagonismo do Estado, seja na

definição das políticas e prioridades sociais ou até na construção de entraves procedimentais, que interferem na deliberação participativa (Cf. Tatagiba, 2002, p. 55).

Torna-se evidente, diante do contexto redemocratizante inerente ao Brasil, como também por suas enormes disparidades sociais e federativas, ao lado do crescente interesse arrecadatório estatal; que a tradição autoritária do Estado brasileiro representa um obstáculo ao controle social, fato que se alia à fragilidade da vida associativa, além da própria resistência dos próprios atores estatais e da sociedade civil em participar politicamente.

Com isso, a participação social que era esperada como uma decorrência quase natural do processo de descentralização e abertura política passou a ser vista como dependente de fatores socioculturais que são fortemente arraigados na nossa história e estão fora do controle dos agentes envolvidos na gestão dessa política. (Coelho, 2004, p. 256)

Essa referida tradição autoritária, no sentido de manter políticas governamentais e fiscais – como a de metas de superávit primário – pode refletir-se no poder estatal de controle da agenda deliberativa, nos conselhos gestores, ou na proeminência do voto de desempate por parte do conselheiro-presidente (pertencente ao representante estatal), nos conselhos administrativos, mitigando, portanto, a chamada representação paritária entre Estado e sociedade civil.

Assim, mesmo levando em consideração os diferentes graus de organização da sociedade civil, ainda mais em um vasto país como o Brasil, logo se percebe que a simples existência de mecanismos legais ou formais é insuficiente para uma desejável e efetiva participação sociopolítica nos conselhos, o que revela, sobretudo, a importância de temas como a representatividade e legitimidade dos atores envolvidos.

Deve-se, nesse caso, questionar a respeito da qualidade da participação e partir em busca dos problemas e propostas que *trabalhem com uma participação real, baseada na deliberação e na formação de acordos, e não meramente numérica ou baseada em uma proporcionalidade desproporcional* (Guimarães, 2008, p.76).

Ademais, como bem exposto por Leonardo Avritzer (2003), o problema da democracia não se

reduz somente à questão do funcionamento adequado das instituições políticas, devendo levar em conta também as práticas tradicionais do aparelho estatal e suas relações com os demais atores envolvidos no próprio procedimento democrático, principalmente porque formas específicas de concentração de poder devem ser observadas e contornadas, já que produzem inegáveis consequências antidemocráticas.

Isso porque, historicamente, não apenas a sociedade civil, como também os municípios sofreram com a excessiva centralização de decisões, poderes e recursos nas mãos do governo federal e/ou estadual (Cf. Guimarães, 2008, p. 67), fato que contribuiu para perpetuar práticas coronelistas e clientelistas, principalmente naquelas regiões mais distantes do eixo nacional de poder, onde a participação não alcançou grande destaque.

Portanto, pensar em uma democracia participativa contida nos espaços recém- institucionalizados de gestão pública compartilhada, como os conselhos, significa não apenas analisá-los em sua forma, mas também compreendendo as relações que se estabelecem entre a sociedade civil e o poder executivo, em qualquer esfera de governo, além de considerar fatores que influenciam a própria participação, até para que a eficiência desses espaços não fique a mercê dos interesses dos representantes governamentais locais.

#### **4. Os conselhos como espaços de representação paritária e plural**

---

A regra da paridade na composição dos conselhos compreende que, nesses espaços, deve-se garantir a igualdade de membros entre Estado e sociedade civil, condição preliminar para uma real disputa entre posições e interesses divergentes, o que garante a legitimidade e o equilíbrio no processo decisório.

Como menciona Luciana Tatagiba (2002, p. 57), tem-se constatado nos estudos teóricos e práticos a respeito dos conselhos, que, muitas vezes, a questão da paridade tem ficado reduzida à sua dimensão numérica, o que é insuficiente para garantir o desejável equilíbrio no processo decisório.

Na dinâmica de funcionamento dos conselhos, os principais constrangimentos à existência de uma relação mais simétrica entre Estado e sociedade

apareceram relacionados às seguintes variáveis: a) a dificuldade dos atores, tanto governamentais quanto não governamentais, em lidar com a pluralidade, b) a relação conselheiro-entidade; e, c) a qualificação dos conselheiros para o exercício de suas funções. (Tatagiba, 2002, p. 57)

Por outro lado, nos conselhos, como bem pontua Eleonora Cunha (2008, p. 35), os temas conjunturais mesclam-se aos estruturais, apontando para um envolvimento anterior do conselheiro com a área de política pública, inclusive porque ele é eleito representante – no caso da sociedade civil – a partir de sua inserção anterior em alguma organização da sociedade civil, o que, a um só tempo, ajuda a selecionar pessoas mais diretamente interessadas em participar, em comparação aos OP's, por exemplo.

Dessa forma, não restam dúvidas de que os conselhos inauguram um outro tipo de legitimidade para a representação e, com ela, novos desafios à própria teoria da representação, já que os conselheiros têm sua legitimidade decorrente da identidade e respectiva trajetória participativa (Cunha, 2008; Gohn, 2007), que os vinculam organicamente com os grupos e entidades que representam, ainda mais quando o conselho visa a limitar frontalmente a atuação estatal.

Nessa perspectiva, conselhos e OP's têm um forte potencial para a redução do clientelismo e do paternalismo ainda tão presentes na cultura política e na relação entre Estado e sociedade no nosso país, pois estão assentados em regras compartilhadas e ativadas nos momentos contenciosos. (Cunha, 2008, p. 38)

#### **Conclusão**

---

Pois bem, os Conselhos Municipais de Contribuintes, criados por leis municipais e formados pela representação paritária entre agentes governamentais de carreira e membros indicados por entidades representativas da sociedade civil, consistem em órgãos colegiados de julgamento administrativo, em instância final, das pendências relacionadas com tributos municipais, instauradas entre fisco e contribuintes.

Os aludidos conselhos municipais apreciam, em caráter local impactante, a viabilidade e delimitação de cobranças fiscais efetuadas com base em leis municipais, em sede de controle administrativo do

lançamento tributário, representando, dessa forma, uma significativa arena pública de debates fiscais e orçamentários, com forte poder deliberativo, além de um espaço educativo, o que, obviamente, contribui para o amplo desenvolvimento da cidadania.

Daí a importância da análise da forma de composição institucional e qualidade da representatividade da sociedade civil perante os referidos conselhos, objetivando investigar sua atuação, seus mecanismos de controle e eventuais práticas prejudiciais à democracia, também patentes em outros conselhos (estaduais e federais), tais como o corporativismo, o clientelismo e o particularismo.

Enfim, o que se pode concluir, nesse sentido, é que a participação política revela-se em um instrumento de controle do Estado pela sociedade, concebendo-se uma noção de soberania popular não limitada apenas à eleição de mandatários, mas atuando de forma permanente, independentemente das eleições, razão pela qual somente os cidadãos é que podem definir o papel que desejam para o Estado, criando mecanismos de *accountability* (prestação de contas conforme parâmetros sociais e em espaços públicos próprios), conselhos e leis que incluam, efetivamente, a totalidade dos reais destinatários das políticas públicas.

Para Bobbio (2007), o caráter público da República está no controle público do poder, que deverá ser exercido por uma livre formação da opinião pública, garantindo-se, portanto, que a participação é essencial ao desenvolvimento democrático, razão pela qual se deve alargar o controle dos centros de poder político, administrativo-ideológico (meios de comunicação de massa) e, também, econômico.

## Referências

- AVELAR, Lúcia. *Participação política*. In: AVELAR, Lúcia, CINTRA, Antônio Octávio. *Sistema político brasileiro: uma introdução*. 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Editora Unesp, 2007, 496 p.
- AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para ampliar o cânone democrático*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.), *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, 678 p.
- \_\_\_\_\_. *O Orçamento Participativo e a teoria democrática: um balanço crítico*. In: AVRITZER, Leonardo, NAVARRO, Zander. (Orgs.) *A inovação democrática no Brasil: o orçamento participativo*. São Paulo: Cortez, 2003, 334 p.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. [trad. Marco Aurélio Nogueira], 13.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Paz e Terra, 2007, 173 p.
- COELHO, Vera Schattan P. Coelho. *Conselhos de saúde enquanto instituições políticas: o que está faltando?* In: \_\_\_\_\_; NOBRE, Marcos. (Orgs.). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Ed. 34, 2004, 368 p.
- CUNHA, Eleonora Schettini Martins Cunha. *O potencial de conselhos de políticas e Orçamentos Participativos para o aprofundamento democrático*. In: DAGNINO, Evelina, TATAGIBA, Luciana. (Orgs.). *Democracia, sociedade civil e participação*. Chapecó: Argos, 2007.
- GOHN, Maria da Glória. *Conselhos gestores e participação sociopolítica*. 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Cortez, 2007.
- GUIMARÃES, Aline Amorim Melgaço. *Democracia possível: espaços institucionais, participação social e cultura política*. Campinas: Alínea, 2008, 116 p.
- KONDER, Leandro. *Ideias que romperam fronteiras*. In: PINSKI, Jaime; PINSKI, Carla Bassanezi (Orgs.). *História da cidadania*. 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Contexto, 2005, 591 p.
- SINGER, Paul. *A cidadania para todos*. In: PINSKI, Jaime; PINSKI, Carla Bassanezi (Orgs.). *História da cidadania*. 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Contexto, 2005, 591 p.
- TATAGIBA, Luciana. *Os conselhos gestores e a democratização das políticas públicas no Brasil*. In: DAGNINO, Evelina (Org.). *Sociedade civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

# O nosso velho novo Mandado de Segurança

Vallisney de Souza Oliveira\*

A recente Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, não inaugura um novo ordenamento jurídico do mandado de segurança, mas consagra uma garantia constitucional genuinamente brasileira, destinada a proteger direitos do cidadão contra os abusos do poder público.

Desde a Constituição de 1934, todas as seguintes, com exceção da de 1937, acolheram a garantia do *mandamus* para proteção a direitos diferentes dos da liberdade de locomoção, esses já protegidos pelo *habeas corpus*.

Ao revogar as então vigentes Leis 1.533, de 1951, e 4.348, de 1964, e outras normas referentes ao tema, a Lei 12.016, de 2009, apresenta poucas novidades, mesmo porque seu escopo foi reunir a legislação esparsa numa única lei, considerando as posições sedimentadas na doutrina e na jurisprudência.

Entre os pontos positivos da novel Legislação inclui-se a tipificação como crime de desobediência para a autoridade que não cumpre uma ordem judicial (liminar ou sentença).

Autoridade, para fins do mandado de segurança, é *autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público* (inc. LIX do art. 5º da Constituição de 1988), seja de que categoria for e sejam quais forem as funções exercidas, inclusive entram nesse rol os órgãos de partidos políticos e as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público (Lei 12.016/2009).

Outro ponto louvável é a não obrigatoriedade da efetiva manifestação do Ministério Público no mandado de segurança, o que contribuirá um pouco para a economia no processo e propiciará a especial atenção do agente ministerial aos casos de real interesse público.

Um aspecto inovador negativo é a faculdade dada ao juiz, como requisito para concessão da liminar,

de exigir caução, fiança ou depósito bancário com o objetivo de assegurar o ressarcimento da pessoa jurídica. Cuida-se de medida restritiva ao uso de garantia democrática, cujo cumprimento esbarra na impossibilidade econômica de algumas pessoas, principalmente pessoas físicas, de fazerem a aludida contraprestação. Assim posta tal inovação, em algumas hipóteses ocorrerá séria violação ao princípio constitucional da igualdade: entre ricos e pobres, entre cidadãos e empresas, enfim, entre quem pode ou não dar garantia.

Também, segundo a Lei, o mandado de segurança possui tratamento prioritário em relação às ações normais e pode ser processado por meio eletrônico. Outra regra original é a obrigatoriedade, por parte da autoridade administrativa impetrada, de remeter uma cópia do mandado de notificação judicial ao órgão de representação jurídica ao qual está vinculada, a fim de facilitar a defesa da Administração Pública.

O ineditismo maior da Lei se sobressai na regulamentação do mandado de segurança coletivo, que pode ser proposto por partido político, entidade de classe ou associação, em defesa de direitos coletivos ou individuais homogêneos, líquidos e certos, de seus integrantes ou associados, tratando-se de evolução legislativa nessa matéria.

Contudo, em geral, a nova Lei apenas reitera as normas revogadas ou insere posicionamento já consolidado na jurisprudência.

Assim como já constava da Lei 1.533, de 1951, é cabível a medida liminar para a suspensão do ato impugnado e o recurso de agravo (inovação da Lei) não terá, em regra, efeito suspensivo. A prova a ser produzida é exclusivamente documental. Não cabem perícias ou testemunhos. Os prazos são curtos, com previsão de poucos atos processuais até o termo final. Não há despesas com pagamento de honorários judiciais e é incabível o recurso de embargos infringentes.

A Lei 12.016, de 2009, porém, incorre nos equívocos da legislação anterior, ao proibir que o juiz conceda liminares em determinadas matérias, tais como entrega de mercadorias e bens provenientes

---

\* Juiz Federal Titular da 23ª Vara – DF. Coordenador dos Juizados Especiais Federais – SJDF. Doutor em Direito (PUC-SP). Professor da Universidade de Brasília (UnB) e da Universidade Federal do Amazonas (Ufam).

do exterior e aumento ou pagamento de qualquer natureza a servidor público.

Outro aspecto negativo da Lei é a manutenção do absurdo mecanismo de suspensão da segurança pelo presidente do tribunal, meio de impugnação ilegítimo, autoritário e desnecessário em face do recurso próprio de agravo de instrumento.

Tanto a proibição de liminares, como a manutenção da esdrúxula modalidade de suspensão da segurança, são normas inconstitucionais, porque restringem ilegitimamente o acesso à justiça, interferem indevidamente na atividade essencial do Poder Judiciário e violam drasticamente o princípio do juiz natural.

Seja como for, tudo leva a crer que o velho e usual instituto, tão conhecido e preferido pelos advogados, agora de vestimenta nova, veio para ficar por mais outras tantas décadas, como já ocorreu com a Lei 1.533, de 1951, agora revogada.

Por fim, num contexto de ausência generalizada de sintonia entre a dinâmica da vida e a jurisdição comum ordinária, a ação especial de mandado de segurança continuará exercendo papel importante no quadro forense brasileiro, como garantia de acentuada eficácia e instrumentalidade para consagração e proteção do Direito contra o arbítrio.



# A nova lei do Mandado de Segurança. Comentários e quadro comparativo(Lei 12.016/2009 x Lei 1.533/1951)

Eduardo de Souza Floriano\*

Publicada em 7 de agosto de 2009, a Lei Federal 12.016 traz nova regulamentação ao Mandado de Segurança, ação de cunho constitucional inserida em nosso ordenamento jurídico pátrio pela Constituição de 1934<sup>[01]</sup> e disciplinada pela Lei Ordinária 191/1936 e, posteriormente, através da Lei Federal 1.533/1951.

Embora a Lei Federal 1.533/1951 tenha recebido algumas alterações durante esses anos, havia uma necessidade de consolidação de entendimentos da doutrina e jurisprudência acerca do chamado “*remédio constitucional*”, em especial quanto ao Mandado de Segurança Coletivo, criado pela Constituição/1988 e até o advento da Lei 12.016/2009 sem qualquer regulamentação na esfera infraconstitucional.

Advinda, a proposta original, de uma comissão de notáveis juristas (Caio Tácito, Arnaldo Wald, Menezes Direito, Ada Pellegrini Grinover, entre outros), o texto de lei aprovado pelo Congresso Nacional procurou manter a redação de inúmeros dispositivos, realizando as devidas modificações conforme entendimentos pacificados na doutrina e jurisprudência.

O texto final vem recebendo algumas críticas, em especial da OAB, mas, certamente, atingiu o objetivo de acabar com reiteradas dúvidas acerca da aplicação deste que é um dos mais importantes instrumentos para defesa dos direitos da população brasileira.

A seguir, a fim de facilitar a comparação entre as normas legais, segue quadro comparativo e respectivo *comentário* acerca de cada dispositivo da nova lei.

## Quadro comparativo

Lei 12.016/2009

|

Lei 1.533/1951

### Artigo 1º

Art. 1º - Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Art. 1º - Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

## Comentário

A nova lei acrescentou o *habeas data*, adaptando-se ao que dispõe o art 5º, LXIX da Constituição Federal de 1988.

Ademais, altera a expressão “alguém” utilizada pela lei anterior por “qualquer pessoa física ou jurídica”, extirpando eventual entendimento acerca da impossibilidade do uso da ação por pessoa jurídica.

\* Procurador do Município de Juiz de Fora/MG. Especialista em Direito Público. Especialista em Direito Social. Especialista em Administração Pública Municipal

§ 1º - Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

§ 1º - Consideram-se autoridades, para os efeitos desta lei, os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções. (Redação dada pela Lei 9.259, de 1996)

## Comentário

A nova lei altera a expressão “Consideram-se” por “equiparam-se”.

Ademais, corrige, do ponto de vista técnico a redação da lei anterior, ao se referir, agora, ao “dirigente de pessoas jurídicas”, uma vez que esse é a autoridade coatora e clareia que a equiparação ocorre “somente no que disser respeito a essas atribuições” (de poder público).

Nesse último ponto já havia entendimento pacificado do STF

*STF - Súmula 510*

*Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.*

§ 2º - Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

Sem correspondente

## Comentário

Dispositivo que vise a excluir o cabimento do *mandamus* contra atos de caráter privado das SEM e EP. Todavia, já decidiu o STJ que a realização de procedimento licitatório, pelas SEM e EP, é ato administrativo, sendo, portanto, cabível a utilização do Mandado de Segurança.

*STJ - Súmula 333*

*Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública.*

§ 3º - Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança.

§ 2º - Quando o direito ameaçado ou violado couber a varias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança.

## Comentário

Texto sem modificações.

## Artigo 2º

Art. 2º - Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela **União ou entidade por ela controlada**.

Art. 2º - Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela **União Federal ou pelas Entidades Autárquicas Federais**.

### Comentário

A lei nova corrige a redação da lei anterior (uso de minúscula em União) e retira o complemento “federal”.

Ademais, altera-se a expressão “entidades autárquicas federais” por “ente por ela (União) controlada” dando maior amplitude ao dispositivo englobando outras entidades que não sejam as autarquias.

## Artigo 3º

Art. 3º - O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, **no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente**.

Art. 3º - O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro, poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, **em prazo razoável, apesar de para isso notificado judicialmente**.

### Comentário

A nova lei determina o prazo para notificação, enquanto a lei anterior determinava que essa deveria ocorrer em “prazo razoável”.

Ademais, primou o novo texto pela clareza e objetividade, à luz do que dispõe o art. 11 da Lei Complementar 95.

Parágrafo único. O exercício do direito previsto no caput deste artigo submete-se ao prazo fixado no art. 23 desta Lei, contado da notificação.

Sem correspondente

### Comentário

O dispositivo impõe, para a hipótese do *caput*, a observação do prazo decadencial de 120 dias para exercício do direito ao *mandamus*. O art. 10, aliás, dispõe acerca do indeferimento da inicial por inobservância do prazo prescrito no art. 23.

## Artigo 4º

Art. 4º - Em caso de urgência, é permitido, observados os **requisitos legais**, impetrar mandado de segurança por telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada.

Art. 4º - Em caso de urgência, é permitido, observados os **requisitos desta lei**, impetrar o mandado de segurança por telegrama ou radiograma ao juiz competente, que poderá determinar seja feita pela mesma forma a notificação a autoridade coatora.

## Comentário

A nova redação (“requisitos legais” ao invés de “requisitos desta lei”) reconhece a existência de requisitos para impetração do *mandamus* em outras normas legais posteriores à edição da Lei 1.533/51, e não apenas aqueles dispostos na referida lei.

Ademais, foram acrescentados novos meios de comunicação (fax e meio eletrônico de autenticidade comprovada) para realização dos atos processuais, conforme já consolidado pela legislação pátria.

§ 1º - Poderá o juiz, em caso de urgência, notificar a autoridade por telegrama, radiograma ou outro meio que assegure a autenticidade do documento e a imediata ciência pela autoridade.

Dispositivo correspondente a ultima parte do *caput* do artigo 4º da lei revogada.

## Comentário

Texto sem modificações. (vide parte final do *comentário* ao *caput* do artigo)

§ 2º - O texto original da petição deverá ser apresentado nos 5 (cinco) dias úteis seguintes.

Sem correspondente

## Comentário

A nova norma adota a sistemática trazida pela Lei 9.800/1999, que permite a utilização de fac-símile para prática de atos processuais.

§ 3º - Para os fins deste artigo, em se tratando de documento eletrônico, serão observadas as regras da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.

Sem correspondente

## Comentário

Vide Lei Federal 11.419/2006, que “*Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências.*”

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11419.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11419.htm)>

### Artigo 5º

Art. 5º - Não se *concederá* mandado de segurança quando se tratar:

Art. 5º - Não se *dará* mandado de segurança quando se tratar:

## Comentário

Modificação visando à melhoria da redação do dispositivo.

O texto de lei é duramente criticado por reduzir a amplitude do Mandado de Segurança.

I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;

I - de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução.

### Comentário

Modificação visando à melhoria da redação do dispositivo.

Obs: Vide posicionamento do STF sobre o tema.

*STF - Súmula 429*

*A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade.*

II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;

II - de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção.

### Comentário

*STF - Súmula 267*

*Não cabe Mandado de Segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção.*

III - de decisão judicial transitada em julgado.

Sem correspondente

### Comentário

*STF - Súmula 268*

*Não cabe Mandado de Segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.*

Artigo revogado

III - de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial.

### Comentário

A lei nova não repete a proibição de uso do Mandado de Segurança contra ato disciplinar, encampando entendimento jurisprudencial e doutrinário.

Parágrafo único. (vetado)

### Comentário

“Art. 5º ...

Parágrafo único. O mandado de segurança poderá ser impetrado, independentemente de recurso hierárquico, contra omissões da autoridade, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, após sua notificação judicial ou extrajudicial.”

Razão do veto

“A exigência de notificação prévia como condição para a propositura do Mandado de Segurança pode gerar questionamentos quanto ao início da contagem do prazo de 120 dias em vista da ausência de período razoável para

a prática do ato pela autoridade e, em especial, pela possibilidade da autoridade notificada não ser competente para suprir a omissão.”

## Artigo 6º

Art. 6º - A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

Art. 6º - A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos artigos 158 e 159 do Código do Processo Civil, será apresentada em duas vias e os documentos, que instruírem a primeira, deverão ser reproduzidos, por cópia, na segunda.

### Comentário

A lei nova amplia a necessidade de observância de todas as normas da lei processual civil para a elaboração da petição inicial, ao contrário da lei anterior que previa a necessidade de preenchimento apenas do disposto nos art. 158 e 159 do CPC.

Ademais, cria-se um novo requisito para a petição inicial, qual seja, a necessidade de indicação da pessoa jurídica que a autoridade coatora integra, se acha vinculada ou exerce atribuições.

§ 1º - No caso em que o documento necessário à prova do alegado *se ache* em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão *ou de terceiro*, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

Parágrafo único. No caso em que o documento necessário à prova do alegado *se acha* em repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que recuse fornecê-lo por certidão, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará para cumprimento da ordem o prazo de dez dias. *Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação.* O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição. (Redação dada pela Lei 4.166, de 1962)

### Comentário

Primeiramente, foi realizada modificação visando à melhoria da redação do dispositivo (“se acha” por “se ache”).

Ademais, a nova lei admite a exibição de documento necessário à prova do alegado que esteja em posse de terceiro.

§ 2º - Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação.

Dispositivo correspondente à última parte do parágrafo único do artigo 6º da lei revogada.

### Comentário

Texto sem modificações.

§ 3º - Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.

Sem correspondente

### Comentário

A nova lei traz importante conceito de autoridade coatora, adotando o entendimento doutrinário e jurisprudencial que considera autoridade coatora a que praticou o ato ou aquela de quem emanou a ordem.

§ 4º (vetado)

### Comentário

“Art. 6º ...

§ 4º Suscitada a ilegitimidade pela autoridade coatora, o impetrante poderá emendar a inicial no prazo de 10 (dez) dias, observado o prazo decadencial.”

#### Razão do veto

“A redação conferida ao dispositivo durante o trâmite legislativo permite a interpretação de que devem ser efetuadas no correr do prazo decadencial de 120 dias eventuais emendas à petição inicial com vistas a corrigir a autoridade impetrada. Tal entendimento prejudica a utilização do remédio constitucional, em especial, ao se considerar que a autoridade responsável pelo ato ou omissão impugnados nem sempre é evidente ao cidadão comum.”

§ 5º - Denega-se o mandado de segurança nos casos previstos pelo art. 267 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Sem correspondente

### Comentário

A lei nova determina a denegação de segurança também nos casos de extinção do processo sem análise do mérito (art. 267 do CPC).

§ 6º - O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado **dentro do prazo decadencial**, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.

Art. 16 - O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.

### Comentário

A lei nova determina que a renovação do mandado de segurança denegado *sem análise de mérito*, poderá ocorrer, apenas, dentro do prazo decadencial de 120 dias.

#### Artigo 7º

Art. 7º - Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

Art. 7º - Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

### Comentário

Texto sem modificações.

I - que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via **apresentada com as cópias dos documentos**, a fim de que, no **prazo de 10 (dez) dias**, preste as informações;

I - que se notifique o coator do conteúdo da petição entregando-lhe a segunda via **apresentada pelo requerente com as cópias dos documentos** a fim de que no **prazo de quinze dias** preste as informações que achar necessárias. (Redação dada pela Lei 4.166, de 1962).

## Comentário

Não há modificação substantiva, apenas de redação, considerando que o prazo de 10 dias já era previsto na Lei 4.348 de 1964, art. 1º, “a”.

*Art. 1º Nos processos de mandado de segurança serão observadas as seguintes normas:*

*a) é de dez dias o prazo para a prestação de informações de autoridade apontada como coatora (vetado).*

Obs: Embora conste no final do dispositivo legal a expressão “vetado”, o referido veto refere-se, apenas, à parte do texto que dispunha “que tenha exercício em sede diversa da do juízo.”

As razões de veto à referida expressão estão disponíveis no *link* <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/Mensagem\\_Veto/anterior\\_98/Vep198-L4348-64.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/anterior_98/Vep198-L4348-64.pdf)>

II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;

Sem correspondente

## Comentário

A lei nova prevê a obrigação se dar ciência do feito ao “órgão de representação judicial” da pessoa jurídica interessada e de enviar cópia da inicial. (vide art 3º da Lei 4.348/1964 – revogada expressamente pela Lei 12.016/2009)

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando **houver fundamento relevante** e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, **caso seja finalmente deferida**, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

II - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando **for relevante o fundamento** e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, **caso seja deferida**.

## Comentário

Primeiramente nota-se sutil modificação da redação (houver fundamento relevante for relevante o fundamento).

Ademais, a nova lei prevê a possibilidade do juiz em determinar, para a concessão de liminar, seja prestada caução, fiança ou depósito, destinado a assegurar eventual ressarcimento à pessoa jurídica.

Tal dispositivo foi duramente criticado, em especial pelo Conselho Federal da OAB, uma vez que tem a potencialidade de reduzir a possibilidade de concessão de liminar no mandado de segurança.

§ 1º - Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento, observado o disposto na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Sem correspondente

## Comentário

Regulamentação do recurso cabível contra decisão de defere ou indefere a liminar em Mandado de Segurança, observado a nova regulamentação do agravo prevista no CPC.

§ 2º - Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Sem correspondente

## Comentário

A lei nova amplia o rol situações (previstas em normas esparsas ou na jurisprudência) no qual é proibida a concessão de liminares.

*Lei 5.021/1966*

*Art. 1º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.*

(...)

*4º Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.*

*STJ - Súmula 212*

*Compensação de Créditos Tributários - Medida Liminar. A compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar.*

*CTN*

*Art. 170A - É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.*

Todavia, Alexandre de Moraes assim dispõe sobre o tema (Direito Constitucional 8ª Edição, Ed. Atlas):

*Nesse julgamento, o Pleno do Pretório Excelso concluiu que a vedação à concessão de liminares “obstrui o serviço da justiça, criando obstáculos à obtenção da prestação jurisdicional e atentado contra a separação dos poderes, porque sujeita o Judiciário ao Poder Executivo.” (STF – Pleno – Adin 975-3 – medida liminar – Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 20 jun. 1997, p. 28.467.*

(vide art 5º da Lei 4.348/1964 – revogada expressamente pela Lei 12.016/2009)

§ 3º - Os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença.

Sem correspondente

## Comentário

A nova lei estabelece que a liminar concedida somente perderá a validade se revogada (pelo próprio juiz) ou cassada (por instância superior).

(vide art. 1º, B da lei 4.348 – revogada expressamente pela Lei 12.016/2009)

§ 4º - Deferida a medida liminar, o processo terá prioridade para julgamento.

Sem correspondente

## Comentário

A nova lei cria um novo critério de prioridade de julgamento objetivando que uma decisão provisória não possa reger o conflito por longo período.

§ 5º - As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei no 5.869, de 11 janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Sem correspondente

## Comentário

A nova lei iguala as proibições de concessão de liminares aos casos de concessão de tutela antecipada, como já previsto pela Lei 9.494/1997, art. 1º.

*Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992.*

## Artigo 8º

Art.8º - Será decretada a perempção ou caducidade da medida liminar ex officio ou a requerimento do Ministério Público quando, concedida a medida, o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo ou deixar de promover, por mais de 3 (três) dias úteis, os atos e as diligências que lhe cumprirem.

Sem correspondente

## Comentário

A nova lei prevê regra, determinando a caducidade ou perempção da medida liminar nos casos em que o próprio Impetrante obstaculize o andamento do processo após a concessão da medida.

(vide art. 2º da Lei 4.348/1964 – revogada expressamente pela Lei 12.016/2009)

## Artigo 9º

Art. 9º - As autoridades administrativas, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou órgão a que se acham subordinadas e ao Advogado-Geral da União ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou da entidade apontada como coatora cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.

Sem correspondente

### Comentário

A nova lei prevê a obrigação da autoridade administrativa remeter ao órgão ao qual está subordinado e ao órgão de representação judicial, em 48 horas, cópia autenticada do instrumento notificatório, assim como “assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder”.

Tal norma reveste-se de duvidosa constitucionalidade ao impor obrigações que tocam ao funcionamento das estruturas administrativas de cada ente federado.

(vide art. 3º da Lei 4.348/1964 – revogada expressamente pela lei 12.016/2009)

## Artigo 10

Art. 10 - A inicial será desde logo indeferida, **por decisão motivada**, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos **requisitos legais** ou quando decorrido o prazo legal para a impetração.

Art. 8º - A inicial será desde logo indeferida quando não for caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos **requisitos desta lei**.

### Comentário

A nova lei exige decisão motivada (em decorrência do princípio da motivação) acerca do indeferimento da inicial.

Ademais, amplia o alcance da norma ao modificar a expressão “requisitos desta lei” para “requisitos legais”, considerando que ao longo do tempo diversas leis foram criando regras processuais a serem observadas, também, na impetração de mandado de segurança.

Por fim, acrescenta-se ao rol de situações que ensejam o indeferimento da inicial a ocorrência do decurso do prazo decadencial para impetração do *mandamus*.

§ 1º - Do indeferimento da inicial pelo juiz de primeiro grau caberá **apelação** e, quando a competência para o julgamento do mandado de segurança couber originariamente a um dos tribunais, do ato do relator caberá agravo para o órgão competente do tribunal que integre.

Parágrafo único. De despacho de indeferimento caberá o recurso previsto no art. 12.

## Comentário

A Lei 1.533 previa que do indeferimento da inicial caberia o recurso previsto no art. 12 que se trata da apelação assim como disposto na nova lei.

Todavia, a lei nova disciplinou situação antes nebulosa definindo ser cabível, em julgamento de mandado de segurança em tribunais, agravo ao órgão competente do próprio tribunal, da decisão do relator de indeferimento da inicial.

§ 2º - O ingresso de litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial.

## Comentário

O dispositivo inserido na nova lei visa, certamente, a dar celeridade ao procedimento.

### Artigo 11

Art. 11 - Feitas as notificações, o serventuário em cujo cartório corra o feito juntará aos autos cópia autêntica dos ofícios endereçados ao coator e ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, bem como a prova da entrega a estes ou da sua recusa em aceitá-los ou dar recibo e, no caso do art. 4º desta Lei, a comprovação da remessa.

Art. 9º - Feita a notificação, o serventuário em cujo cartório corra o feito juntará aos autos cópia autêntica do ofício endereçado ao coator, bem como a prova da entrega a este ou da sua recusa em aceitá-lo ou dar recibo.

## Comentário

Quanto ao dispositivo em questão foram realizadas apenas adaptações à nova sistemática prevista no art. 4º, 6º e 7º, II.

### Artigo 12

Art. 12 - Findo o prazo a que se refere o inciso I do caput do art. 7º desta Lei, o juiz ouvirá o representante do Ministério Público, que opinará, dentro do prazo improrrogável de 10 (dez) dias.

Art. 10 - Findo o prazo a que se refere o item I do art. 7º e ouvido o representante do Ministério Público dentro em cinco dias, os autos serão conclusos ao juiz, independente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em cinco dias, tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora.

## Comentário

A nova lei dilatou os prazos (impróprios) conferidos ao MP (5 para 10 dias) e ao Juiz da Causa (5 para 30 dias) para manifestação e decisão, respectivamente.

Parágrafo único. Com ou sem o parecer do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz, para a decisão, a qual deverá ser necessariamente proferida em 30 (trinta) dias.

Dispositivo correspondente à parte final do art. 10 da lei revogada.

## Comentário

A nova norma prevê que o Magistrado prolatará decisão independente da manifestação do MP nos autos.

### Artigo 13

Art. 13 - Concedido o mandado, o juiz transmitirá em ofício, por intermédio do oficial do juízo, ou pelo correio, mediante correspondência com aviso de recebimento, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada.

Art. 11 - Julgado procedente o pedido, o juiz transmitirá em ofício, por mão do oficial do juízo ou pelo correio, mediante registro com recibo de volta, ou por telegrama, radiograma ou telefonema, conforme o requerer o peticionário, o inteiro teor da sentença a autoridade coatora.

## Comentário

A nova lei modificou a redação do dispositivo. Todavia, entendo que seria, mais correta a expressão: “Concedida a segurança”, como já utilizado no restante da lei.

Ademais, coerente com a modificação trazida no art. 7º, II, faz-se necessária também a notificação da decisão à pessoa jurídica interessada.

Dispositivo revogado

Parágrafo único. Os originais, no caso de transmissão telegráfica, radiofônica ou telefônica, deverão ser apresentados a agência expedidora com a firma do juiz devidamente reconhecida.

## Comentário

Dispositivo ultrapassado, burocrático e contrário à celeridade processual.

Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o juiz observar o disposto no art. 4º desta Lei.

Dispositivo com texto semelhante ao previsto no caput do art. “ou por telegrama, radiograma ou telefonema”.

## Comentário

Assim dispõe a redação do art. 4º da Lei 12.016/2009:

Art. 4º Em caso de urgência, é permitido, observados os *requisitos legais*, impetrar mandado de segurança por *telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada*.

### Artigo 14

Art. 14 - Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

Art. 12 - Da sentença, negando ou concedendo o mandado cabe apelação. (Redação dada pela Lei 6.014, de 1973)

## Comentário

Texto sem modificações.

§ 1º - Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.

Parágrafo único. A sentença, que conceder o mandado, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente. (Redação dada pela Lei 6.071, de 1974)

## Comentário

Texto sem modificações. (vide texto §3º)

§ 2º - Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer.

Sem correspondente

## Comentário

Assunto divergente na doutrina e jurisprudência foi finalmente regulamentado.

§ 3º - A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.

Dispositivo correspondente à parte final do *caput* do artigo.

## Comentário

A nova lei restringe a execução provisória da decisão que concede a segurança, nos mesmos casos em que for vedada a concessão de liminar (art.7º, §2º)

*“§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”.*

(vide art. 7º da Lei 4.348/1964 – expressamente revogada pela Lei 12.016/2009)

§ 4º - O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

Sem correspondente

## Comentário

A nova lei adota posicionamento adotado na Lei 5.021/1966 e da jurisprudência.

*Lei 5.021/1966*

*Art. 1º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.*

*STF - Súmula 271*

*Concessão de Mandado de Segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.*

## Artigo 15

Art. 15 - Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

Art. 13 - Quando o mandado for concedido e o Presidente do Tribunal, ao qual competir o conhecimento do recurso, ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo para o Tribunal a que presida. (Redação dada pela Lei 6.014, de 1973)

### Comentário

Regulamentação uniforme para a legitimidade e hipóteses de concessão da medida de suspensão de liminar, com possibilidade de revisão via agravo, que deverá ter seu julgamento na sessão seguinte a sua interposição.

(vide art. 4º da Lei 4.348/1964 – revogada expressamente pela Lei 12.016/2009)

*STF - Súmula 626*

*A suspensão da liminar em Mandado de Segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração.*

OBS:

*Lei 8.437/1992*

*Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.*

*§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.*

*§ 2º O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas. (Redação dada pela Medida Provisória 2,180-35, de 2001)*

*§ 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição. (Redação dada pela Medida Provisória 2,180-35, de 2001)*

*§ 4º Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário. (Incluído pela Medida Provisória 2,180-35, de 2001)*

*§ 5º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4º, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo. (Incluído pela Medida Provisória 2,180-35, de 2001)*

*§ 6º A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo. (Incluído pela Medida Provisória 2,180-35, de 2001)*

§ 7º O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida. (Incluído pela Medida Provisória 2,180-35, de 2001)

§ 8º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original. (Incluído pela Medida Provisória 2,180-35, de 2001)

§ 9º A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal. (Incluído pela Medida Provisória 2,180-35, de 2001)

§ 1º - Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o caput deste artigo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

Sem correspondente

### Comentário

A nova lei regulamenta a possibilidade de apresentação de novo pedido de suspensão de liminar “para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário”.

(vide art. 4º, §1º da Lei 4.348/1964 – revogada expressamente pela Lei 12.016/2009)

§ 2º - É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 1º deste artigo, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

Sem correspondente

### Comentário

A nova lei regulamenta a possibilidade de apresentação de pedido de suspensão de liminar mesmo quando caso seja negado provimento a agravo de instrumento manejado contra o deferimento da media liminar.

§ 3º - A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

Sem correspondente

### Comentário

O novo dispositivo referenda o entendimento acerca da ausência de condicionamento ou interdependência do agravo de instrumento contra decisão que confere liminar e o pedido de suspensão de liminar

§ 4º - O presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

Sem correspondente

## Comentário

A nova lei regulamenta a possibilidade de medida liminar no pedido de suspensão.

§ 5º - As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

Sem correspondente

## Comentário

A nova lei prevê a possibilidade de extensão do julgamento da suspensão de liminar, para outras liminares cujo objeto seja idêntico, inclusive aquelas supervenientes ao julgamento (do pedido de suspensão).

### Artigo 16

Art. 16 - Nos casos de competência originária dos tribunais, caberá ao relator a instrução do processo, sendo assegurada a defesa oral na sessão do julgamento.

Art. 14 - Nos casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais caberá ao relator a instrução do processo.

## Comentário

A nova lei insere a garantia de realização de defesa oral, em qualquer tribunal, durante a sessão de julgamento.

Parágrafo único. Da decisão do relator que conceder ou denegar a medida liminar caberá agravo ao órgão competente do tribunal que integre.

Sem correspondente

## Comentário

A nova lei adota posicionamento contrário ao adotado na Súmula 622 do STF.

*STF - Súmula 622*

*Não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança.*

### Artigo 17

Art. 17 - Nas decisões proferidas em mandado de segurança e nos respectivos recursos, quando não publicado, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data do julgamento, o acórdão será substituído pelas respectivas notas taquigráficas, independentemente de revisão.

Sem correspondente

## Comentário

A nova lei, no intuito de dar maior celeridade ao julgamento do Mandado de Segurança, prevê que a decisão que não for publicada no prazo de trinta dias após o julgamento será substituída pelas notas taquigráficas independente de revisão.

### Artigo 18

Art. 18 - Das decisões em mandado de segurança proferidas em única instância pelos tribunais cabe recurso especial e extraordinário, nos casos legalmente previstos, e recurso ordinário, quando a ordem for denegada.

Sem correspondente

## Comentário

A nova lei define o cabimento de recursos no caso de mandado de segurança de competência originária dos tribunais.

### Artigo 19

Art. 19 - A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, *sem decidir o mérito*, não impedirá que o requerente, *por ação própria*, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.

Art. 15 - A decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.

## Comentário

A nova lei adota posição diversa daquela sedimentada pelo STF ao regulamentar que apenas a decisão denegatória *sem análise do mérito*, poderá ser objeto de nova ação ordinária própria.

*STF - Súmula 304*

*Decisão denegatória de Mandado de Segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria.*

### Artigo 20

Art. 20 - Os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo *habeas corpus*.

Art. 17 - Os processos de mandado de segurança terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo *habeas corpus*. Na instância superior deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir a data em que, feita a distribuição, forem conclusos ao relator.

## Comentário

O texto da nova lei acrescenta a expressão “e os respectivos Recursos”.

§ 1º - Na instância superior, deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que forem conclusos ao relator.

Dispositivo correspondente à parte final do *caput* do artigo

### Comentário

Texto sem modificações.

§ 2º - O prazo para a conclusão dos autos não poderá exceder de 5 (cinco) dias.

Parágrafo único. O prazo para conclusão não poderá exceder de vinte e quatro horas, a contar da distribuição.

### Comentário

A nova lei aumenta o prazo para conclusão dos autos ao magistrado.

## Artigo 21

Art. 21 - O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Sem correspondente

### Comentário

Apesar de previsto no ordenamento jurídico pátrio desde a Constituição de 1988 (art. 5º, LXX) o mandado de segurança coletivo nunca havia sido regulado por legislação infraconstitucional.

A nova lei, adotando posicionamentos da doutrina e da jurisprudência, definiu a legitimidade para ajuizamento do *mandamus* determinando, ainda, ser dispensada a autorização especial dos associados para sua promoção.

*STF - Súmula 629*

*A impetração de Mandado de Segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.*

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

Sem correspondente

### Comentário

Adotando conceituação semelhante àquela prevista na lei da ação civil pública e CDC, a nova lei regulamenta a possibilidade de defesa de direitos coletivos e individuais homogêneos pela via do Mandado de Segurança Coletivo.

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

Sem correspondente

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Sem correspondente

## Comentário

A nova lei consolida posição jurisprudencial acerca da possibilidade de se impetrar Mandado de Segurança Coletivo em favor de, apenas, uma parte da categoria.

*STF - Súmula 630*

*A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria.*

## Artigo 22

Art. 22 - No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

Sem correspondente

## Comentário

Regulamentação, pela nova lei, de critérios já adotados pela legislação pátria, doutrina e jurisprudência, acerca da coisa julgada em processos coletivos.

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

Sem correspondente

## Comentário

Adotando sistemática semelhante à aplicada nas ações coletivas a nova lei regula as relações entre o Mandado de Segurança Coletivo e o Individual, no tocante à coisa julgada e litispendência.

§ 2º - No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

Sem correspondente

## Comentário

A nova lei segue o disposto no art. 2º da Lei 8.437/1992.

*Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.*

### Artigo 23

Art. 23 - O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

Art. 18 - O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

## Comentário

Texto sem modificações.

### Artigo 24

Art. 24 - Aplicam-se ao mandado de segurança os arts. 46 a 49 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Art. 19 - Aplicam-se ao processo do mandado de segurança os artigos do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio. (Redação dada pela Lei 6.071, de 1974)

## Comentário

Apensar da modificação do texto, os artigos citados na nova lei são justamente aqueles que regulam o litisconsórcio no Código de Processo Civil.

### Artigo 25

Art. 25 - Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

Sem correspondente

## Comentário

A nova lei regulamentou assuntos sedimentados pela jurisprudência dos tribunais superiores.

*STF - Súmula 294*

*São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão do supremo tribunal federal em mandado de segurança.*

*STF - Súmula 512*

*Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança.*

*STJ - Súmula 105*

*Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios.*

*STF - Súmula 597*

*Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança decidiu, por maioria de votos, a apelação.*

*STJ - Súmula 169*

*São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança.*

## Artigo 26

Art. 26 - Constitui crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei no 1.079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis.

Sem correspondente

### Comentário

Novamente com o fito de conferir maior efetividade à decisão judicial concessiva da segurança, foi criado dispositivo prevendo a caracterização de crime de desobediência, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

## Artigo 27

Art. 27 - Os regimentos dos tribunais e, no que couber, as leis de organização judiciária deverão ser adaptados às disposições desta Lei no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da sua publicação.

Sem correspondente

### Comentário

Considerando a regulamentação de normas processuais atinentes ao mandado de segurança, em especial as relativas à suspensão de liminar, serão necessárias modificações nos diversos regimentos internos dos Tribunais dos Estados, Tribunais Federais, Tribunais Superiores e do STF.

## Artigo 28

Art. 28 - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sem correspondente

### Comentário

A modificação da “Lei do Mandado de Segurança” pegou muitos profissionais do direito de surpresa. Seria mais prudente a determinação de um período de adaptação à lei (*vacatio legis*), a fim de que eventuais dúvidas quanto à aplicação de tão importante regramento jurídico pudessem ser discutidas nos meios jurídicos.

## Artigo 29

Art. 29 - Revogam-se as Leis nºs 1.533, de 31 de dezembro de 1951, 4.166, de 4 de dezembro de 1962, 4.348, de 26 de junho de 1964, 5.021, de 9 de junho de 1966; o art. 3º da Lei nº 6.014, de 27 de dezembro de 1973, o art. 1º da Lei nº 6.071, de 3 de julho de 1974, o art. 12 da Lei nº 6.978, de 19 de janeiro de 1982, e o art. 2º da Lei nº 9.259, de 9 de janeiro de 1996.

Sem correspondente

### Comentário

A nova lei revogou, além da Lei 1.533/1951 e leis posteriores que a modificaram, as Leis 4.348/1964 que *“Estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança”* e a Lei 5.021/1966 que *“Dispõe sobre o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público civil.”*

### Notas

Art. 113, item 33:

Dar-se-á mandado de segurança para a defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser ouvida a pessoa do direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.



---

## Arguição de Inconstitucionalidade

1998.37.00.001311-0/MA

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães  
Autor: Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região  
Réu: Ministério Público Federal  
Procurador: Dr. Nicolau Dino de Castro e Costa Neto  
Réu: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS  
Procurador: Dr.<sup>a</sup> Adriana Maia Venturini  
Remetente: Juízo Federal da 6ª Vara – MA  
Publicação: e-DJF1 de 21/9/2009, p. 222.

---

### Ementa

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

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

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

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

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

V. *Sabemos que a supremacia da ordem constitucional traduz princípio essencial que deriva, em nosso sistema de direito positivo, do caráter eminentemente rígido de que se revestem as normas inscritas no estatuto fundamental. Nesse contexto, em que a autoridade normativa da Constituição assume decisivo poder de ordenação e de conformação da atividade estatal - que nela passa a ter o fundamento de sua própria existência, validade e eficácia -, nenhum ato de Governo (Legislativo, Executivo e Judiciário) poderá contrariar-lhe os princípios ou transgredir-lhe os preceitos, sob pena de o comportamento dos órgãos do Estado incidir em absoluta desvalia jurídica.* (ADI 2.215/PE, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 26/4/2001).

VI. Desse modo, a norma contida no art. 16, § 2º, da Lei 8.213/1991 – na redação dada pela Medida Provisória 1.523, de 11/10/1996, reeditada e convertida na Lei 9.528/1997 –, na parte em que exclui o menor sob guarda judicial da condição de dependente, colocando-o à margem da proteção previdenciária estatal, é inconstitucional,

pois não se harmoniza com as garantias estabelecidas na Lei Maior, entre elas as do art. 227, *caput*, § 3º, II e VI, da Carta.

VII. Ademais, a discriminação trazida pela nova redação do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991 – ao excluir o menor sob guarda judicial da condição de dependente do segurado –, afronta, também, o princípio constitucional da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, da CF/1988, pois, do ponto de vista essencial – não do *nomen iuris* do instituto jurídico sob cuja tutela vivem –, os menores sujeitos à guarda judicial de outrem necessitam dos mesmos cuidados e da mesma proteção estatal dispensada aos tutelados, diante do infortúnio da morte do guardião ou tutor, conforme o caso.

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

## Acórdão

A Corte Especial, por maioria, vencido o Desembargador Federal Mário César Ribeiro, que rejeitava a arguição, acolheu o pleito de arguição de inconstitucionalidade quanto a supressão da expressão *o menor que, por determinação judicial esteja sob a sua guarda* do art. 16, § 2º, da Lei 8.213, na redação da Medida Provisória 1.523, de 11 de outubro de 1996, reeditada e convertida na Lei 9.528, de 1997, nos termos do voto da relatora.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 20/8/2009.

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*, relatora

## Relatório

A *Exm<sup>a</sup> Sr<sup>a</sup> Desembargadora Federal Assusete Magalhães*: - Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991, com a redação dada pela Medida Provisória 1.523, de 11/10/1996, reeditada e convertida na Lei 9.528/1997, na parte em que excluiu o menor sob guarda judicial do rol dos beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, na condição de dependente do segurado, suscitado perante a Corte Especial, pela egrégia 2ª Turma do TRF/1ª Região, que acolheu questão de ordem proposta pelo eminente Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, em seu voto-vista.

O presente incidente foi suscitado nos autos de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, na qual visa compelir o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a admitir os menores sob guarda judicial como beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na qualidade de dependentes do segurado guardião.

Referida ação foi julgada procedente, no Primeiro Grau (fls. 46/52), ascendendo os autos a esta Corte, por

força do reexame necessário, em cuja apreciação, pela 2ª Turma, suscitou-se o incidente.

O respectivo acórdão foi publicado no Diário da Justiça, Seção II, de 13/11/2006, restando assim ementado:

*Processo Civil. Constitucional. Previdenciário. Ação civil pública. Legitimidade ativa do MPF. Pensão por morte. Exclusão do menor sob guarda da qualidade de dependente. At. 16, § 2º da lei 8.213/1991 com alteração dada pela lei 9.528/1997. Incompatibilidade com a CF/1988. Incidente de Inconstitucionalidade. Corte Especial.*

I – A Lei 8.069/1990 confere competência expressa ao Ministério Público para fiscalização e provocação do Judiciário com fins de efetivo cumprimento dos seus dispositivos. Questão envolvendo autarquia federal. Legitimidade ativa do Ministério Público Federal.

II – Com a alteração do parágrafo 2º do artigo 16 da Lei 8.213, de 1991, por força da Lei 9.528/1997, foi mantida a equiparação aos filhos, para fins do RGPS, apenas enteados e menores tutelados. Subtração do menor sob guarda judicial da qualidade de dependente do segurado. Incompatibilidade da norma com os artigos 201, inciso V e 227, *caput*, § 3º, inciso II da Constituição

da República. Para seu afastamento, necessária se faz a declaração de sua inconstitucionalidade.

III – Acolhimento da questão de ordem. Incidência dos artigos 97, da CF/1988 e 480/482 do CPC.

IV – Incidente de inconstitucionalidade, que se remete à Corte Especial (RI-TRF/1ª Região, artigos 351 a 355 c/c artigo 10 e inciso V).

(REO 1998.37.00.001311-0/MA, Rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, 2ª Turma do TRF/1ª Região, unânime, julgado em 16/2/2005, DJU de 13/11/2006) (fl. 84).

O Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, então relator, fez publicar edital, consoante o previsto no § 1º do art. 351 do RI-TRF/1ª Região, para conhecimento dos titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição Federal, e determinou a intimação da Advocacia Geral da União para promover, em sendo o caso, a defesa do ato impugnado (art. 351, § 1º, do RI-TRF/1ª Região).

A União veio aos autos, sustentando, em síntese, que, além do cotejo da norma previdenciária com o texto constitucional, emerge de um plano secundário da discussão um outro aspecto, que diz respeito ao confronto entre a norma previdenciária e o Estatuto da Criança e do Adolescente (fl. 100); que o art. 227 da CF – o qual prevê proteção à criança e ao adolescente – não incluiu, nos direitos enumerados, os relativos à Previdência Social; que isso se deu em razão de os direitos previdenciários, tal como a pretendida proteção do menor, estarem fundados em princípios e normas também previstos na Carta Maior; que o aparente conflito no conteúdo da Constituição deve ser resolvido mediante a efetiva ponderação dos valores emergentes das normas aparentemente conflitantes, de tal modo a que ambas recebam sua efetividade plena (fl. 101); que a proteção social é efetivada por intermédio da Seguridade Social, financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos do art. 195 da CF/1988; que o sistema securitário reveste-se de rigorosos critérios, de modo a garantir o seu sucesso, a exemplo do § 5º do art. 195 e do inciso XI do art. 167, da CF (fl. 103), os quais vedam a criação, majoração ou extensão de qualquer benefício ou serviço da Seguridade Social sem a correspondente fonte de custeio, bem como a utilização dos recursos oriundos das contribuições sociais em despesas distintas do pagamento de benefícios do RGPS, de que trata o art. 201 da CF/1988; que os aludidos dispositivos *demonstram a*

*prioridade e a relevância conferidas à Seguridade Social, sobretudo no que toca aos aspectos previdenciários, que têm caráter eminentemente contributivo* (fl. 104), o que justifica a omissão do art. 227 da Carta quanto à expressa referência à proteção previdenciária destinada à criança e ao adolescente; que, nos termos do art. 201 da CF/1988, *para se alcançar o equilíbrio da equação previdenciária é preciso rigor nos critérios de arrecadação e concessão de benefícios, buscando-se também uma justa relação entre os riscos protegidos e os recursos disponíveis sob as perspectivas do presente e do futuro, tudo associado à previsibilidade do sistema* (fl. 105); que, conforme se infere do disposto no art. 227, § 3º, I e II, da CF/1988, *a proteção previdenciária ao menor, refere-se ao menor na idade para o trabalho, e nesse caso já será protegido na qualidade mesmo de segurado e não como dependente* (fl. 106); *que o legislador infraconstitucional operou dentro dos ditames constitucionais ao excluir o menor sob guarda judicial do rol de dependentes do RGPS, mantendo tão somente o enteado e o menor tutelado como equiparados a filho do segurado, para fins previdenciários, e desde que comprovada a dependência econômica* (fl. 110); *que a previsão originária da Lei 8.313/1991 acabou por ensejar muitos abusos por parte dos segurados, que tomavam sob sua guarda menores, cujos pais estavam vivos e dispunham de meios para sustentá-los, muitos deles residindo sob o mesmo teto, com o objetivo único de alcançar uma pensão por morte, desvirtuando assim a proteção ao menor, bem assim fraudando o sistema previdenciário* (fl. 110); que, na figura do enteado e do tutelado, diferentemente do menor sob guarda, é patente a equiparação ao próprio filho do segurado; que a norma previdenciária não viola o princípio da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, da CF/1988, pois a guarda judicial não se assemelha à tutela e à curatela; que *não houve revogação do art. 33, § 3º da Lei 8.069/1990(ECA) pela Lei 9.528/1997, que alterou o art. 16, § 2º, da Lei 8.213/1991, quanto não há antinomia alguma entre uma norma e outra; que ambas vigoram e têm plena eficácia sobre o que dispõem, cabendo acrescentar que a prescrição do art. 33, § 3º do ECA, prevendo a proteção, inclusive para fins previdenciários, refere-se exclusivamente ao adolescente, interpretação esta perfeitamente compatível com o disposto no art. 227, § 3º, incisos I e II, da CF, que garante a proteção trabalhista e previdenciária ao menor, que, por sua vez, deve ser interpretado de acordo com o art. 7º, XXXIII, o qual proíbe o trabalho ao menor, exceto na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos, quando*

então deve lhe ser garantido o acesso ao Regime Geral de Previdência Social, como se empregado fosse (fl. 114). Conclui, a final, que *inexiste incompatibilidade entre o art. 16, § 2º, da Lei nº 8.213/1991 e o ordenamento jurídico pátrio*, motivo pelo qual não pode ser entendida por inconstitucional (fl. 118).

O INSS trouxe, aos autos, notícia de acórdão do egrégio Superior Tribunal de Justiça e de decisão monocrática, do colendo Supremo Tribunal Federal, relacionados à discussão do direito do menor sob guarda judicial à pensão por morte (fls. 144/148).

Redistribuição do feito a esta relatora, em 25/7/2008 (fl. 152), em razão da posse do então relator, Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, no cargo de Presidente desta Corte, para o biênio 2008/2010.

A PRR/1ª Região, em parecer protocolado em 16/10/2008, opina pelo reconhecimento da inconstitucionalidade suscitada neste incidente (fls. 160/167).

É o relatório.

À Presidência do TRF/1ª Região (art. 351, § 3º, do RITRF/1ª Região).

### Voto\*

A *Exmª Srª Desembargadora Federal Assuete Magalhães*: - Como visto no relatório, suscita-se, no presente feito, de forma incidental, a inconstitucionalidade do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991, com a redação dada pela Medida Provisória 1.523, de 11/10/1996, reeditada e convertida na Lei 9.528/1997, que subtraiu, do rol de beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado, o menor sob guarda judicial, o qual, na redação anterior, era equiparado a filho, nas condições do inciso I do referido dispositivo legal.

O presente incidente foi suscitado nos autos de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, na qual visa compelir o INSS a admitir os menores sob guarda judicial como beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na qualidade de dependentes do segurado guardião.

O eminente Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, em seu voto-vista, quando da apreciação da remessa necessária, pela 2ª Turma do TRF/1ª Região, bem delineou a questão a ser posta neste incidente de inconstitucionalidade:

(...) na presente ação civil pública, julgada procedente junto ao primeiro grau da jurisdição, busca o Ministério Público Federal seja compelido o Instituto Nacional do Seguro Social a admitir a inscrição de crianças e adolescentes, sob guarda judicial, como beneficiárias do Regime Geral da Previdência Social, na qualidade de dependentes do segurado. Dos dois fundamentos substantivos da causa de pedir deduzida na lide -necessidade de se reconhecer omissão legislativa na norma inscrita no parágrafo 2º do artigo 16 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, com a redação atribuída pela Lei 9.528, de 10 de dezembro de 1997, de modo que, integrada ao disposto no parágrafo 2º do artigo 33 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, continue admitida a qualidade, dos menores sob guarda judicial, de beneficiários do Regime Geral de Previdência Social: incompatibilidade, com a ordem constitucional, daquele dispositivo, caso outro seja o entendimento-, louvou-se no primeiro deles a ilustre autoridade judiciária singular para acolher o pleito e, com a negativa de provimento à remessa oficial, posicionou-se Vossa Excelência em igual sentido, como fazem ver os fundamentos de seu douto voto.

Tal orientação, contudo, põe-se em manifesto descompasso com a jurisprudência assente no eg. Superior Tribunal de Justiça, retratada, dentre vários outros precedentes, nos arestos a seguir transcritos por suas respectivas ementas:

*Previdenciário. Pensão por morte. Menor sob guarda. Impossibilidade guardião. Óbito ocorrido após A Lei 9.528/1997. Precedentes.*

I. A Egrégia Terceira Seção tem entendimento assente no sentido de que o fato gerador para a concessão do benefício de pensão por morte é o óbito do segurado, devendo ser aplicada a lei vigente à época de sua ocorrência. (REsp 190.793/RN, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 7/8/2000.)

II. Não é possível a concessão da pensão por morte quando o óbito do guardião ocorreu sob o império da Lei 9.528/1997, uma vez que o menor sob guarda não mais detinha a condição de dependente, conforme a lei previdenciária vigente.

III. Não há falar em aplicação do art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do.

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Moreira Alves e Neuza Maria Alves da Silva.

Adolescente, porquanto é norma de cunho genérico, cuja incidência é afastada, no caso de benefícios mantidos pelo Regime Geral da Previdência Social, pelas leis específicas que tratam da matéria.

IV. Precedentes da Quinta e Sexta Turmas.

V. Recurso especial não conhecido (REsp. 497.081/RN, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 6.10.2003, pág. 306).

*Previdenciário. Pensão por morte. Menor sob guarda judicial. Beneficiário. Óbito posterior ap advento da MP 1.523/96. Art. 16, § 2º, da lei 8.213/1991, com redação da lei 9.528/1997.*

I. Em regra, os benefícios previdenciários são regidos pelo princípio *tempus regit actum*.

II. O menor sob guarda judicial, nos moldes do art. 16, §2º da Lei 8.213/1991, não tem direito a perceber pensão por morte se a condição fática necessária à concessão do benefício, qual seja, o óbito do segurado, sobreveio à vigência da Medida Provisória 1.523/1996, posteriormente convertida na Lei 9.528/1997, que alterando o disposto no art. 16, §2º da Lei 8.213/1991, acabou por afastar do rol dos dependentes da Previdência Social a figura do menor sob guarda judicial. Recurso provido

(REsp. 438. 844/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 4.8.2003, pág. 364).

*Previdenciário. Pensão por morte. Menor sob guarda judicial. Beneficiário. Artigo 16, §2º, da lei 8.213/1991. Fato gerador ocorrido após alteração legislativa. MP 1.523/96 e Lei 9.52/1997.*

-Emsededebenefíciosprevidenciários, sua concessão rege-se pelas normas vigentes ao tempo do fato gerador, que, no caso da pensão por morte, é o próprio óbito do segurado instituidor.

- O menor sob guarda judicial não faz jus aos benefícios da Previdência Social em face da alteração introduzida pela Medida Provisória nº 1.523/96, posteriormente convertida na Lei 9.528/1997, que alterou o artigo 16, §2º da Lei 8.213/1991.

- Recurso especial conhecido e provido`

(Resp. 354.240/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 21.10.2002, pág. 414).

*De fato, o parágrafo 3º do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente preconiza, de*

*modo genérico, que a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários, e nesse mesmo sentido se posicionou, especificamente no âmbito do Regime Geral da Previdência Social, o parágrafo 2º do artigo 16 da Lei 8.213, de 1991, em sua primitiva redação, ao equiparar aos filhos, para percepção dos benefícios nele previstos, mediante declaração do segurado, “o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda, e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação”. Com a alteração desse texto por força da Lei 9.528/1997, fruto da conversão da Medida Provisória 1.523/1996 e suas sucessivas reedições, mantendo a equiparação aos filhos, para fins do RGPS, apenas de enteados e menores tutelados, não é possível se pretender, em relação ao menor sob guarda judicial, omissa a disposição posterior e, por via de interpretação, à luz do disposto no preceito protetivo da criança e do adolescente, se lhe atribuir os mesmos sentido e alcance da disposição anterior, como se não houvesse sido ela objeto de qualquer modificação. Se o legislador infraconstitucional, por atuação positiva, específica e proposital, deixou de equiparar a filho, no âmbito do Regime Geral da Previdência Social, o menor sob guarda judicial, o fez com propósito inequívoco de lhe subtrair a qualidade de dependente do segurado, sendo, por óbvio, incompatível com o alcance desse objetivo interpretação da qual resulte mantida esta qualidade.*

*Não é possível, pois, a meu juízo, se confirmar a sentença pelo fundamento que a inspirou, de índole infraconstitucional, restando, assim, indispensável a análise da alegada incompatibilidade, com a ordem constitucional, da vigente redação do parágrafo 2º do artigo 16 da Lei 8.213/1991, no que diz com a exclusão do menor sob guarda do rol dos beneficiários do Regime Geral da Previdência Social.*

Nesse particular, tenho como de expressiva razoabilidade a alegação. Com efeito, o artigo 227 da Lei Fundamental é categórico sobre substanciar *dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e Comunitária*, explicitando seu parágrafo 3º, inciso II, que o direito a essa proteção especial abarcará a *garantia de direitos previdenciários e trabalhistas*. Quer parecer que a alteração legislativa em exame retira do menor sob guarda judicial, dependente do guardião para todos os fins e efeitos de direito, segundo o estatuto protetivo da criança e do adolescente, os direitos previdenciários,

deixando-o, quando seja ele dependente de segurado do Regime Geral da Previdência Social, totalmente ao desamparo da previdência estatal. E decerto não poderá ser justificativa válida, para esse desamparo pela previdência estatal, a de ocorrência de abusos na concessão de guardas, pois se é correta a ponderação de que *os fatos claramente abusivos em detrimento do patrimônio do INSS, que é público, deram o indispensável suporte fático à mudança da lei*, não é menos correta a de que não lhe servem de suporte jurídico, capaz de afastar a nota de incompatibilidade com a ordem constitucional, pois é evidente que abusos devam ser coibidos, inclusive com medidas legislativas para tal fim, não podendo, porém, tais medidas chegar ao ponto de simplesmente suprimirem do menor sob guarda judicial a proteção previdenciária, até porque, se o benefício representa a contrapartida pelas contribuições pagas pelo segurado, não se pode retirar, de quem dele é dependente, o direito de obter essa contrapartida, finalidade mesma da própria Previdência Social.

Em tais condições, Sr. Presidente, tendo por pertinente a invocada incompatibilidade, com a Lei Fundamental, do parágrafo 2º do artigo 16 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, em sua atual redação, no que diz com o menor sob guarda judicial, *e sendo indispensável, a meu sentir, para solução da lide, o controle difuso de constitucionalidade, voto no sentido de que seja suscitado, perante a Corte Especial, o competente incidente de inconstitucionalidade*. (fls. 75/77 – grifos nossos)

Esclareço que a jurisprudência do colendo STF ainda não examinou a questão *sub judice*, ou seja, de inconstitucionalidade da nova norma, em face do princípio da isonomia e do art. 227, *caput*, e § 3º, II e VI, da Carta Constitucional, havendo precedentes apreciando a questão apenas quanto à inexistência de direito adquirido a regime jurídico (RE 461514/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 27/2/2009; RE 472.275/PE, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 27/3/2007).

Já a jurisprudência do egrégio STJ tem analisado a questão do direito de pensão ao menor sob guarda judicial, cujo óbito do instituidor ocorreu após a Lei 9.528/1997, apenas à luz da legislação infraconstitucional, negando-lhe o direito, ante a alteração legislativa, como se esclarece no voto-vista do eminente Desembargador Federal Carlos Eduardo Moreira Alves, a fls. 75/77.

A Lei 8.213/1991, antes da alteração trazida pela Lei 9.528/1997, estabelecia:

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

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

(...)

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

Com a Medida Provisória 1.523, de 11/10/1996, reeditada e convertida na Lei 9.528/1997, o aludido § 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991 assim passou a dispor:

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

Vê-se, pois, que o legislador, na nova redação do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991, suprimiu, intencionalmente, do rol dos beneficiários do RGPS, na condição de dependente do segurado, o menor sob guarda judicial.

Por sua vez, a Constituição Federal, ao tratar da família, da criança, do adolescente e do idoso, determina:

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

(...)

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

(...)

II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

(...)

VI – estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

Ives Gandra Martins, ao tratar do dispositivo constitucional destacado, afirma que:

Família, sociedade e Estado assegurariam – a Constituição fala em deveres e não em faculdade – à criança e ao adolescente – o constituinte acentua com prioridade – direitos naturais fundamentais.

Tais direitos são o direito à vida, o mais essencial direito do homem em sociedade – por essa razão a Constituição veda a pena de morte, a eutanásia e o aborto –, à saúde, à alimentação – direitos de subsistência fundamentais –, à educação, ao lazer, à profissionalização e à cultura – todos relevantes para o desenvolvimento das potencialidades humanas em todas as suas aptidões –, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. São direitos de particular importância para a realização plena do cidadão.<sup>1</sup>(grifos nossos)

Verifica-se, pois, que, em relação à criança e ao adolescente, a Constituição Federal consagra o princípio da proteção integral, cabendo à família, à sociedade e ao Estado o *dever* de, solidariamente, assegurar-lhes tais direitos naturais fundamentais, com absoluta prioridade.

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

Ives Gandra assinala, também, que *tais princípios deveriam, por força do § 1º do art. 5º, ser considerados não só cláusulas pétreas, mas de aplicação imediata*<sup>2</sup>, embora, na prática, o que se observa é que muitas cláusulas essenciais de garantia ainda não foram implantadas, revelando, desse modo, seu caráter programático.

Danielle Perini Artifon, em artigo sobre os aspectos constitucionais da exclusão, da proteção previdenciária, do menor sob guarda judicial, aduz que *o legislador constituinte, como se depreende da leitura do*

*texto constitucional, procurou maximizar a tutela aos direitos individuais e sociais da criança e do adolescente, estabelecendo uma normatização genérica que deve servir de parâmetro e orientação para a atividade legislativa infraconstitucional, nos mais diversos ramos do direito, servindo de pressuposto para qualquer outra manifestação normativa que disponha sobre o assunto, de modo que o legislador ordinário, esmiuçando os preceitos e princípios insertos na Constituição Federal não pode dispor contrariamente a eles e nem limitar seu âmbito de incidência...*<sup>3</sup>, sem autorização da própria Carta Política para tanto, sob pena de se revelarem inconstitucionais referidas normas do legislador ordinário.

José Afonso da Silva, ao analisar as normas constitucionais programáticas e a constitucionalidade das leis, assevera que *aquelas se resolvem, prima facie, num vínculo ao Poder Legislativo, quer lhe assinalem somente certo fim a atingir, quer estabeleçam, desde logo, restrições, limites, observância de certas diretrizes, critérios ou esquemas gerais, para alcançar o escopo proposto.*<sup>4</sup> *Em ambas as hipóteses [sustenta Crisafulli] não há dúvida de que a inobservância das normas constitucionais programáticas por parte do órgão legislativo será motivo de invalidade, total ou parcial, do ato de exercício de seu poder, ou seja, da lei deliberada de modo contrário ou diverso de quanto disposto na constituição. Analogicamente, deve dizer-se, de resto, também nos casos de normas facultativas, quando não tenham sido respeitados os limites e as condições estabelecidos pelas próprias normas.*<sup>5</sup> (grifos nossos)

Yussef Said Cahali, ao comentar o art. 34 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) – que reproduz a norma constitucional consubstanciada no referido inciso VI do § 3º do art. 227 –, afirma:

Em realidade, o legislador, aqui, compromete-se a estimular a guarda como modalidade mais simples e corriqueira, principalmente do menor órfão ou abandonado, de colocação do mesmo em família substituta – ao lado da tutela e da adoção,

<sup>1</sup>BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*: 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999-2001. 8 v., p. 1.044.

<sup>2</sup>Ob. cit., p. 1.063.

<sup>3</sup>ARTIFON, Danielle Perini. *O menor sob guarda e sua exclusão da proteção previdenciária. Aspectos Constitucionais*. Revista de Previdência Social 226/735. São Paulo. Setembro, 1999.

<sup>4</sup>CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1952, pp. 62 e 63.

<sup>5</sup>Idem, p.63.

<sup>6</sup>SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 159.

modalidades mais complexas e menos usuais dessa colocação.

Acalenta-se a esperança de que o menor que caiu na orfandade ou foi relegado ao desamparo ou desprezo no ambiente doméstico encontrará na família substituta o carinho e amparo propícios ao normal desenvolvimento de sua personalidade, vencendo seus conflitos precoces.

A experiência tem demonstrado que a convivência familiar, ainda que no seio de uma família substituta, apresenta vantagens que se sobrepõem – psicológica, moral e economicamente – às soluções buscadas por via de internação em estabelecimentos governamentais e não governamentais, na formação ou recuperação dos menores carentes.

*Daí o aceno, portanto, contido no art. 34, com medidas de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios tendentes a estimular o acolhimento, sob forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.*<sup>7</sup>

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

Ressalte-se, outrossim, consoante preconiza o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que o Juiz deve, na exegese e na aplicação da lei, atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

O fim social da lei previdenciária é proteger os indivíduos acometidos por alguma contingência da vida e que necessitem de uma assistência estatal, a fim de minimizar os efeitos dos infortúnios, de forma a cumprir o Estado o seu papel de assegurar a dignidade da pessoa humana a todos, em especial ao menor, cuja proteção tem absoluta prioridade.

Neste contexto, interessante destacar trecho do voto, embora vencido, do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (STJ), EREsp 844.598/PI, Rel. Ministro

Hamilton Carvalhido, 3ª Seção, maioria, DJe de 17/2/2009), que assinala:

(...)

*V. As crianças e os adolescentes têm de ser protegidos pelo Poder Público e pelas famílias em qualquer circunstância (...). A criança estava sob a guarda do segurado. Não importa que a lei diga que ele não poderia designar. Ele nem precisa designar; ele não era o guardião? A lei deveria dizer que ele não poderia ser o guardião. Ora, ele pode ser o guardião, ter os ônus da guarda, e a criança, sob guarda, não tem as vantagens previdenciárias de uma situação de dependência qualificada pela guarda, e, ainda que não fosse, poderia justificar depois da morte? Essa decisão em contrário, com todo o respeito, com a devida vênia, além de afrontar a Constituição Federal, que estabelece que se dê às crianças o máximo de proteção, é uma recomendação muito antiga. Vem da época de Cícero, pueri debetur maxima reverencia. As crianças merecem o máximo de cuidado, e, no caso, estamos deixando a criança ao desamparo. Já ficou sem a proteção do guardião, sem o amparo moral do guardião, e fica, agora, também, sem a pensão que o guardião pode, legitimamente, deixar.*

É justamente neste intuito – assegurar os meios indispensáveis à manutenção da família, ou, na hipótese discutida, do menor – que o citado art. 16 da Lei 8.213/1991 arrola os beneficiários do RGPS, na condição de dependentes do segurado.

Ocorre que a legislação ordinária não pode restringir, indiscriminadamente, a proteção estatal estabelecida pelo texto constitucional.

*In casu*, como destaca Danielle Perini Artifon, no artigo já mencionado, inexistente qualquer *distinção fática relevante entre a situação do enteado e menor tutelado, por um lado, e do menor sob guarda, por outro, a autorizar que se confira tratamento jurídico diferenciado a este, excluindo-o da condição de dependente e, por conseguinte, tolhendo-lhe a proteção previdenciária. Afinal, a dependência econômica do menor em relação ao segurado mostra-se invariável, seja ele enteado, tutelado ou menor sob guarda.*<sup>8</sup>

Tanto é assim, que a legislação aplicada ao imposto de renda das pessoas físicas – Lei 9.250/95 –

<sup>7</sup>CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 149.

<sup>8</sup>ARTIFON, Danielle Perini. Art. cit.

reconhece a condição de dependente ao menor sob guarda do contribuinte:

Art. 35. Para efeito do disposto nos arts. 4º, inciso III, e 8º, inciso II, alínea c, poderão ser considerados como dependentes:

(...)

*IV - o menor pobre, até 21 anos, que o contribuinte crie e eduque e do qual detenha a guarda judicial;*

*V - o irmão, o neto ou o bisneto, sem arrimo dos pais, até 21 anos, desde que o contribuinte detenha a guarda judicial, ou de qualquer idade quando incapacitado física ou mentalmente para o trabalho; (grifos nossos)*

Ademais, conquanto o instituto da guarda possa eventualmente ser utilizado de maneira desvirtuada – como sustenta o INSS –, para o fim primordial de obtenção do benefício previdenciário, a restrição geral – no caso, com exclusão de todos os menores sob guarda judicial da proteção previdenciária –, não se apresenta como a melhor solução, pois deixa ao desamparo previdenciário inúmeras situações nas quais há dependência econômica merecedora da tutela previdenciária. Ademais, como destacam Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior, na obra *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social, De registrar, porém, que a guarda, como forma de colocação em família substituta que é, pressupõe a orfandade ou a perda do poder familiar pelos pais, não podendo ser entendida como tal a mera situação de dependência econômica com terceiro, como os avós, quando a criança vive com os pais.*<sup>9</sup>

Se eventuais fraudes há, devem ser combatidas pela fiscalização, pela polícia, pelo aparelho preventivo e repressivo que o ordenamento jurídico coloca à disposição do Estado, não com a discriminação odiosa efetuada pela legislação previdenciária ora discutida, que joga, ao desamparo, o menor acolhido no seio de uma família substituta.

Conclui-se, portanto que a discriminação trazida pela nova redação do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991 – ao excluir o menor sob guarda judicial da condição

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

A douta Procuradoria Regional da República da 1ª Região, em parecer da lavra do ilustre Procurador Regional da República Odim Brandão Ferreira, manifestou-se pelo reconhecimento da inconstitucionalidade suscitada, nos seguintes termos, *in verbis*:

(...)

III

O acórdão da Turma parece ter sido muito preciso, ao identificar o problema da tese do INSS: ela está fundada em norma legal inconstitucional e, portanto, não se sustenta.

Segundo o art. 226 da Constituição, a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Com esse pressuposto a Constituição da República determina:

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

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

II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas.

A leitura das normas transcritas parece não deixar sombra de dúvida acerca da patente inconstitucionalidade da nova redação do § 2º, do art. 16 da Lei 8.213/1991, dada pela Lei 9.528/1997. Ao contrário do que corretamente acontecia anteriormente, o legislador ordinário eliminou proteção previdenciária das crianças – à qual estava obrigado por força das normas da Constituição referidas –, ao suprimir a possibilidade de os incapazes, cuja guarda tenha sido judicialmente entregue a parente diverso dos pais, se beneficiem dos planos previdenciários. Ora, se avó e neto

<sup>9</sup>ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da Previdência Social*: Lei 8.213 de 24 de julho de 1991. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 102.

formam família e se a pessoa capaz é segurada da previdência social, parece ululantemente óbvio que o legislador ordinário não poderia ter excluído essa espécie de incapaz da proteção previdenciária estatal.

Aliás, quando a nova redação da lei limitou a proteção constitucional do art. 227, § 3º, II, aos incapazes da família sujeitos à tutela, mas não assim aos sujeitos apenas à guarda de parente diverso dos pais, ela terminou por ofender o princípio da isonomia do caput do art. 5º da Constituição. Afinal de contas, entre as vozes mais autorizadas da Metodologia Jurídica contemporânea<sup>10</sup> formou-se o consenso de que a igualdade entre seres humanos portadores de características essencialmente iguais constitui a exigência básica de toda ordem jurídica, na tentativa de realização de qualquer projeto de Justiça. Por outras palavras, não se pode dispensar tratamento diversificado a duas pessoas iguais nos aspectos essenciais a serem considerados.

Ora, do ponto de vista essencial – não da denominação do instituto jurídico sob o qual vivem, os incapazes sujeitos à guarda de outrem necessitam dos mesmos cuidados e da mesma proteção estatal – leia-se previdenciária pública – que a lei inconstitucional, perde-se a contradição em termos, dispensa aos tutelados. Logo, o legislador ordinário não poderia ter-se valido dessa diferença acessória como marco para excluir certos menores e incluir outros no âmbito da proteção que a República concede às pessoas que a compõem. Onde uma segunda causa autônoma e suficiente de invalidade da norma invocada pelo INSS para negar a pretensão do impetrante.

Com a declaração de inconstitucionalidade da nova redação da lei, abrem-se duas possibilidades técnicas, para a resolução do caso. Ou se considera configurada situação de vácuo normativo, ou, ao revés, há de se concluir pela continuidade da vigência da lei velha, revogada pela inconstitucional.

O afastamento da norma inconstitucional implica, no caso, a concessão da ordem, pois, em princípio, o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei revocatória revela que o direito anterior jamais deixou de vigor. Essa solução, inconfundível com a repristinação<sup>11</sup>, encontra-se

<sup>10</sup> Cf., por todos, LARENZ. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 5. Aufl., Berlin: Springer, 1983, p. 166 - tópico "Acerca da discussão jusfilosófica sobre a Justiça".

<sup>11</sup> O fenômeno não pode ser designado por repristinação; há nisso um equívoco, conquanto apenas terminológico. Não se trata de repristinação, pois esta pressupõe validade do poder revocatório da norma repristinadora, algo inverso do que se dá na hipótese da norma declarada inconstitucional. Aliás, ocorre o contrário

hoje expressa no art. 11, § 2º, da Lei 9.868/1999, que regula a ação direta de inconstitucionalidade: a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário<sup>12</sup>. Acerca do ponto, Jörn Ipsen afirmou:

Evidência dogmática: continuidade da vigência do direito antigo.

A declaração de nulidade de uma lei, segundo a concepção aqui defendida, significa que ela não pode incorporar-se ao ordenamento jurídico e, por isso, não desenvolve nenhuma eficácia normativa. Em consequência do dogma da norma declarada nula. Maurer acentua, com razão, que não se trata da questão de saber se o direito antigo torna-se 'novamente' eficaz, mas, sim, se ele 'ainda' é eficaz. É de acrescentar a isso apenas que, com esse modelo não se descreve a realidade, mas empreende-se uma tentativa de tratar dogmaticamente a realidade, e isso não significa algo diverso que harmonizar o ser e o dever ser. Se se leva em consideração que aqui se pensa em categorias normativas, então a evidência dogmática da continuidade do direito antigo, enquanto o novo for inconstitucional, é pouco discutível.

Como princípio vale, por isso, que o direito antigo permanece intocado e continua a vigor, na medida em que a lei alteradora, inconstitucional<sup>13</sup>.

---

nesses casos: a norma antiga rege o caso, precisamente porque a pretensamente revocatória é nula e, em princípio, não a privou de eficácia. Não se trata, pois, de declarar que a supressão da norma revocatória traz de volta à vida a revogada, mas de reconhecer que a norma aparentemente revocatória, de fato, nunca lhe restringiu a vigência.

<sup>12</sup> Curioso que a Lei 9.868 disponha nesse sentido, no que tange à liminar, mas não repita a disposição na decisão de mérito, apesar de o art. 27 daquela mesma lei admitir a limitação da eficácia do provimento declaratório de inconstitucionalidade.

<sup>13</sup> Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt. I. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 1980, p. 258: "Dogmatische Evidenz: Fortgeltung des alten Rechts. Die Nichtigerklärung eines Gesetzes besagt nach der hier vertretenen Auffassung, daß es der Rechtsordnung nicht zugerechnet werden kann und deshalb keine Geltung entfaltet hat. In der Konsequenz des Nichtigkeitsdogmas liegt es, daß an die Stelle der für nichtig erklärten Norm das alte Recht tritt. Maurer hat zu Recht betont, daß es nicht um die Frage gehe, ob das alte Recht 'wieder' wirksam werde, sondern zu fragen sei, ob es 'noch' wirksam sei. Hinzuzufügen ist dem lediglich, daß mit diesem Erklärungsmodell nicht Realität beschrieben, sondern der Versuch unternommen wird, Realität dogmatisch zu verarbeiten, und das bedeutet nichts anderes, als Sein und Sollen zu harmonisieren. Berücksichtigt man also, daß hier in normativen

*Vê-se, portanto, que, para Ipsen, não há outra saída senão admitir que o direito antigo, aparentemente revogado por lei inconstitucional, permaneceu em vigor, desde a sua edição.*

A inexorabilidade da retomada da eficácia da lei revogada como decorrência da declaração de inconstitucionalidade da lei revocatória não é correta, malgrado o tom peremptório da doutrina brasileira na proclamação desse equívoco<sup>14</sup>. Há pelo menos uma hipótese na qual se há de reconhecer o contrário, como argumentamente notado por Klaus Schlaich:

O contrário pode ocorrer no caso único da lei de reforma: nela pode ficar expresso que o legislador não desejou apenas melhorar o direito antigo, mas aboli-lo, de qualquer modo, e isso com certeza, mesmo no caso em que a nova regulamentação, por ser inconstitucional, não devesse vingar. Se o desejo do legislador de revogar a situação jurídica antiga for eficaz (competência, processo e tudo o mais constitucional), então a lei de reforma, na sua nova regulamentação ineficaz (portanto, parcialmente nula), ainda tem esse efeito de revogar a disciplina antiga. Assim, dada a ausência de validade da nova regulamentação, não há nenhuma regulamentação<sup>15</sup>.

---

Kategorien gedacht wird, so läßt sich die dogmatische Evidenz der Weitergeltung alten Rechts, sofern das neue verfassungswidrig ist, kaum bestreiten. Als Grundsatz darf deshalb gelten, daß altes Recht in seiner normativen Geltung unberührt bleibt und fortgilt, sofern das Änderungsgesetz verfassungswidrig ist".

<sup>14</sup> Cf. o apanhado da doutrina no voto do Min. Celso de Mello na ADIn 2.215: "... a declaração de inconstitucionalidade *in abstracto*, de um lado, e a suspensão cautelar de eficácia do ato reputado inconstitucional, de outro, importam [...] restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato. Esse entendimento – hoje expressamente consagrado em nosso sistema de direito positivo (Lei 9.868/1999, art. II, § 2º) –, além de refletir-se no magistério da doutrina (Alexandre de Moraes, "Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais", p. 272, item n. 6.2.1, 2000, Atlas; Clèmerson Merlin Clève, "A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro", p. 249, 2ª ed., 2000, RT; Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, "Comentários à Constituição do Brasil", vol. 4, tomo III/87, 1997, Saraiva; Zeno Veloso, "Controle Jurisdicional de Constitucionalidade", p. 213/214, item n. 212, 1999, Cejup) também encontra apoio na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal...". A ideia também parece desenvolvida por Luis Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da constituição*, 3. ed., Saraiva, p. 92-93, sem ressalvas: "a premissa da não admissão dos efeitos válidos decorrentes do ato inconstitucional conduz, inevitavelmente, à tese da repristinação da norma revogada. É que, a rigor lógico, sequer se verificou a revogação no plano jurídico".

<sup>15</sup> KLAUS SCHLAICH, *Das Bundesverfassungsgericht*, i. Aufl., München: Beck, 1985, p. 193: "Das Gegenteil kann sich aber im

Nem mesmo essa ressalva se aplica ao caso, dado que, em se tratando de obrigação constitucional de proteção à família e aos menores, o legislador ordinário não poderia optar validamente pela pura e simples supressão do direito. Por outras palavras, uma vez que o legislador estava obrigado a proteger os incapazes, não lhe era dada alternativa, sobretudo a de deixar todas as categorias de menores fora da proteção do sistema previdenciário.

Ora, diante do reconhecimento de que a redação original do § 2º aludido jamais sofreu alteração legislativa, segue-se que o impetrante faz jus ao que postula, porque preencheu os requisitos da lei vigente ao tempo do óbito da instituidora do benefício.

Até aqui, isonomia e proteção ao menor foram tidas como simples peças de retórica jurídica. Por certo, o Judiciário não as aviltará a isso: ao contrário, mostrará que se trata, na verdade, de normas da mais alta hierarquia no nosso ordenamento e que, portanto, não podem ser desrespeitadas por ninguém. Essa, a esperança do Ministério Público Federal.

#### IV

*Em face do exposto, o Ministério Público Federal opina por que se reconheça a inconstitucionalidade suscitada neste incidente. (fls. 162/167 – grifos nossos)*

Por fim, frise-se que a manutenção do menor sob guarda judicial como beneficiário do RGPS, na condição de dependente do segurado, não viola os arts. 167, XI, e 195, § 5º, da CF/1988, porquanto o guardião, efetivamente, contribuiu para que seus dependentes pudessem usufruir de tal benefício e, exatamente por tal razão, o benefício de pensão – observado o caráter contributivo da Previdência Social, consagrado no art. 201 da CF/1988 –, era deferido, anteriormente à alteração legislativa ora impugnada, ao menor sob guarda judicial, dependente do segurado.

---

Einzelfall aus dem Reformgesetz ergeben: Es kann zum Ausdruck bringen, daß der Gesetzgeber den alten Zustand nicht lediglich verbessern, sondern auf jeden Fall abschaffen wollte und dies mit Sicherheit auch für den Fall, daß die neue Regelung mangels Verfassungsmäßigkeit nicht wirksam zustande gekommen sein sollte. Ist der gesetzgeberische Wille, den alten Rechtszustand aufzuheben, wirksam (Kompetenz, Verfahren und auch sonst verfassungsmäßig), so hat das in seiner Neuregelung unwirksame (also teilnichtige) Reformgesetz doch diese Wirkung, die alte Regelung aufzuheben. Dann existiert mangels Gültigkeit der neuen Regelung vorerst gar keine Regelung".

Portanto, à luz da doutrina e da jurisprudência do colendo STF, invocadas no douto parecer ministerial, declarada a inconstitucionalidade do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991, com a redação dada pela Medida Provisória 1.523, de 11/10/1996, reeditada e convertida na Lei 9.528/1997, na parte em que excluiu o menor sob guarda judicial do rol de beneficiários do INSS, como dependente do segurado guardião, a consequência jurídica é a de que o direito anterior, ou seja, a antiga redação do aludido § 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991 – que inclui o menor sob guarda judicial como dependente do segurado –, jamais deixou de vigor, porque pretensamente revogada por legislação ordinária inconstitucional, e, em consequência, nula.

Vale citar, aqui, por oportuno, o ensinamento do eminente Ministro Celso de Mello, na ADI/2215/PE:

*Sabemos que a supremacia da ordem constitucional traduz princípio essencial que deriva, em nosso sistema de direito positivo, do caráter eminentemente rígido de que se revestem as normas inscritas no estatuto fundamental.*

Nesse contexto, em que a autoridade normativa da Constituição assume decisivo poder de ordenação e de conformação da atividade estatal - que nela passa a ter o fundamento de sua própria existência, validade e eficácia -, nenhum ato de Governo (Legislativo, Executivo e Judiciário) poderá contrariar-lhe os princípios ou transgredir-lhe os preceitos, sob pena de o comportamento dos órgãos do Estado incidir em absoluta desvalia jurídica.

(...)

Cumprir enfatizar, por necessário, que, não obstante essa pluralidade de visões teóricas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - apoiando-se na doutrina clássica (Alfredo Buzaid, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 132, item n. 60, 1958, Saraiva; Ruy Barbosa, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, vol. IV/135 e 159, coligidos por Homero Pires, 1933, Saraiva; Alexandre de Moraes, *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*, p. 270, item n. 6.2.1, 2000, Atlas; Elival da Silva Ramos, *A Inconstitucionalidade das Leis*, p. 119 e 245, itens ns. 28 e 56, 1994, Saraiva; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *A Teoria das Constituições Rígidas*, p. 204/205, 2ª ed., 1980, Bushatsky) - ainda considera revestir-se de nulidade a manifestação do Poder Público em situação de conflito com a Carta Política (RTJ 87/758 - RTJ 89/367 - RTJ 146/461 - RTJ 164/506, 509).

(...)

Mostra-se inquestionável, no entanto, a despeito das críticas doutrinárias que lhe têm sido feitas (Celso Ribeiro Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, 4º vol., tomo III/87-89, 1997, Saraiva; Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, p. 147, 2ª ed., Ministério da Justiça, 1997, reimpressão fac-similar, v.g.), que o Supremo Tribunal Federal vem adotando posição jurisprudencial, que, ao estender a teoria da nulidade aos atos inconstitucionais, culmina por recusar-lhes qualquer carga de eficácia jurídica.

(...)

Já se afirmou, no início desta decisão, que a declaração de inconstitucionalidade in abstracto, de um lado, e a suspensão cautelar de eficácia do ato reputado inconstitucional, de outro, importam - considerado o efeito repristinatório que lhes é inerente - em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato.

Esse entendimento - hoje expressamente consagrado em nosso sistema de direito positivo (Lei 9.868/1999, art. 11, § 2º) -, além de refletir-se no magistério da doutrina (Alexandre de Moraes, *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*, p. 272, item n. 6.2.1, 2000, Atlas; Clèmerson Merlin Clève, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 249, 2ª ed., 2000, RT; Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 4, tomo III/87, 1997, Saraiva; Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 213/214, item n. 212, 1999, Cejup), também encontra apoio na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, desde o regime constitucional anterior (RTJ 101/499, 503, *Rel. Min. Moreira Alves - RTJ 120/64, Rel. Min. Francisco Rezek*), vem reconhecendo a existência de efeito repristinatório nas decisões desta Corte Suprema, que, em sede de fiscalização normativa abstrata, declaram a inconstitucionalidade ou deferem medida cautelar de suspensão de eficácia dos atos estatais questionados em ação direta (RTJ 146/461-462, *Rel. Min. Celso de Mello - ADI 2.028-DF, Rel. Min. Moreira Alves - ADI 2.036-DF, Rel. Min. Moreira Alves*).

O sentido e o alcance do efeito repristinatório foram claramente definidos, em texto preciso, por Clèmerson Merlin Clève (*A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 249/250, 2ª ed., 2000, RT), cuja autorizada lição assim expôs o tema pertinente à restauração de eficácia do ato declarado inconstitucional, em sede de controle abstrato, ou objeto de suspensão cautelar de aplicabilidade, deferida em igual sede processual:

Porque o ato inconstitucional, no Brasil, é nulo (e não, simplesmente, anulável), a decisão judicial que assim o declara produz efeitos repristinatórios. Sendo nulo, do ato inconstitucional não decorre eficácia derogatória das leis anteriores. A decisão judicial que decreta (rectius, que declara) a inconstitucionalidade atinge todos os 'possíveis efeitos que uma lei constitucional é capaz de gerar', inclusive a cláusula expressa ou implícita de revogação. Sendo nula a lei declarada inconstitucional, diz o Ministro Moreira Alves, 'permanece vigente a legislação anterior a ela e que teria sido revogada não houvesse a nulidade.(ADI 2215/PE, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 26/4/2001- parte dos grifos é nossa)

Em face de todo o exposto, acolho a arguição de inconstitucionalidade do §2º do art. 16 da Lei 8.213/1991, com a redação dada pela Medida Provisória 1.523, de 11/10/1996, reeditada e convertida na Lei 9.528/1997, na parte em que excluiu o menor sob guarda judicial do rol dos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado (*o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda*).

É o voto.



# Corte Especial

## Mandado de Segurança 2006.01.00.020524-7/GO

Relator:	Desembargador Federal Mário César Ribeiro
Impetrante:	Marco Antonio Carneiro
Advogado:	Dr. Marco Antonio Carneiro
Impetrado:	Presidente do Tribunal Regional Federal da Primeira Região
Interessado:	Cloves Barreto e outros
Litisconsorte Passivo:	Valdilene Barbosa Cunha dos Santos
Advogado:	Dr. Angelo Maia Prisco Teixeira
Litisconsorte Passivo:	Luciana Toratani Ofugi
Advogado:	Dr. <sup>a</sup> Soraia Ofugi Rodrigues e outros
Litisconsorte Passivo:	Kaue Rodrigues Vieira
Advogado:	Dr. Gilberto Garcia Gomes e outros
Litisconsorte Passivo:	Elizeu do Carmo Souza
Litisconsorte Passivo:	Andre Gustavo Grisolia
Litisconsorte Passivo:	Valter Pipino Sobrinho
Advogado:	Dr. João Augusto Corrêa de Almeida Filho
Publicação:	e-DJF1 de 21/9/2009, p.222.

### Ementa

*Mandado de Segurança. Concurso Público/TRF 1ª Região/2006. Candidatos portadores de deficiência. Reservas de vagas. Lei 8.112/1990, artigo 5º, § 2º. Decreto 3.298/1999. Resolução 155/1996 – CJF. Limites mínimo e máximo. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Princípio da isonomia. Segurança denegada.*

I. A Lei 8.112/1990, artigo 5º, § 2º, que assegura às pessoas portadoras de deficiência o direito de se inscreverem em concursos públicos, reservou a essas pessoas o percentual máximo de até 20 (vinte por cento) das vagas oferecidas no certame.

II. Coube ao Decreto 3.298/1999 a regulamentação da matéria, ao estipular o percentual mínimo de vagas, ou seja – 5% – e que, resultando a aplicação desse percentual em número fracionado, será este arredondado para o primeiro número inteiro subsequente.

III. No âmbito da Justiça Federal de Primeiro e Segundo Graus, a matéria foi disciplinada por meio da Resolução 155/1996, do Conselho da Justiça Federal, antes da edição do decreto regulamentador, dele discrepando quando preconiza que se a aplicação dos percentuais legais resultar “*fração menor do que 0,5 (meio)*” será arredondado “*para o número inteiro imediatamente inferior*”.

IV. A questão do “*arredondamento*” já foi sedimentada por decisão plenária do Supremo Tribunal Federal (RE 227.299-1/MG, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 6.10.2000), no sentido de que existindo fração “*na forma do Decreto 3.298/1999, deve ser elevada ao primeiro número inteiro subsequente*”.

V. Essa orientação, que pendurou até 2007, foi revista por ocasião do julgamento do MS 26.310-5/DF (rel. Min. Marco Aurélio, DJ 31.10.2007), evoluiu, em nome do tratamento igualitário preconizado no princípio constitucional da isonomia, passando a reconhecer que todos os candidatos deverão concorrer em igualdade de condições, devendo “*a reserva de vagas para portadores de deficiência*” ser feita “*nos limites da lei e na medida da*

*viabilidade consideradas as existentes” e “afastada a possibilidade de, mediante arredondamento, majorarem-se as percentagens mínima e máxima previstas”.*

VI. Forçoso concluir, ante a lógica do raciocínio exposto, que não é razoável, com o objetivo de emprestar ao candidato portador da deficiência *“tratamento igualitário na medida de suas desigualdades”*, fazer *“tabula rasa”* do percentual máximo fixado pela própria Lei 8.112/1990, - ou seja - *até 20% (vinte por cento)* das vagas existentes em concurso público, sendo certo que admitir-se o contrário constitui, por certo, lamentável equívoco, tendo por consequência o descumprimento do percentual (no caso, máximo) estabelecido na legislação da espécie, incumbência que lhe coube por força do inciso VIII do artigo 37 da Carta Magna.

VII. Caso em que, aplicando-se o percentual estabelecido no Edital do Concurso de 2006 do TRF/1ª Região – 5% – do total de vagas, por localidade, o resultado fracionário não permite destinar as únicas vagas aos portadores de deficiência, sob pena de ser ultrapassado o percentual máximo de vagas para portadores de deficiência (20%). Segurança denegada.

## Acórdão

Decide a Corte Especial deste TRF da 1ª Região, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto do relator.

Corte Especial do TRF 1ª Região - 20/8/2009.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, relator

## Relatório

O Exmo. Sr. Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*: – Trata-se de Mandado de Segurança (fls. 2/34), com pedido de liminar, impetrado por *Marco Antonio Carneiro* contra ato deste Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região proferido nestes termos:

Indefiro o pedido formulado pelo candidato *Marco Antônio Carneiro*, habilitado no concurso público realizado por este Tribunal na localidade de Goiânia/GO, no sentido de ser nomeado para as Subseções Judiciárias de Guanambi, Paulo Afonso, Eunápolis, Ji-Paraná, Sinop e Barreiras, na condição de candidato portador de deficiência física, por falta de amparo legal” (cf. fl. 62).

Sustenta o Impetrante, em síntese, que:

*“foi aprovado no concurso do TRF – 1ª Região, na cidade de Goiânia/GO, restando classificado na lista como portador de deficiência (doc. anexa), para o cargo de Analista Judiciário, Área Judiciária, especialidade execução de mandados, homologado em 12/6/2002 e prorrogado até a data de 12/6/2006;*

*“independente da localidade para onde foram classificados, foram oferecidos a todos os concursados do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (conforme editais em anexo) até o momento 27 (vinte*

*e sete) cargos de Analista Judiciário (especialidade execução de mandados), respectivamente nas cidades (...);”*

*“o número de cargos oferecidos e acima citados se mostra eficiente para gerar uma vaga de portador de deficiência, conforme a legislação e jurisprudência pátrias”;*

*“é o único portador de deficiência que se habilitou para os referidos cargos (documentação anexa), solicitou administrativamente o seu direito à Presidência do Tribunal (doc. anexo) mas, não teve seus direitos observados pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da Primeira Região, que não reservou cargo destinado a portador de deficiência, ferindo assim, direito líquido e certo do postulante, conforme legislação e jurisprudência dominante nos Tribunais pátrias, e o próprio edital do concurso”;*

*“o candidato portador de deficiência física concorre em condições de igualdade com os demais não-portadores, na medida das suas desigualdades”, caso contrário, “a garantia de reserva de vagas nos concursos para provimento de cargos públicos aos candidatos deficientes não teria razão de ser, a interpretação restritiva do Tribunal Regional da Primeira Região, que oferece as referidas vagas a todos os concursados, onde o Impetrante é único portador de deficiência a se inscrever fere frontalmente o espírito da proteção visada pelo legislador pátrio, conquanto a minguia de regulamentação específica”;*

é o “único entre os deficientes físicos a se habilitar”, devendo “ocupar uma das vagas ofertadas ao cargo de Analista Judiciário – especialidade Execução de Mandados, para que seja efetivada a vontade inculpada no art. 37, § 2º do Decreto 3.298/99”;

“não se pode considerar as vagas por localidades, pois são ofertadas a todos os concursados da Primeira Região em claro detrimento aos portadores de deficiência”;

“o que deve ser feito é a nomeação alternada de um e outro, até que seja alcançado o percentual limítrofe de vagas oferecidas pelo Edital a esses últimos, número este já alcançado num total de 27 vagas”.

Por Decisão de fl. 151 foi determinada a reserva de uma vaga para o Impetrante, “a ser eventualmente ocupada, na hipótese de êxito”.

As informações foram prestadas as fls. 164/168.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem de segurança (fls. 177/183).

Por despacho de fl. 184, foi solicitada a inclusão dos presentes autos na pauta de julgamento do dia 7.12.2006 e, por despacho de fl. 185, diante da ausência de citação dos litisconsortes passivos necessários, que poderão ser afetados pela concessão da segurança, foi convertido o julgamento em diligência.

Expedidos os Ofícios. 791 à 802, 806 à 811, 817 à 822, 824 à 828 e 850 à 854, para citação dos litisconsortes passivos necessários em 20.03.2007 (fls. 198/235).

*André Gustavo Grisólia, Eliseu do Carmo Souza e Valter Pipino Sobrinho* apresentaram contestação suscitando, em síntese, a ilegitimidade dos contestantes e, no mérito, a inexistência de direito líquido e certo do Impetrante; requerendo, ao final, a denegação da segurança e a sua condenação no pagamento das custas e dos honorários advocatícios (fls. 237/241).

*Kauê Rodrigues Vieira* apresentou contestação sustentando, também, a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo do mandado de segurança e, no mérito, a denegação da segurança, requerendo, também, a condenação do Impetrante nos honorários advocatícios e custas (fls. 261/266).

*Luciana Toratani Ofugi* apresentou contestação sustentando, preliminarmente, a impossibilidade de utilização do Mandado de Segurança para o exercício do direito vindicado; a inexistência de litisconsórcio

passivo necessário em relação à contestante e, no mérito, a denegação da segurança (fls. 268/275).

*Valdilene Barbosa Cunha do Nascimento* apresentou contestação, sustentando, também, a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da demanda e, no mérito, a denegação da segurança (fls. 325/333).

Certidão de cumprimento da determinação de citação dos litisconsortes (fls. 352/353).

Com vistas, o Ministério Público Federal ratificou seu parecer de fls. 177/183 (fl. 358).

Despacho determinando a Citação por Edital dos litisconsortes passivos necessários que não foram localizados (fl. 360).

Expedido o Edital de Citação (fls. 363/364), o Impetrante, por Petição de fls. 366/367, requereu o deferimento de pedido de Justiça Gratuita, deferido por Despacho de fl. 378.

Por Petição de fls. 380/390, o Impetrante ofereceu “impugnação às informações prestadas pela autoridade coatora, bem como às contestações dos litisconsortes passivos”, requerendo, ao final, a concessão da segurança e prioridade no seu julgamento.

Os demais litisconsortes não se manifestaram sobre o pedido exordial, conforme Certidão de fl. 391.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Desembargador Federal *Mário César Ribeiro* – Consta dos autos que o Impetrante – *Marco Antônio Carneiro* – inscreveu-se no Concurso Público realizado por este Tribunal, em 2006, visando ocupar uma das vagas oferecidas em *Goiânia/GO*, para o Cargo de Analista Judiciário/Especialidade Execução de Mandados, na reserva destinada a portadores de deficiência.

Homologado o resultado do aludido concurso, classificaram-se 93 candidatos para a Cidade de *Goiânia/GO*, dentre os quais 2 (dois) candidatos portadores de deficiência: *Otaci Silva*, na 92ª posição e

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Luciano Tolentino Amaral, Cândido Ribeiro, Hilton Queiroz, Daniel Paes Ribeiro, Selene Maria de Almeida, Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Leomar Barros Amorim de Sousa e Neuza Maria Alves da Silva).

Marco Antônio Carneiro, ora Paciente, na 93ª Posição, conforme divulgado no Diário Oficial de 17.4.2002 (fl. 164).

No momento da homologação do referido certame, não existia nenhuma vaga para a localidade escolhida pelo Impetrante.

Posteriormente, na medida em que foram surgindo vagas (em Goiânia e em outras localidades), por meio dos competentes editais, estas foram sendo oferecidas para os candidatos habilitados que tivessem “interesse em concorrer” para preenchê-las (cf. Editais de fls. 57/132).

O Impetrante junta cópia de 6 requerimentos (fls. 133/138), onde postula inscrição para as seguintes localidades:

- 1 vaga em Rondonópolis/MT (fl. 133);
- 1 vaga em Campo Formoso/BA (fl. 134);
- 2 vagas em Juazeiro/BA (fl. 135);
- 1 vaga em Jequié/BA (fl. 136);
- 2 vagas para Itabuna/BA (fl. 137) e
- 2 vagas para Vitória da Conquista/BA (fl. 138).

Em 27.3.2006, considerando que “foram oferecidas a todos os concursados do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (...) até o momento, 18 (dezoito) cargos (...) na especialidade escolhida”, entendendo ser o total de vagas “suficiente para gerar uma vaga de portador de deficiência”, requereu o deferimento “de sua nomeação para um dos Cargos acima citados” (cf. fls. 137/147).

Em 7.6.006, considerando já terem sido nomeados então 27 (vinte e sete) cargos de analista na Especialidade de Execução de Mandados, impetrou o presente Mandado de Segurança, sob o mesmo fundamento, salientando, basicamente, ser inadmissível o “argumento de que seria matematicamente impossível promover a reserva de vagas para deficientes, quando o número total de cargos vagos disponíveis no certame não ultrapassa um mínimo não passível de resultar em fracionamentos inviabilizadores e abstratos, como, v.g., destinar até 20% das vagas dentro de um universo de uma ou duas para cada cargo objeto do certame”, por isso que tal postura implicaria “em alijar, prematuramente, inúmeros candidatos deficientes da via democrática do concurso público” (fls. 31/32).

A Autoridade Impetrada prestou as seguintes informações:

*O impetrante submeteu-se ao concurso público realizado em 2001 por este Tribunal em convênio com a Fundação Carlos Chagas, na categoria funcional de Analista Judiciário/Área Judiciária/Especialidade Execução de Mandados, Seção Judiciária do Estado de Goiás, na cidade de Goiânia – GO, na condição de deficiente físico, tendo sido aprovado e classificado na 93ª posição, conforme resultado divulgado no Diário Oficial de 17/4/2002.*

*Consoante documento 01, em anexo, verifica-se que foram aprovados, justamente, 93 (noventa e três) candidatos na categoria de Analista Judiciário/Área Judiciária/Execução de Mandados, para a localidade de Goiânia/GO, entre os quais 2 (dois) são portadores de deficiência: Otaci Silva, na 92ª posição, e o impetrante, na 93ª posição.*

*Inicialmente, é mister registrar que, no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, a matéria posta em relevo encontra-se disciplinada na Lei 8.112/1990 e regulamentada pela Resolução 155, de 26 de fevereiro de 1996, do Conselho da Justiça Federal.*

*A Lei 8.112/1990 dispõe, em seu artigo 5º, § 2º, que às pessoas portadoras de deficiência serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.*

*Por sua vez, a Resolução 155/1996/CJF, no artigo 2º, parágrafo único, disciplina o direito que ora se discute e o procedimento a ser utilizado em casos de ocorrência de números fracionários no estabelecimento do número de vagas reservadas, nos seguintes termos:*

*Art. 2º. No edital de abertura do concurso, deverão ser reservadas às pessoas portadoras de deficiência até 20% (vinte por cento) das vagas nele oferecidas, ou das que vierem a surgir no prazo de validade do concurso.*

*Parágrafo único. Na definição do número de vagas decorrente da aplicação do percentual a que se refere o caput deste artigo, utilizar-se-á arredondamento para o número inteiro imediatamente inferior, em frações menores do que 0,5 (cinco décimos) e para imediatamente superior, em frações maiores ou iguais a 0,5 (cinco décimos). (grifei).*

*Convém ressaltar, outrossim, que o edital de abertura do referido concurso, na parte que trata das inscrições para candidatos portadores de deficiência,*

prevê a reserva de vagas por cargo e localidade, *senão vejamos*:

III – Das inscrições para candidatos portadores de deficiência

1 – Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de inscrição no presente concurso para preenchimento das vagas nas Categorias Funcionais/Áreas/Especialidades cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras, *sendo reservadas 5% (cinco por cento) das vagas oferecidas em cada Categoria Funcional, Área, Especialidade e Localidade*, obedecidas as disposições do parágrafo 2º do artigo 5º da Lei 8.112/1990 e da Lei 7.853/1989 e regulamentos.

*Das normas acima transcritas, depreende-se que o percentual a ser observado para nomeação de candidatos deficientes incide sobre o quantitativo de cargos existentes na localidade para a qual o candidato foi aprovado, ou sobre os que surgirem no prazo de validade do concurso.*

*Nesse ponto, impende destacar que, por ocasião da abertura do aludido certame, não havia cargo vago na categoria funcional escolhida pelo impetrante, uma vez que os candidatos prestaram o concurso para o cadastro reserva, vale dizer, seriam nomeados nas vagas que surgissem posteriormente na localidade de Goiânia.*

*Ocorre que, após a publicação do edital, surgiram 3 (três) cargos vagos de Analista Judiciário/Área Judiciária – Especialidade Execução de Mandados, na sede da Seção Judiciária de Goiás, sendo nomeados os candidatos Manoel Carnaúba de Paiva (2º lugar), Ecio José Rodrigues da Silva (5º lugar) e Alice Plácido Borges (6º lugar), tendo em vista que os candidatos Liana Antunes Vieira (1º lugar), Elmiro Ivan Barbosa de Souza (3º lugar) e Cláudia Marques de Oliveira (4º lugar) desistiram das respectivas nomeações (doc. 2).*

*Cabe esclarecer, igualmente, que a aplicação do arredondamento previsto na resolução acima referida somente ocorre em relação às vagas existentes no edital de abertura do concurso, sendo realizado, portanto, uma única vez, pois, do contrário, estar-se-ia aumentando o número de vagas sem a imprescindível previsão legal.*

*No caso do referido concurso, considerando que o percentual de reserva de vaga era de 5%, seriam contemplados pelo benefício do arredondamento contido no parágrafo único do artigo 2º da Resolução 155/CJF os candidatos portadores de deficiência que se inscreveram para os cargos cujo número de vagas estipuladas no edital, por localidade, era igual ou superior a 10, uma vez que o arredondamento é*

para o número inteiro imediatamente superior à frações maiores ou iguais a 0,5. Os demais candidatos amparados pela reserva de vagas seriam convocados para preencher as 20ª, 40ª, 60ª vagas e assim sucessivamente, a fim de se atender ao percentual estipulado no edital do certame.

*Caso se aplicasse o raciocínio do candidato, ter-se-ia de convocar candidatos deficientes para ocupar as vagas de número 10, 20, 30, etc., o que corresponderia ao percentual de 10%, o dobro do previsto no aludido edital.*

Por derradeiro, é importante ressaltar o entendimento na esfera judicial no que concerne às normas editalícias, consignado na ementa do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 9.958/TO (ST) – DJ de 15/5/2000):

(...)

Segundo estatuí o brocardo jurídico: ‘o edital é a lei do concurso’. Desta forma, estabelece-se um vínculo entre a Administração e os candidatos, igualmente ao descrito na Lei de Licitação Pública, já que o escopo principal do certame é propiciar a toda a coletividade igualdade de condições no ingresso ao serviço público. Pactuam-se, assim, normas preexistentes entre os dois sujeitos da relação editalícia. De um lado a Administração. De outro os candidatos. Qualquer mudança significativa na avença deve levar em consideração todos os participantes inscritos e previamente habilitados, *não sendo possível estabelecer-se distinção entre uns e outros, após a edição do edital*. Desta forma, compete ao Administrador estabelecer condutas lineares, universais e imparciais, sob pena de fulminar todo o concurso, oportunidade em que deverá estipular nova sistemática editalícia para regular o certame. (...).

*Portanto, não se pode conceder outros privilégios não previstos em lei para os candidatos portadores de deficiência em detrimento dos demais candidatos.*

*Diante do exposto, nota-se que não houve prática de ato que possa vir a ser considerado ilegal. O ato praticado observou, estritamente, o disposto na Constituição Federal (art. 37, VIII), bem como na Lei 8112/1990 (art. 5º, § 2º) e, ainda, a regulamentação insita na Resolução 155, art. 2º, parágrafo único, do Conselho de Justiça Federal.”*

(cf. fls. 164/168 - grifei).

Diante desse contexto, passo ao exame da matéria.

O sistema constitucional vigente, dentre os instrumentos destinados à inclusão social dos portadores de deficiência, tornou obrigatória “reserva de vagas” para os portadores de deficiência, nos concursos destinados ao provimento de cargos públicos. É o que dispõe o artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal:

Art. 37. 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, o seguinte:

(...)

VIII – a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

(...) (grifei).

Está a Administração Pública, portanto, adstrita ao cumprimento do mandamento constitucional, devendo, em consequência, reservar vagas para os portadores de deficiência em seus concursos, *na forma do percentual e dos critérios estabelecidos pela lei*.

No plano federal, em 24.10.1989, foi editada a Lei 7.853, que, ao dispor sobre a “Política Nacional para a Integração de Pessoa Portadora de Deficiência”, determinou, em seu artigo 2º, caber ao Poder Público e seus Órgãos “assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico” (grifei).

Posteriormente, em 11.12.1990, a Lei 8.112 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União) estabeleceu o percentual máximo da aludida reserva de vagas, delimitando-o em 20% (vinte por cento). É o que estatui o seu artigo 5º, § 2º:

Art. 5º. São requisitos básicos para investidura em cargo público:

(...)

§ 2º. Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso (grifei).

Coube ao Decreto 3.298, de 20.12.1999, ao regulamentar a já mencionada Lei 7.853/1989, estipular o *percentual mínimo de vagas a serem reservadas para os deficientes*, assim dispondo em seu artigo 37, §§ 1º e 2º:

Art. 37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.

§ 1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.

§ 2º Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente (grifei).

A referida norma, por seu artigo 42, estabeleceu, também, que a “*publicação do resultado final do concurso será feita em duas listas, contendo, a primeira, a pontuação de todos os candidatos, inclusive a dos portadores de deficiência, e a segunda, somente a pontuação destes últimos*” (grifei).

No âmbito da Justiça de Primeiro e Segundo Grau, a matéria foi disciplinada por meio da Resolução 155, de 26.2.1996, do Conselho da Justiça Federal, cujo artigo 2º e seu parágrafo único têm a seguinte redação:

Art. 2º. No edital de abertura do concurso, deverão ser reservadas às pessoas portadoras de deficiência até 20% (vinte por cento) das vagas nele oferecidas, ou das que vierem a surgir no prazo de validade do concurso.

Parágrafo único. Na definição do número de vagas decorrente da aplicação do percentual a que se refere o caput deste artigo, utilizar-se-á arredondamento para o número inteiro imediatamente inferior, em frações menores do que 0,5 (cinco décimos) e para imediatamente superior, em frações maiores ou iguais a 0,5 (cinco décimos) (grifei).

Cabe frisar que a normatização expedida pelo Conselho da Justiça Federal, que buscou dar efetividade ao artigo 5º, § 2º, da Lei 8.112/1990, é datada de 26.02.1996, e, portanto, precede a regulamentação veiculada no Decreto 3.298/1999 (artigo 37, §§ 1º e 2º), sendo certo que deste discrepa quando preconiza que

se a aplicação dos percentuais legais resultar “*fração menor do que 0,5 (cinco décimos)*” será arredondado “*para o número inteiro imediatamente inferior*”. É que o aludido Decreto se limita a, tão-somente, determinar que, em tais casos, o número fracionário “*deverá ser elevado para até o primeiro número inteiro subsequente*” (§ 2º, artigo 37). Tanto faz, portanto, segundo o decreto regulamentador, se a fração resultante da aplicação do percentual resulta inferior ou superior a 0,5 (cinco décimos). Se ela ocorrer, será elevada ao número inteiro subsequente. Arredondamento de fração, portanto, sempre “*para cima*”.

Referida questão já foi, inclusive, sedimentada por meio de decisão plenária do Supremo Tribunal Federal, exarada nos autos do RE 227.299-1/MG, relator o eminente Ministro Ilmar Galvão (DJ 6.10.2000). Tal julgamento apreciou, no caso concreto, controvérsia gerada em face de “*decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que negou à recorrente*”, também portadora de deficiência, “*o direito de ter assegurada (...) uma das oito vagas disputadas em concurso público para provimento do cargo de advogado da Câmara Municipal de Divinópolis-MG*”, aplicando, para assim decidir, “*a regra contida no § 2º do artigo 7º da Lei Complementar 9/1992*”, daquele Município, “*considerada como reguladora do artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal no âmbito da Administração Municipal e que destina aos portadores de deficiência 5% das vagas oferecidas em concursos públicos*”. O resultado obtido por aquele Tribunal de Justiça, considerando o número de oito vagas existentes, foi a fração de 0,4 (quatro décimos), que, tendo sido “*arredondada para baixo*”, ou seja, zero, levou-o a concluir pela inexistência de “*reserva de vaga para deficientes no concurso em questão*”.

Todavia, por ocasião desse julgamento, que serviu de norte jurisprudencial até meados de 2007, concluiu a Suprema Corte, “*como medida a emprestar eficácia ao texto constitucional, que, no caso contrário, sofreria ofensa (...)*”, que a referida fração, na forma “*do disposto no Decreto 3.298/1999*”, deveria ser “*elevada ao primeiro número inteiro subsequente no caso 01 (um)*”, em face da “*obrigatoriedade de reserva de vagas para portadores de deficiência*”.

A partir desse marco, em nome da “*relativização do princípio da isonomia*”, chegou-se a entender, a exemplo de vários julgamentos do colendo Superior

Tribunal de Justiça e até desta Corte, que, existindo 02 (duas) vagas em um concurso público, 1 (uma) delas, obrigatoriamente, deveria ser reservada aos candidatos deficientes, de modo a prestigiar a “*preferência constitucional*” inserta no artigo 37, inciso VIII, da Carta Magna, e, por assim dizer, ao entendimento de que estes concorrem “*em condições igualitárias*” com os não-portadores de deficiência, “*na medida de suas desigualdades*”.

O tema, porém, comportava, como comporta até hoje, reflexão, notadamente entre a norma em si, cujo conteúdo, “*espírito*” e intenção não pretendo questionar e o resultado de sua operacionalização, no caso concreto.

Pois bem, foram exatamente as particularidades decorrentes da aplicação da norma em comento que levaram o Supremo Tribunal Federal, na assentada de 20.9.2007, quando do julgamento do Mandado de Segurança 26.310-5/DF, a rever o posicionamento adotado em 2001, consubstanciado naquele mencionado RE 227.299-1/MG.

Com efeito, defrontando-se novamente com a matéria, especialmente no que concerne ao “*arredondamento de fração para o número inteiro*”, o eminente Ministro Marco Aurélio, relator, proferiu o seguinte voto:

“Reconheço a existência de precedente deste Plenário agasalhando a tese sustentada pelo impetrante. No Recurso Extraordinário 227.299-1/MG, relatado pelo ministro Ilmar Galvão, a Corte defrontou-se com situação concreta em que, oferecidas oito vagas, a percentagem de cinco por cento prevista na legislação local como própria à reserva de vagas aos portadores de deficiência desaguou em quatro décimos. Prevaleceu a óptica da necessidade de sempre conferir-se concretude ao inciso VIII do artigo 37 da Constituição Federal. Presente esteve, conforme o voto do relator que se encontra às folhas 32 e 33, o dispositivo no Decreto 3.298/1999, que regulamentou a Lei 7.853/1989. O tema, porém, merece reflexão, reexaminando-se o entendimento que acabou por prevalecer, até mesmo com o meu voto.

A regra é a feita de concurso público, concorrendo os candidatos em igualdade de situação – inciso II do artigo 37 da Carta da República. O inciso VIII do mesmo artigo preceitua que “*a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão*”. A Lei

7.853/1989 versou a percentagem mínima de cinco por cento e a Lei 8.112/1990 veio a estabelecer o máximo de vinte por cento de vagas reservadas aos candidatos portadores de deficiência física.

Ora, considerado o total de vagas no caso – duas –, não se tem, aplicada a percentagem mínima de cinco ou a máxima de vinte por cento, como definir vaga reservada a teor do aludido inciso VIII. Entender-se que um décimo de vaga ou mesmo quatro décimos, resultantes da aplicação de cinco ou vinte por cento, respectivamente, sobre duas vagas, dão ensejo à reserva de uma delas implica verdadeira igualização, olvidando-se que a regra é a não-distinção entre candidatos, sendo exceção a participação restrita, consideradas vagas reservadas. Essa conclusão levaria os candidatos em geral a concorrerem a uma das vagas e os deficientes, à outra, majorando-se os percentuais mínimo, de cinco por cento, e máximo, de vinte por cento, para cinquenta por cento. O enfoque não é harmônico com o princípio da razoabilidade.

Há de se conferir ao texto constitucional interpretação a preservar a premissa de que a regra geral é o tratamento igualitário, consubstanciando exceção a separação de vagas para um certo segmento. A eficácia do que versado no artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal pressupõe campo propício a ter-se, com a incidência do percentual concernente à reserva para portadores de deficiência sobre cargos e empregos públicos previstos em lei, resultado a desaguar em certo número de vagas, e isso não ocorre quando existentes apenas duas. Daí concluir pela improcedência do inconformismo retratado na inicial, razão pela qual indefiro a ordem.”

(Tribunal Pleno, DJ 31.10.2007, Ementário 2296-1 - grifei)

E assim foi redigida a ementa do acórdão do Mandado de Segurança 26.310-5/DF:

*Concurso Público - Candidatos - Tratamento Igualitário.* A regra é a participação dos candidatos, no concurso público, em igualdade de condições. *Concurso Público - Reserva de Vagas - Portador de Deficiência - Disciplina E Viabilidade.* Por encerrar exceção, a reserva de vagas para portadores de deficiência faz-se nos limites da lei e na medida da viabilidade consideradas as existentes, afastada a possibilidade de, mediante arredondamento, majorarem-se as percentagens mínima e máxima previstas” (grifei).

Forçoso concluir, portanto, ante a lógica do raciocínio exposto, que não é razoável, com o objetivo de emprestar ao candidato portador da

deficiência “*tratamento igualitário na medida de suas desigualdades*”, fazer “*tabula rasa*” do percentual máximo fixado pela própria Lei 8.112/1990, - ou seja - até 20% (vinte por cento) das vagas existentes em concurso público. Admitir-se o contrário constitui, por certo, lamentável equívoco. Com efeito, buscando dar-se efetividade à mencionada “*reservas de vagas*” sem considerar a aplicação do direito ao caso concreto, descumprir-se-á o percentual (no caso, máximo) estabelecido na legislação da espécie, incumbência que lhe coube por força do inciso VIII do artigo 37 da Carta Magna.

Pois bem, no particular, são estes os fatos que importam analisar:

- o Impetrante, portador de deficiência, inscreveu-se e teve êxito no concurso TRF 1ª Região 2001, cuja validade já se encerrou, para vaga de analista judiciário – especialidade execução de mandados, na localidade de Goiânia - GO;

- obteve a 93ª colocação, na “Listagem Geral” e a 2ª na “Listagem Específica”;

- quando do Edital de Abertura (fls. 44/56), não existia nenhuma vaga para a localidade escolhida (Anexo I);

- oportunamente surgiram 3 (três) vagas, para a Cidade de Goiânia/GO, para as quais foram nomeados Manuel Carnaúba de Paiva (2º lugar); Elcio José Rodrigues da Silva (5º lugar) e Alice Plácido Borges (6º lugar);

- posteriormente, mediante a publicação dos editais: Edital/Presi/630-7; Edital/Presi/630-9; Edital/Presi/630-28; Edital/Presi/630-39, Edital/Presi/630-41; Edital/Presi/630-42; Edital/Presi/630-43; Edital/Presi/630-44; Edital/Presi/630-45; Edital/Presi/630-86; Edital/Presi/630-87; Edital/Presi/630-88; ensejou a abertura de 27 (vinte e sete) vagas de analistas judiciária – especialidade execução de mandados, nas subseções de Ji-Paraná/RO; Eunápolis/BA; Barreiras/BA; Itabuna/BA; Vitória da Conquista/BA; Jequié/BA; Campo Formoso/BA; Rondonópolis/MT; Paulo Afonso/BA; Sinop/MT e Guanambi/BA, respectivamente;

- referidas vagas, foram todas ofertadas a todos os candidatos, indistintamente, mediante os competentes editais (fls. 57/132);

- aplicando-se o percentual estabelecido no Edital do Concurso – 5% (cinco por cento) por localidade – tem-se que, para as localidades de Guanambi/BA – 3 vagas; Sinop/MT – 4 vagas; e Paulo Afonso/BA 4 vagas, obtém-se, então, como resultado, o saldo de 1 (uma) vaga para candidatos

portadores de deficiência em cada uma dessas localidades.

- o Impetrante, segundo consta à fls. 133/138, inscreveu-se para vagas existentes nas Cidades de Rondonópolis/MT (1 vaga) – Campo Formoso/BA (1 vaga) – Juazeiro/BA (2 vagas) – Jequié/BA (1 vaga) – Itabuna/BA (2 vagas) e Vitória da Conquista/BA (2 vagas).

Ora, aplicando-se o percentual estabelecido no Edital do Concurso, ou seja, 5% (cinco por cento) de vagas, por localidade (para as quais, segundo os Requerimentos de fls. 133/147, o Impetrante inscreveu-se), tem-se as seguintes e respectivas frações:

- Rondonópolis/MT, Campo Formoso/BA, Jequié/BA (as três com 1 vaga cada uma)

Fração: 0,05% por cada localidade.

- Juazeiro/BA, Itabuna/BA e Vitória da Conquista/BA (as três com 2 vagas cada uma)

Fração: 0,1% por localidade.

Isso significa dizer que, nas Cidades de Rondonópolis/MT, Campo Formoso/BA e Jequié/BA, que contam respectivamente com 1 (uma) vaga cada, não é possível pretender que essas únicas vagas sejam destinadas aos portadores de deficiência, porque, se assim o fosse, a estes estaria destinado 100% das vagas e não 5% como dispõe a legislação da espécie e por consequência, o Edital do Concurso, e que, como visto, corresponderiam a fração de 0,05% por localidade.

Considerando-se as vagas existentes nas localidades onde foram disponibilizadas 2 vagas em cada uma delas (Juazeiro/BA, Itabuna/BA e Vitória da Conquista/BA), também não é possível racionar no sentido de que uma dessas vagas seria destinada aos portadores de deficiência, uma vez que, caso assim fosse, a estes caberia a ocupação de 50% das vagas, e não ao percentual de 5% previsto (correspondente, no caso, a 0,1% por localidade), o que, repita-se, contraria a legislação de regência.

Esse, por certo, é a interpretação da Suprema Corte sobre a matéria ora em exame, à luz do recente precedente consubstanciado no MS 26.310-5/DF, já mencionado, segundo o qual, não é possível ultrapassar, exorbitar, o percentual máximo de vagas estipulado como reserva para portadores de deficiência, que é de 20%, sem falar, portanto, do percentual de 5% fixado no Edital, que, conforme reconhece a Impetrante, é a lei do concurso.

Por outro lado, ainda que se pudesse considerar que a Impetrante tenha se inscrito para as demais localidades ofertadas, cujo número de vagas máximo oferecido foi de 4 vagas (Guanambi/BA), obtém-se a fração de 0,2%, ou seja, o saldo arredondado de 1 (uma) vaga, o que equivaleria ao percentual de 25% superior, portanto, ao limite de vagas permitido para a reserva de quotas, que, conforme já salientado, é de, no máximo, 20%.

Isto posto, por tais razões e fundamentos, não tendo o Impetrante direito líquido e certo à nomeação a nenhuma das vagas durante o período de validade do concurso, denega a segurança.

É como voto.

## Voto-vogal

*O Exmo.Sr. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro:* – Senhor Presidente, essa questão já foi por mim apreciada perante a 6ª Turma e também na 3ª Seção, e o meu entendimento coincide com o do eminente Relator, por isso o acompanho.

# Primeira Seção

## Conflito de Competência

2008.01.00.010824-0/MG

Relator: Juiz Federal Antônio Francisco do Nascimento (convocado)  
Autora: Marlene Franca Rocha e outro  
Advogado: Dr. Ladimir de Jesus Nascimento  
Réu: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Suscitante: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Sete Lagoas – MG  
Suscitado: Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Sete Lagoas – MG  
Publicação: e-DJF1 de 8/9/2009, p. 25

## Ementa

*Processual Civil. Conflito Negativo de Competência. Vara Federal Juízo de Direito. Ação previdenciária. Nulidade de execução. Competência do juízo originário. "Perpetuatio jurisdictionis".*

I. A execução fundada em título judicial processar-se-á perante o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição. (CPC, art. 575, II)

II. Os processos da subclasse 4100-execução diversa por título judicial, permanecerão na Vara originária, em razão do disposto no art. 575, II, do Código de Processo Civil e serão compensados, onde não houver Vara especializada em execução fiscal, com processos da classe 4000-execuções diversas (subclasses: 4200-execução diversa por título extra-judicial; 4300-execução diversa por carta; 4400-execução diversa-outras). (Provimento Coger 68/1999 – art. 2º, § 5º)

III. Os processos principais e seus dependentes, apensados ou não, e, bem assim, os processos cujas ações guardem conexão entre si, serão redistribuídos para a mesma Vara Federal, considerando-se o destino do processo que determinou a prevenção e fazendo-se a compensação (Provimento Coger 68/1999 - art. 2º, § 3º)

IV. A competência é determinada no momento da propositura da ação, sendo irrelevantes as modificações posteriores. Diante da especialização de varas prevalece, portanto, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis* na fase da execução.

V. Precedente deste Tribunal (CC 2007.01.00.056926-8/MG, Rel. Des. Federal Francisco de Assis Betti, unânime, DJ 28.4.2008.)

VI. Por força do disposto no parágrafo 3º do artigo 109 da Lei Fundamental, conjugado com o disposto no artigo 575, inciso II, do Código de Processo Civil, competente para o processo de execução será o juízo que decidiu a causa junto ao primeiro grau da jurisdição, quando não se cuidar de demanda de competência originária de tribunal. Constituído, na hipótese sub examine, o título judicial junto a Juízo de Direito no exercício de jurisdição federal delegada, continuará ele, na respectiva execução, investido dessa mesma jurisdição federal especial, que não cessa com a implantação de órgão da Justiça Federal em local diverso do de domicílio do exequente, ainda que abrangido este na jurisdição daquele. (TRF 1ª Região, 1ª Seção, CC 2008.01.00.007713-0/MG, Rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves, DJ 4.8.2008, p. 175.)

VII. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo Suscitado da 2ª Vara Cível da Comarca de Sete Lagoas/MG.

## Acórdão

Decide a Seção, à unanimidade, conhecer do conflito para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Sete Lagoas/MG, suscitado.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 4/8/2009.

Juiz Federal *Antônio Francisco do Nascimento*, relator convocado

### Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Antônio Francisco do Nascimento*: – Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juiz Federal da Subseção Judiciária de Sete Lagoas/MG, nos autos da Ação Declaratória de Nulidade 2006.38.12.001623-0/MG, proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra Marlene França Rocha e outros.

A citada Ação Declaratória de Nulidade foi distribuída ao Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Sete Lagoas/MG, que, após proferir sentença julgando extinto o processo, sem apreciação do mérito (fls. 25/26), determinou a remessa dos autos à Subseção Judiciária de Sete Lagoas/MG em razão da instalação de Justiça Federal naquele município (fl. 27).

O Juiz Federal da Subseção Judiciária de Sete Lagoas/MG, por sua vez, suscitou conflito negativo de competência perante o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, sustentando que o juízo da ação de conhecimento é o juízo competente para o procedimento de execução (fls. 03/05).

Por decisão monocrática, o Ilustre Ministro Nilson Naves não conheceu do conflito de competência e determinou a remessa dos autos a este Tribunal Regional Federal, competente para o seu julgamento (fls. 51/52).

É o relatório.

### Voto\*

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Antônio Francisco do Nascimento*: – O Juiz Federal da Subseção Judiciária de Sete Lagoas/MG suscitou conflito negativo de

competência, nos autos da Ação Declaratória de Nulidade 2006.38.12.001623-0/MG, proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra Marlene França Rocha e outros.

O Juízo Suscitado da 2ª Vara Cível da Comarca de Sete Lagoas/MG declinou da competência, sob os seguintes fundamentos:

Cuida-se de feito cuja competência é prorrogada na forma do artigo 109 da Constituição Federal e da Lei 5010/66.

A Justiça Federal será instalada neste Município amanhã, 21/02/2006.

*“Determino” seja procedida à respectiva baixa no Siscom, com remessa à Seção da Justiça Federal desta Comarca. (Fl. 27.)*

O Juízo Suscitante da Subseção Judiciária de Sete Lagoas/MG manifestou-se nos seguintes termos:

O Juízo de Direito da Comarca de Sete Lagoas determinou a remessa do processo acima mencionado a esta Vara Federal, já sentenciado, sustentando a sua superveniente incompetência, em razão da recente instalação desta Subseção Judiciária.

É a questão. Passo a decidir.

Segundo o art. 575, inciso II, do Código de Processo Civil:

A execução, fundada em título judicial, processar-se-á perante:

(...)

II – o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição.

*Vê-se, sem maiores digressões, que a decisão que determinou a remessa para esta Vara Federal de processo legitimamente sentenciado pela Justiça Estadual, afrontou de forma direta o dispositivo processual acima transcrito, uma vez que vigora no direito brasileiro o princípio segundo o qual o juízo da ação de conhecimento é juízo da execução. (fl. 3.)*

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Souza Prudente, Carlos Olavo, Neuza Maria Alves da Silva, Francisco

de Assis Betti e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão.

Verifico que o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS interpôs Ação Declaratória de Nulidade, por dependência ao processo 672.98.013.205-0. Neste processo, discute-se a revisão de benefício previdenciário dos co-réus da presente ação. A referida ação encontra-se em fase de execução de sentença, após julgamento de procedência (documento de fl. 61).

O Provimento *Coger* 68/1999, que regulamentou a redistribuição de processos decorrente da instalação das Varas Federais criadas pelas Leis 9.642, de 25 de maio de 1998, e 9.788, de 19 de fevereiro de 1999, fixou os seguintes critérios de redistribuição de processos:

§5º Os processos da subclasse 4100-execução diversa por título judicial, permanecerão na Vara originária, em razão do disposto no art. 575, II, do Código de Processo Civil e serão compensados, onde não houver Vara especializada em execução fiscal, com processos da classe 4000-execuções diversas (subclasses: 4200-execução diversa por título extra-judicial; 4300-execução diversa por carta; 4400-execução diversa-outras).

O referido provimento estabeleceu, ainda, o seguinte:

§ 3º Os processos principais e seus dependentes, apensados ou não, e, bem assim, os processos cujas ações guardem conexão entre si, serão redistribuídos para a mesma Vara Federal, considerando-se o destino do processo que determinou a prevenção e fazendo-se a compensação.

Ressalte-se, ainda, que a Primeira Seção desta Corte já apreciou matéria idêntica, tendo proferido o seguinte julgamento:

*Processual Civil. Conflito Negativo de Competência entre Vara Federal Comum e Vara Federal Especializada (previdenciária). Processamento da execução fundada em título judicial. Art. 575, II, do CPC. Art. 2º, §5º, do Provimento 68/1999 Coger-TRF1ª Região. Competência do juízo originário.*

1. Em sendo absoluta a competência funcional estabelecida no art. 575, II, do CPC, “a execução fundada em título judicial processar-se-á perante o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição”. Ademais, também por força do disposto no §5º, do art. 2º, do Provimento 68/1999 – *Coger/ TRF 1ª Região*, “os processos da subclasse 4100-execução diversa por título judicial, permanecerão na Vara originária, em razão do disposto no art. 575, II, do Código de Processo Civil”.

2. Conflito Negativo de Competência conhecido para declarar competente o Juízo Federal

da 10ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, suscitado. (CC 2007.01.00.056926-8/MG, Rel. Des. Federal Francisco de Assis Betti, unânime, DJ 28.4.2008.)

Pelo exposto e com fundamento no precedente citado, tenho que a competência é do Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Sete Lagoas/MG, suscitado.

Há que se ressaltar que, mesmo tendo sido constituído o título executivo judicial por Juízo de Direito no exercício da jurisdição federal delegada, não há que se falar em alteração da competência para o julgamento do presente processo tendo em vista que os autos principais encontram-se em tramitação no Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Sete Lagoas/MG.

Nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal:

*Conflito Negativo de Competência. Juízo Federal e Juízo de Direito em exercício de função delegada federal. Processo de execução.*

I. Por força do disposto no parágrafo 3º do artigo 109 da Lei Fundamental, conjugado com o disposto no artigo 575, inciso II, do Código de Processo Civil, competente para o processo de execução será o juízo que decidiu a causa junto ao primeiro grau da jurisdição, quando não se cuidar de demanda de competência originária de tribunal. Constituído, na hipótese *sub examine*, o título judicial junto a Juízo de Direito no exercício de jurisdição federal delegada, continuará ele, na respectiva execução, investido dessa mesma jurisdição federal especial, que não cessa com a implantação de órgão da Justiça Federal em local diverso do de domicílio do exequente, ainda que abrangido este na jurisdição daquele.

II. Não sendo, outrossim, a União parte no processo executório, nem dele participando na condição de assistente ou oponente, não tem incidência a regra inscrita no inciso I do artigo 109 da Carta Constitucional.

III. Conflito de competência conhecido, declarada a competência do Juízo suscitado, assim o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Itaúna, Estado de Minas Gerais.

(TRF 1ª Região, 1ª Seção, CC 2008.01.00.007713-0/MG, Rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves, DJ 4.8.2008, p. 175.)

Isso posto, conheço do conflito e declaro a competência do Juízo suscitado, ou seja, do Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Sete Lagoas/MG.

É o meu voto.

# Segunda Seção

## Mandado de Segurança Criminal

2008.01.00.059086-4/AC

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães  
Impetrante: Defensoria Pública da União  
Defensor: Defensoria Pública da União  
Impetrado: Juízo Federal da 1ª Vara - AC  
Interessado: Justiça Pública  
Publicação: e-DJF1 de 8/9/2009, p. 29

### Ementa

*Constitucional e Processual Penal. Mandado de Segurança. Defensor Público-Geral da União. Art. 134, § 1º, da CF/88 c/c art. 23 da Lei Complementar 80/1994. Capacidade postulatória para atuar perante o STF e as instâncias inferiores.*

I. A Constituição Federal estabelece que “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.” (art. 134, *caput*) e que lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios (§1º).

II. O art. 23 da Lei Complementar 80/1994 outorga capacidade postulatória ao Defensor Público-Geral da União para atuar junto ao Supremo Tribunal Federal. Entendimento majoritário da 2ª Seção do TRF/1ª Região, no sentido de que tem ele capacidade postulatória para atuar também em Instâncias inferiores, seja perante o TRF/1ª Região, seja perante Juízos Federais de 1º Grau. Ressalva do entendimento da Relatora.

III. Preliminares rejeitadas, por maioria. Mandado de Segurança parcialmente concedido.

### Acórdão

Decide a Segunda Seção, preliminarmente, por maioria, admitir o Mandado de Segurança e, por unanimidade, conceder, em parte, a segurança.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 5/8/2009.

Desembargadora Federal Assusete Magalhães, relatora

### Relatório

A Exm<sup>a</sup> Sr<sup>a</sup> Desembargadora Federal Assusete Magalhães: - A Defensoria Pública da União impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do ilustre Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Acre, que, não conheceu do pedido de Liberdade Provisória 2008.30.00.003138-7/AC, por falta de capacidade processual do Defensor Público-Geral da União, por entender que este, nos termos do art. 8º da LC 80/1994, não tem atribuição para postular

naquela Seccional, mormente quando não se trata de *habeas corpus*, de legitimidade universal (fls. 49/51).

Assevera que a Defensoria Pública, nos termos do art. 134, *caput*, da CF, é “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”, da Carta; que a Defensoria Pública da União “tem como funções institucionais a atuação junto aos estabelecimentos policiais e penitenciários, visando assegurar à pessoa,

sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias constitucionais, além de assegurar aos seus assistidos, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com recursos e meios a ela inerentes, conforme artigo 4º, VIII c/c IX, da Lei Complementar 80/1994” (fl. 5); que um de seus princípios institucionais “consiste na indivisibilidade, ou seja, baseia-se em ‘um todo orgânico, não estando sujeita a rupturas ou fracionamentos’” (fl. 5); que referido princípio “permite que seus membros se substituam uns aos outros, a fim de que a prestação da assistência jurídica seja efetuada sem solução de continuidade (...)” (fl. 6); que o Defensor Público-Geral da União tem por atribuições institucionais, entre outras, representar a Defensoria Pública da União judicial e extrajudicialmente, bem como designar membro da Defensoria Pública da União para o exercício de suas atribuições em órgão de atuação diverso de sua lotação ou, em caráter excepcional, perante Juízos, Tribunais ou Ofícios diferentes dos estabelecidos para cada categoria, nos termos do art. 8º, II e XV, da Lei Complementar 80/1994.

Sustenta a impetrante, em síntese, que, “se o Defensor Público-Geral da União pode designar membros da Instituição para atribuições em órgão de atuação diversa ou em caráter excepcional, pode então se auto-designar para o exercício de atribuições distintas da prevista no artigo 23 da Lei Complementar 80/1994” (fl. 7); que a atribuição do Defensor Público-Geral da União, para atuar perante o Supremo Tribunal Federal, não exclui sua atuação junto às Instâncias inferiores; que é “praxe das delegacias, em obediência ao §1º do artigo 306 do Código de Processo penal, enviarem para a Defensoria Pública-Geral da União as prisões em flagrantes dos Estados que ainda não possuem Defensores Públicos da União” (fl. 8); que o Defensor Público-Geral da União possui capacidade para atuar no feito originário, em face do disposto no art. 45 da Lei Complementar 80/1994, que estabelece o dever da Defensoria de atender ao expediente forense e participar dos atos judiciais, quando obrigatória sua presença; que, nos termos do art. 7º do CPC, aquele que se acha no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em Juízo; que a decisão atacada é nula, pois deixou de apreciar o mérito para o qual o Juízo foi provocado; que a defesa é indispensável no processo penal, tendo os agentes direito a um Defensor Público, quando não constituído um advogado particular.

Pede, a final, o deferimento de liminar, *inaudita altera parte*, a fim de que sejam julgados os pedidos de liberdade provisórias requeridos pelo Defensor Público-Geral da União, no uso de suas prerrogativas extraordinárias, previstas na Lei Complementar 80/1994 e art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal, julgando-se nula a decisão proferida no processo 2008.30.00.003138-7/AC, reconhecendo-se a capacidade processual do Defensor Público-Geral da União, na espécie. No mérito, pugna pela concessão definitiva da segurança, para que seja analisado o pedido de liberdade provisória, no processo 2008.30.00.003138-7/AC (fls. 2/21).

A petição inicial está instruída com os documentos de fls. 22/51.

A liminar foi indeferida (fls. 53/55).

Instada a se manifestar, a autoridade apontada coatora assinala que a inexistência de Defensor Público da União, lotado naquela unidade da Federação, traz prejuízos aos que necessitam da assistência judiciária gratuita e um substancial atraso da prestação jurisdicional dos processos que têm a DPU como postulante; que a “ausência de Defensor da União já deu ensejo à propositura de Ação Civil Pública pelo Ministério Federal e de inúmeros ofícios, por parte de todas as Varas desta Seção Judiciária, bem como da Diretoria do Foro ao Excelentíssimo Defensor Público-Geral da União, solicitando a urgência de designação de Defensor neste Estado”; que, “nos períodos em que esta Unidade permanece sem Defensor Público da União, a DPU limita-se a propor, a cada flagrante, pedidos padronizados de liberdade provisória destituídos da singularidade que deve caracterizar cada pleito, sempre postulando pela nomeação de defensor dativo, justificando tal pedido na inexistência de Defensor Público da União nesta localidade, o que impediria a efetiva prestação jurisdicional”; que, nos autos originários, considerou incompatíveis os pedidos da DPU e não conheceu do pleito, por ausência de capacidade processual, uma vez que, se não pode a DPU, “por ausente, prestar assistência judiciária, preferível que desde logo se peça a nomeação do defensor dativo, evitando-se feitos desnecessários e que apenas simulam assistência judiciária, dando a (falsa) impressão de prestação de serviço público de mais elevada relevância”; que a nomeação de defensor dativo vai de encontro ao disposto no art. 1º da Portaria

001, de 8 de janeiro de 2007, da DPU; que, quanto à ausência de capacidade processual do Defensor Público-Geral da União, fulcrou-se ela nos arts. 8º e 23 da LC 80/1994, assinalando que ele não desempenhava atividade de sua atribuição, tampouco atuava perante Juízo que lhe competia, legalmente. Ressalta, ainda, que não foi interposto qualquer recurso da aludida decisão e que, à época das informações, havia uma Defensora Pública da União lotada naquela localidade (fls. 59/65).

A PRR/1ª Região opina pela concessão da ordem (fls. 69/71).

É o relatório.

### Voto\*

A Exm<sup>a</sup> Sr<sup>a</sup> Desembargadora Federal Assusete Magalhães: - O cerne da questão discutida no presente *mandamus* consiste em se saber se o Defensor Público-Geral da União, com atribuição para atuar junto ao Supremo Tribunal Federal (art. 23 da Lei Complementar 80/1994), tem capacidade processual para, também, postular na Primeira Instância, quando inexistente Defensor Público da União lotado em determinada unidade da Federação.

A Constituição Federal estabelece que “*a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.*” (art. 134, *caput*) e que lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios (§1º).

A Lei Complementar 80/1994, que organiza a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios, na parte em que trata da carreira do Defensor Público da União, estabelece, *in verbis*:

“Art. 19. A Defensoria Pública da União é integrada pela carreira de Defensor Público da União, composta de três categorias de cargos efetivos:

I - Defensor Público da União de 2ª Categoria (inicial);

II - Defensor Público da União de 1ª Categoria (intermediária);

III - Defensor Público da União de Categoria Especial (final).

Art. 20. Os Defensores Públicos da União de 2ª Categoria atuarão junto aos Juízos Federais, às Juntas de Conciliação e Julgamento, às Juntas e aos Juízes Eleitorais, aos Juízes Militares, nas Auditorias Militares, ao Tribunal Marítimo e às instâncias administrativas.

Art. 21. Os Defensores Públicos da União de 1ª Categoria atuarão junto aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais Regionais do Trabalho e aos Tribunais Regionais Eleitorais.

Art. 22. Os Defensores Públicos da União de Categoria Especial atuarão junto ao Superior Tribunal de Justiça, ao Tribunal Superior do Trabalho, ao Tribunal Superior Eleitoral e ao Superior Tribunal Militar.

Parágrafo único. (vetado)

Art. 23. O Defensor Público-Geral atuará junto ao Supremo Tribunal Federal.” (grifei).

Ademais, o citado diploma legal estabelece que o Defensor Público-Geral da União tem competência para “designar membro da Defensoria Pública da União para exercício de suas atribuições em órgão de atuação diverso do de sua lotação ou, em caráter excepcional, perante Juízos, Tribunais ou Ofícios diferentes dos estabelecidos para cada categoria” (LC 80/1994, art. 8º, XV). Resta saber, à míngua de previsão legal expressa, se esta competência confere ao Defensor Público-Geral da União – que tem competência para atuar junto ao STF, nos termos do art. 23 da LC 80/1994 –, legitimidade para, diretamente, postular junto a Juízos Federais de 1º Grau, na inexistência de Defensor Público da União lotado na localidade em questão, ou – é o que interessa, para a solução da preliminar do presente *writ* –, se pode ele impetrar mandado de segurança, perante o TRF/1ª Região, mesmo existindo Defensor Público da União de 1ª Categoria, com atribuição legal para atuar perante a Corte Regional Federal, a teor do art. 21 da Lei Complementar 80/1994.

Entendo que não.

Com efeito, como acima assinalado, o Defensor Público-Geral, nos termos da Lei Complementar 80/1994, tem, entre outras, competência para atuar junto ao Supremo Tribunal Federal (art. 23) e, ainda, para “designar membro da Defensoria Pública da União para exercício de suas atribuições em órgão de atuação

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Federais Mário César Ribeiro, Hilton Queiroz, Ítalo Fioravanti Sabo Mendes e Tourinho Neto.

diverso do de sua lotação ou, em caráter excepcional, perante Juízos, Tribunais ou Ofícios diferentes dos estabelecidos para cada categoria” (art. 8º, XV).

A referida legislação complementar, ao tempo em que disciplina a atuação dos Defensores Públicos da União – art. 20, para os de 2ª Categoria; art. 21, para os de 1ª Categoria; art. 22, para aqueles de Categoria Especial e art. 23, para o Defensor Público-Geral da União –, atribui a este último, como Chefe da Instituição, competência para a designação excepcional contida em seu art. 8º. Verifica-se, pois, que a Lei Complementar, em momento algum, faculta ao Defensor Público-Geral da União designar a si próprio para atuar junto ao Juiz Federal de 1º Grau, em substituição aos Defensores Públicos de 2ª Categoria, ou junto aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais Regionais do Trabalho e aos Tribunais Regionais Eleitorais, no lugar dos Defensores Públicos da União de 1ª Categoria – no caso, para impetrar o presente *writ*, ora em julgamento.

A Resolução 9/2005 do Conselho Superior da DPU, ao dispor sobre a identificação da hipótese de atuação da Defensoria Pública da União, fixa:

Art. 1º. À Defensoria Pública da União, por seu defensor natural, cabe decidir sobre a prestação da assistência jurídica, identificando a existência, ou não, das hipóteses de atuação institucional previstas no artigo 4º da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994.

*Parágrafo único.* Por defensor natural tem-se o membro da Defensoria Pública da União titular do órgão de atuação com atribuições para officiar no processo, judicial ou administrativo, previamente estabelecidas e mediante livre e eqüitativa distribuição.

Assim, o Defensor Público-Geral, que não está abrangido pela excepcionalidade permitida no art. 8º da Lei Complementar 80/1994, não se apresenta como defensor natural, para requerer liberdade provisória junto ao Juízo Federal de Primeira Instância, ou até mesmo para impetrar mandado de segurança junto a esta Corte. Nada impedia à Lei Complementar de organização da Defensoria Pública da União reservar-lhe outras funções, inclusive a possibilidade de atuação pessoal junto aos Tribunais Regionais, atribuída aos Defensores Públicos da União de 1ª Categoria (art. 21 da LC 80/1994).

Ademais, considerando que o regulamento não pode restringir, tampouco alargar a determinação contida em uma determinada Lei, esta, também, é a única conclusão a que se pode chegar da interpretação do art. 6º da Resolução 16/2007 do CSDPU – editada no intuito de regulamentar a atuação dos Defensores Públicos da União, tornando mais clara a divisão de atribuições entre as categorias –, e que assinala:

Art. 6º. Quando houver urgência, o Defensor Público da União que primeiro tomou conhecimento da questão poderá impetrar habeas corpus e mandado de segurança perante qualquer juízo ou tribunal.

§1º. A impetração de habeas corpus e mandados de segurança urgentes perante tribunais ou juízos distintos daqueles em que atua o impetrante, deverá ser comunicada ao Defensor Público com atribuição para o caso.

§2º. A comunicação a que se refere o parágrafo anterior deverá ser encaminhada com cópia da petição e de toda a documentação que a instruiu.

§3º. Consideram-se urgentes os casos em que a natureza da matéria e do direito a postular revelem grave risco de perecimento do direito do assistido, bem assim a ocorrência de iminente ameaça de dano irreparável a bens como a vida, a saúde e a liberdade, sem prejuízo de outras considerações insitas na garantia de independência funcional do Defensor Público da União.

É certo, pois, que o aludido art. 6º da Resolução 16/2007 do CSDPU deve ser interpretado à luz da Lei Complementar 80/1994, não havendo, assim, permissão para que o Defensor Público-Geral da União substitua, por exemplo, os Defensores de 2ª Categoria, junto ao Primeiro Grau, ressalvada, por óbvio, a legitimidade universal para impetrar *habeas corpus*, ou, ainda, que lhe seja possível atuar, junto ao 2º Grau (Cortes Regionais), mormente na hipótese do presente *mandamus*, impetrado pelo Defensor Público-Geral da União, em afronta à atribuição legal, reservada aos Defensores de 1ª Categoria.

*Mutatis mutandis*, a egrégia 2ª Seção do TRF/1ª Região, apreciando hipóteses de atuação do Ministério Público da União – cuja divisão de atribuição, análoga à Defensoria Pública, está fixada na Lei Complementar 75/1993 –, tem decidido que o Procurador da República, que atua em Primeiro Grau, não possui legitimidade para impetrar mandado de segurança

perante o Tribunal, pois apenas o Procurador Regional da República é parte legítima ativa para a propositura de ação na Segunda Instância. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

*Processual Civil. Agravo Regimental. Mandado de Segurança. Impetração pelo Ministério Público Federal. Capacidade postulatória de procurador com ofício na primeira instância.*

1. O Procurador da República, com atuação junto à Primeira Instância da Justiça Federal, não tem legitimidade (capacidade postulatória) para manejar mandado de segurança, junto a este Tribunal, contra ato jurisdicional lançado nos feitos em que atua como parte ou *custos legis*. Precedentes deste Tribunal.

2. *Agravo regimental improvido.* (AGMS 2004.01.00.041288-4/MG, Rel. Juiz Federal Convocado Saulo José Casali Bahia, 2ª Seção, unânime, DJU de 10/6/2005, p. 5)

*Processo Penal. Mandado de Segurança. Impetrante Procurador da República. Ilegitimidade Ativa.*

Não tem o membro do Ministério Público legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança, ou qualquer outra ação, em segunda instância. (MS 2006.01.00.036865-1/TO, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, 2ª Seção, unânime, DJU de 9/2/2007, p. 5)

*Mandado de Segurança. Ministério Público. Legitimidade.*

I - Ainda que seja uno o Ministério Público, a atribuição para oficiar perante o Tribunal Regional Federal é do Procurador Regional da República.

II - Ilegitimidade do membro do Ministério Público com atuação em primeiro grau de jurisdição para a impetração.

III - Extinção do feito, por carência de ação. (MS2006.01.00.040052-7/MT, Rel. Desembargador Federal Cândido Ribeiro, 2ª Seção, unânime, DJU de 13/7/2007, p. 6)

*Processo Penal. Mandado de Segurança. Impetrante Procurador da República. Ilegitimidade Ativa.*

I - Não tem o membro do Ministério Público que atua em primeiro grau legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança, ou qualquer outra ação, em segunda instância.

II - Processo extinto sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. (MS 2008.01.00.042485-2/MT, Rel. Desembargador Federal Cândido Ribeiro, 2ª Seção, unânime, e-DJF1 de 16/3/2009, p. 150)

*In casu*, pertinente, ainda, destacar as palavras de Guilherme Peña de Moraes que, ao tratar dos princípios da Defensoria Pública, afirma que pela unidade compreende-se que a referida Instituição “constitui um todo orgânico submetido a idênticos fundamentos, direção e finalidade”<sup>1</sup>. Aduz, também, citando Paulo César Pinheiro Carneiro, que isto “não significa que qualquer de seus membros poderá praticar qualquer ato em nome da instituição, mas sim, sendo um só organismo, os seus membros ‘presentam’ (não representam) a instituição sempre que atuarem, *mas a legalidade de seus atos encontra limites no âmbito da divisão de atribuições e demais princípios e garantias impostas pela lei.*”<sup>2</sup> (grifei)

Ao tratar do princípio da indivisibilidade, o citado autor assevera que dele deflui “a possibilidade de os defensores públicos serem substituídos uns pelos outros no processo, *sempre na forma prevista em lei*, por ato de autoridade com atribuição para tanto e com vistas ao exercício de funções comuns, sem que isto importe qualquer alteração processual.”<sup>3</sup> (grifei)

Assim, o Defensor Público-Geral da União não tem legitimidade (capacidade postulatória) para impetrar mandado de segurança perante esta Corte Regional, ante a ausência de previsão legal.

Pelo exposto, julgo extinto o mandado de segurança, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

É como voto, na primeira preliminar.

<sup>1</sup>MORAES, Guilherme Peña de. *Instituições da Defensoria Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 173.

<sup>2</sup>Op. cit., p. 174.

<sup>3</sup>Idem.

# Terceira Seção

## Mandado de Segurança

2008.01.00.012870-1/PA

Relatora:	Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida
Relatora:	Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva (convocada)
Impetrante:	Caixa Econômica Federal - CEF
Advogado:	Dr. Mario Antonio Lobato de Paiva e outros
Impetrado:	Juízo de Direito da Comarca de Maracanã - PA
Interessado:	Rosa Maria Melo da Costa
Defensor:	Dra. Elizete dos Santos Oliveira
Publicação:	e-DJF1 de 8/9/2009, p. 34

## Ementa

*Processual Civil. Mandado de Segurança contra ato de Juiz Estadual. Competência da Justiça Federal. Ação ajuizada contra empresa pública. Constituição Federal, art. 109, I. Segurança concedida.*

I. Mandado de segurança impetrado pela CEF contra decisão de juiz estadual que determinou a exclusão do nome de devedora do respectivo cadastro de inadimplentes

II. O Superior Tribunal de Justiça estabeleceu o entendimento de que cumpre à Justiça Federal (de primeira ou segunda instâncias, conforme a autoridade apontada como coatora) apreciar a impetração de ação mandamental, por empresa pública, contra ato de juiz estadual. Precedentes.

III. Falece ao juízo estadual competência para imputar à Caixa Econômica Federal a exclusão do nome da autora dos cadastros de proteção ao crédito a teor do art. 109, I da Constituição.

IV. Segurança concedida.

## Acórdão

Decide a Seção, por maioria, conceder a segurança, nos termos do voto da Exma. Sra. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva (relatora convocada).

3ª Seção do TRF 1ª Região – 28/7/2009.

Juíza Federal *Mônica Neves Aguiar da Silva*, relatora convocada

## Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal *Mônica Neves Aguiar da Silva*: – Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Caixa Econômica Federal contra ato do Juízo de Direito da Comarca de Maracanã, no Estado do Pará, que determinou à impetrante a exclusão no nome da Sra. Rosa Maria Melo da Costa do respectivo cadastro de inadimplentes nos autos do processo nº 2005.1.000168-5, fls. 47/8.

A impetrante relata que a Sra. Rosa Maria Melo da Costa moveu ação de indenização por danos morais contra a CEF. A referida ação foi proposta perante o juízo da comarca de Maracanã, no Estado do Pará, tendo a autora alegado que passou por situação vexatória, após tentar crédito no comércio e tê-lo tido negado em razão de seu nome estar negativado no *Serasa*, segundo ela, por culpa da impetrante.

Afirma que o processo culminou com sentença que feriu o direito de defesa da impetrante

ao determinar a exclusão do débito da autora dos respectivos cadastros restritivos de crédito, mesmo diante da inadimplência da postulante.

Por tais fundamentos, requer o deferimento de medida liminar para anular a decisão do juízo estadual de primeira instância e sua confirmação, no mérito.

O pedido de liminar foi deferido, fls. 52/3.

Informações da autoridade apontada como coatora, fls. 59/61.

O Ministério Público Federal proferiu parecer pugnando concessão da segurança, fls. 65/7.

É o relatório.

### Voto\*

*A Exma. Sra. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva*: – O Juízo de Direito da Comarca de Maracanã, no Estado do Pará, deferiu liminar em mandado de segurança impetrado contra a Caixa Econômica Federal, determinando à impetrante a exclusão no nome da Sra. Rosa Maria Melo da Costa do respectivo cadastro de inadimplentes nos autos do processo nº 2005.1.000168-5.

Impetra a CEF o presente mandado de segurança contra o referido ato judicial, emanado de juiz estadual.

Quanto à competência para processar e julgar esta ação observo que o Superior Tribunal de Justiça já dispôs sobre o tema, firmando o entendimento de que cumpre à Justiça Federal (de primeira ou segunda instâncias, conforme a autoridade apontada como coatora) apreciar a impetração de ação mandamental contra ato de juiz estadual. Confira-se:

*Conflito negativo de competência entre juízo estadual e federal. Mandado de Segurança impetrado pela CEF contra ato de juiz de direito. Incidência do art. 109, I, da Carta Magna de 1988. Competência da Justiça Federal.*

1. O art. 109, I, da Carta Magna de 1988, não faz qualquer distinção entre os diversos tipos de procedimento, de tal sorte a contemplar o

mandado de segurança, bastando para a definição da competência da Justiça Federal a presença dos entes lá enumerados (*ratione personae*).

2. O inciso VIII do art. 109, da Lei Maior, por sua vez, dispõe que aos juízes federais compete processar e julgar os mandados de segurança e os habeas data contra ato de autoridade federal, excetuando os casos de competência dos tribunais federais, no sentido da fixação de competência hierárquica. Sob este enfoque, tem-se que o inciso VIII tutela o grau de hierarquia dentre as diversas autoridades federais.

3. *In casu*, tratando-se de mandado de segurança impetrado pela CEF, empresa pública federal, há que se aplicar a regra insculpida no art. 109, I, da Constituição Federal, a fim que seja determinada a competência da Justiça Federal. Ato contínuo, incide a regra do inciso VIII para indicar, conforme for a autoridade impetrada, o órgão competente na Justiça Federal (1ª ou 2ª instância). Precedente da Suprema Corte: REExt 176.881 - RS, Relator para acórdão Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ de 06 de março de 1998 e CC 46.512 - RN. Ainda quanto a este particular, a egrégia Primeira Seção deste STJ decidiu que:

*Conflito de Competência - Mandado de Segurança impetrado por autarquia federal contra ato de juiz estadual - Arts. 108, I, "c", e 109, I, da Constituição Federal - Competência do Tribunal Regional Federal - Princípios da hierarquia e simetria - Orientação do pretório excelso.*

I. O art. 109, I, da Constituição Federal, que estabelece regra de competência *ratione personae*, atrai a competência para a Justiça Federal inclusive nas hipóteses de mandado de segurança impetrado pela União, entidade autárquica ou empresa pública federal contra entidade pública local, consoante a previsão do enunciado da Súmula

511/STF: "Compete à Justiça Federal, em ambas as instâncias, processar e julgar as causas entre autarquias federais e entidades públicas locais, inclusive mandado de segurança, ressalvada a ação fiscal, nos termos da Constituição Federal de 1967, art. 119, § 3º".

II. Apesar da existência de respeitável corrente doutrinária e jurisprudencial em sentido contrário, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 176.881/RS, Relator para acórdão o Ministro Ilmar Galvão, publicado no DJ de 6.3.1998, sufragou o entendimento de que o art. 109, I, da Constituição Federal,

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Souza Prudente, João Batista Moreira, Carlos Moreira Alves, Fagundes de Deus, Maria Isabel Gallotti Rodrigues e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão.

aplica-se inclusive aos casos de mandado de segurança impetrado por entidade federal contra ato de Juiz Estadual

(STJ, CC 45709/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, Relator para Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJ de 18/9/2006, pg. 247)

No mérito, o estudo dos autos revela que a ação originária tem por escopo a suspensão da inclusão do nome da autora do SPC e *Serasa* e a condenação da CEF e do Município de Maracanã/PA a indenizá-la por danos morais que alega haver sofrido. Segundo relata na respectiva petição inicial, fls. 20/7, a autora obteve empréstimo junto à CEF, restando acordado que as parcelas seriam descontadas em sua folha de pagamento pela prefeitura, que repassaria o valor para a CEF, transferência que deixou de ocorrer por omissão do município.

A impetrante alega que a autora, após ajuizar a ação, requereu a desistência da ação com relação a ela, CEF, que foi devidamente homologada. Posteriormente, o Juiz de Direito da respectiva comarca julgou procedente o pedido, condenando a prefeitura municipal a pagar indenização por dano moral à autora, e determinou “que se exclua, em definitivo, a anotação da dívida da Requerente dos cadastros do SPC e *Serasa*, oficiando-se diretamente a tais órgãos e comunicando-se a presente sentença à Caixa Econômica Federal.” (fl. 48).

A sentença proferida pelo juízo estadual, fl. 47/8, revela que a autora desistiu da ação contra a Caixa Econômica Federal, tendo sido a desistência homologada.

Nessas circunstâncias, conforme já ressaltado na decisão que deferiu a liminar, falece ao juízo estadual competência para imputar à Caixa Econômica Federal a exclusão do nome da autora dos cadastros de proteção ao crédito. Já que a autora desistiu da ação com relação à CEF, cabe à ela, se assim o desejar, ajuizar ação contra a referida empresa pública federal perante a justiça federal, competente para processar e julgar tais causas.

Este é o mandamento constitucional inserto no inciso I do art. 109, que impõe aos juízes federais o processamento e julgamento das “*causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de*

*acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho*”.

A jurisprudência acerca da competência para julgar tais causas não diverge:

*Conflito negativo de competência entre a Justiça Estadual e a Justiça Federal. Sistema financeiro da habitação - SFH. Ação ordinária de rescisão contratual c/c reintegração de posse e ação de consignação em pagamento. Conexão. Reunião dos processos. Anulação da sentença proferida pelo juízo absolutamente incompetente. Art. 122 do CPC. Presença da CEF na lide. Competência da Justiça Federal.*

(...)

V. A competência da Justiça Federal re-soa inequívoca para processar e julgar ação consignatória ajuizada em desfavor da Caixa Econômica Federal - CEF, empresa pública federal, na qual se litiga a respeito de contrato de mútuo hipotecário pelas regras do SFH, ex vi do art.109, I, da Carta Magna.

VI. Consectariamente, a remessa dos autos da ação ordinária ao Juízo Federal é mister, posto a conexão determinar a unidade do julgamento, prevalecendo, *in casu*, na Justiça Federal.

VII. A jurisprudência emanada pela Primeira Seção deste sodalício, em casos análogos, é uníssona ao assentar a competência da Justiça Federal para processar e julgar, por conexão, execução hipotecária e consignação em pagamento tratando de contrato de financiamento para aquisição de casa própria, regido pelo SFH, com a presença da Caixa Econômica Federal - CEF na contenda. (Precedentes: CC 55.584 - SC, Relator Ministro *Luiz Fux*, Primeira Seção DJ de 23 de junho de 2008, CC 16.317 - SP, Relator Ministro *José Delgado*, Primeira Seção, DJ de 3 de junho de 1.996; CC 15.381 - SC, Relator Ministro *Demócrito Reinaldo*, Primeira Seção, DJ de 6 de maio de 1.996; CC 13.888 - RS, Relator Ministro *Francisco Peçanha Martins*, Primeira Seção, DJ de 6 de fevereiro de 1.996).

VIII. Conflito conhecido para julgar competente o Juízo Federal da 1.ª Vara da Subseção Judiciária de Bauru - SP, com a anulação da sentença proferida pelo Juízo de Direito da comarca de Bauru - SP.

(CC 59.477/SP, Rel. Ministro *Luiz Fux*, Primeira Seção, julgado em 22/10/2008, DJe 10/11/2008)

*Civil e Processual Civil. FGTS. Indenização. Multa de 40%. Legitimidade passiva da CEF. Competência da Justiça Federal. Aplicação do art. 515, § 3º, do CPC. Ausência de nexos causal.*

*Improcedência do pedido. Sucumbência recíproca. Honorários advocatícios compensados.*

I. Se a pretensão deduzida na lide direciona-se precisamente a imputar à Caixa Econômica Federal a responsabilidade por ter informado erroneamente o saldo da conta do FGTS, é de ser reconhecida a sua legitimidade passiva ad causam e, conseqüentemente, a competência da Justiça Federal (CF, art. 109, I), por não se tratar causa em que se busca o recebimento de indenização decorrente de eventual pagamento a menor da multa de 40%, devida em caso de despedida sem justa causa (Lei 8.036/1990, art. 18, § 1º), da competência da Justiça do Trabalho.

(...)

VI. Apelação dos Autores parcialmente provida, para desconstituir a parte da sentença que declarou a ilegitimidade passiva da CEF e, aplicando o § 3º do art. 515 do CPC, julgar improcedente o pedido de indenização.

(TRF – 1ª Região, AC 2003.34.00.002087-8/DF, Rel. Juiz Federal Vallisney de Souza Oliveira, convocado, Quinta Turma, DJ de 27/10/2005, p.82).

*Processual Civil e Civil. SFH. Quitação do saldo devedor e restituição de prestações. Invalidez permanente da mutuária. Direito à cobertura securitária. Legitimidade passiva “ad causam” da Caixa Econômica Federal. Competência da Justiça Federal (CF, art. 109, I). Prescrição do art. 178, § 6º, II, do Código Civil. Inaplicabilidade. Termo de renegociação da dívida. Manutenção da validade do contrato original. Vigência das cláusulas de seguro. Honorários advocatícios de sucumbência. Fixação conforme critérios do art. 20, § 3º, do CPC. Ressarcimento de custas e despesas processuais. Assistência judiciária gratuita. Ausência de interesse recursal da seguradora.*

(...)

II. Sendo a CEF parte legítima para figurar na ação, exsurge indiscutível a competência da Justiça Federal para julgar o feito, em face do disposto no art. 109, I, da Constituição da República.

(...)

XI. Apelações da Emgea e da Caixa Seguradora S/A improvidas.

(TRF – 1ª Região, AC 2003.36.00.007827-1/MT, Rel. Juiz Federal Avio Mozar Jose Ferraz de Novaes, convocado, Quinta Turma, DJ de 7/12/2007, p.55)

Assim, a ação originária deveria ter sido proposta perante a Justiça Federal.

Pelo exposto, *concedo a segurança* para confirmar a decisão que deferiu a liminar e afastou a obrigação da CEF em retirar o nome de Rosa Maria Melo da Costa dos cadastros de proteção ao crédito.

É como voto.

## Voto-vogal

*A Exma. Sra. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues:* – Senhor Presidente, acompanho o voto da Relatora, tendo em vista o precedente do Pleno do Supremo Tribunal Federal por ela invocado.

## Voto-vogal vencido

*O Exmo. Sr. Desembargador Federal João Batista Moreira* – Senhor Presidente, tenho decidido esta questão monocraticamente – parece-me até que já a levei à 5ª Turma – com o seguinte entendimento: a Caixa Econômica Federal ingressa com mandado de segurança com efeito de recurso. O correto teria sido ingressar com recurso para o Tribunal de Justiça, que é o órgão hierarquicamente superior ao juiz que proferiu a decisão, alegando, inclusive, esse aspecto, a decisão tomada contra empresa pública federal. Nesta hipótese, entendo que o mandado de segurança deve ser julgado pelo Tribunal de Justiça, também, porque não se trata de juiz estadual exercendo jurisdição federal, por delegação; está, indevidamente, julgando uma questão que seria típica da competência da Justiça Federal. Como o mandado de segurança está sendo interposto com efeito de recurso – repito – o julgamento é da competência do Tribunal de Justiça. Parece-me que há, embora a ilustre Relatora refira-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, jurisprudência do mesmo Tribunal no sentido de meu entendimento.

*A Exma. Sra. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva:* – Senhor Presidente, apenas para esclarecer, tenho, no voto, transcrita uma decisão colegiada do Pleno do Supremo Tribunal Federal, que é bastante esclarecedora sobre a matéria, onde está enunciado o conflito negativo de competência entre o juiz estadual e federal, em mandado de segurança impetrado contra a Caixa Econômica Federal contra ato de juiz de direito, ou seja, exatamente amoldando-se à hipótese. No item 3 desta ementa está dito o seguinte: “*In casu*, tratando-se de mandado de segurança impetrado pela Caixa

Econômica Federal, empresa pública federal, há que se aplicar a regra esculpida no art. 109, I, da Constituição Federal, afim de que seja determinada a competência da Justiça Federal. Ato contínuo, incide a regra do inciso VIII para indicar, conforme for a autoridade impetrada, o órgão competente na Justiça Federal, 1ª ou 2ª instância.” Esta decisão é do Pleno do STF.

*O Exmo. Sr. Desembargador Federal João Batista Moreira:* – Como não se trata de súmula vinculante, Senhor Presidente, penso que a posição que venho adotando, inclusive, corrige a ilogicidade que Vossa Excelência vislumbrou ainda agora. Esta Seção tem aplicado, em situação semelhante, tal orientação: mandado de segurança contra juizado especial. Quando é interposto com efeito de recurso, tem sido reconhecida a competência da Turma Recursal, com o mesmo raciocínio. Portanto, diverjo da ilustre Relatora e remeto o mandado de segurança, da Caixa, para ser julgado pelo Tribunal de Justiça.

## Quarta Seção

---

### Conflito de Competência

**2009.01.00.014421-0/MG**

Relator: Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa  
Autor: José Valdir de Oliveira - ME  
Advogado: Dra. Talita Figueiredo Rabelo Campos  
Reu: Fazenda Nacional  
Procurador: Dr. Luiz Fernando Juca Filho  
Suscitante: Juízo de Direito da Comarca de Campos Gerais - MG  
Suscitado: Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Alfenas - MG  
Publicação: e-DJF1 de 8/9/2009, p. 41.

---

### Ementa

*Processual Civil. Conflito negativo de competência. Exceção de incompetência. Execução fiscal proposta na comarca onde tinha domicílio o devedor. Mudança anterior à citação. Regra da "perpetuatio jurisdictionis". Inaplicabilidade.*

I. A Súmula 58 do STJ cuida somente da hipótese de mudança de domicílio do executado ter ocorrido depois de proposta a execução, para preservação da *perpetuatio jurisdictionis*, definida no art. 87 do CPC.

II. A regra contida no art. 87 do CPC deve ser entendida em conjunto com o prescrito no art. 263 do CPC, que define o que se entende por propositura da ação, no art. 264, que deixa claro que a estabilização do processo se dá com a citação, e com o art. 267, III e seu § 4º, que autoriza a desistência da ação até o final do prazo para a resposta.

III. O Juízo de Direito da Comarca de Alfenas/MG em sede de exceção de incompetência determinou a remessa da execução fiscal para o Juízo de Direito da Comarca de Campos Gerais/MG, pois entendeu que embora tenha o excepto informado que os endereços constantes de seus cadastros eram o do município de Alfenas e depois o de Varginha, o domicílio do executado quando da propositura da execução fiscal era em Córrego do Ouro, município de Campos Gerais/MG, pois inúmeras foram as tentativas frustradas para a citação do mesmo.

IV. A solução da remessa dos autos para o juízo onde tem domicílio o executado é a mais razoável e atende ao princípio da economia processual.

V. Em face da informação de mudança de domicílio da parte executada para a cidade de Campos Gerais/MG, anteriormente à citação, correta a remessa dos autos da execução fiscal ao Juízo de Direito da Comarca de Campos Gerais/MG.

VI. Conflito conhecido, declarando-se a competência do Juízo de Direito da Comarca de Campos Gerais/MG, ora suscitante.

### Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conhecer do conflito para declarar competente o Juízo de Direito da Comarca de Campos Gerais/MG, ora suscitante.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 12/8/2009.

Desembargador Federal *Leomar Amorim*, relator.

---

## Relatório

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Leomar Amorim: – Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo de Direito da Comarca de Campos Gerais/MG, Dr. Flávio Junqueira Silva, tendo em conta a decisão do Juízo de Direito da Comarca de Alfenas/MG, Dr. Paulo Cássio Moreira, que proclamou nos autos de Exceção de Incompetência, interposta em face de Execução Fiscal proposta pelo INSS contra José Valdir de Oliveira - ME, a sua incompetência absoluta para processar e julgar a causa e determinou a remessa dos autos para a Comarca de Campos Gerais/MG.

O Juízo suscitado entendeu que, embora tenha o excepto informado que os endereços constantes de seus cadastros eram o do município de Alfenas e depois o de Varginha, o domicílio do executado quando da propositura da execução fiscal era em Córrego do Ouro, município de Campos Gerais/MG, pois inúmeras foram as tentativas frustradas para a citação do mesmo.

O Juízo suscitante alega que eventuais alterações posteriores de endereço do executado não podem alterar a competência, razão pela qual entende que esta se prorrogou na Comarca de Alfenas/MG.

O Ministério Público Federal opina pelo conhecimento do conflito negativo de competência para que seja declarado competente o Juízo de Direito da Comarca de Campos Gerais (fls. 37/40).

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Leomar Amorim: – No caso dos autos, o INSS ajuizou ação de execução fiscal contra José Valdir de Oliveira – ME em fevereiro de 2001, perante o Juízo de Direito da Comarca de Alfenas/MG, por ser este o domicílio do devedor.

Após inúmeras tentativas frustradas de citação do executado, o mesmo foi encontrado em Córrego

do Ouro/MG, cuja juntada do mandado ocorreu em 8/11/2005 (fl. 81 v).

Em 26/5/2008 (fl. 02), o executado oferece exceção de incompetência e requer seja determinada a remessa dos autos da execução fiscal para a Comarca de Campos Gerais/MG.

O Juízo de Direito da Comarca de Alfenas/MG, ora suscitado, julga procedente o incidente para acolher sua incompetência para processar e julgar o feito e determina a remessa dos autos para a Comarca de Campos Gerais/MG, em atenção à Súmula 40 do Extinto TFR.

O Juízo de Direito da Comarca de Campos Gerais/MG, ora suscitante, alega que eventuais alterações posteriores de endereço do executado não podem alterar a competência, razão pela qual entende que esta se prorrogou na Comarca de Alfenas/MG.

A Súmula 58 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que:

Proposta a execução fiscal, a posterior mudança de domicílio do executado não desloca a competência já fixada.

Referida Súmula só cuida da hipótese da mudança de domicílio do executado ter ocorrido depois de proposta a execução, não anteriormente a ela, sob o fundamento da preservação da chamada *perpetuatio jurisdictionis*, definida no art. 87 do CPC.

Não obstante o acima exposto, a regra disposta no art. 87 do CPC deve ser entendida em conjunto com o prescrito no art. 263 do CPC, que define o que se entende por propositura da ação, no art. 264, que deixa claro que a estabilização do processo se dá com a citação, e com o art. 267, III e seu § 4º, que autoriza a desistência da ação até o final do prazo para a resposta.

Dessa forma, somente com a citação válida é que o processo estará realmente estabilizado. Até então poderá o autor alterar seu pedido ou a causa de pedir, modificar a composição subjetiva da lide e, se necessário, também a competência.

Considerando que o INSS conseguiu obter o endereço atualizado do executado em 7/2005 (fl. 42), na cidade de Campos Gerais/MG, anteriormente a sua citação ocorrida em 11/2005 (fl. 81 v), a remessa dos autos ao Juízo do novo domicílio da parte executada é a solução mais razoável e que atende o princípio

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Federais Reynaldo Fonseca, Catão Alves, Luciano Tolentino Amaral, Maria do Carmo Cardoso e o Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos (convocado).

da economia processual, conforme se vê do seguinte julgado:

*Recurso especial. Processual Civil. Tributário. Execução fiscal. Competência. Mudança de domicílio da empresa em data anterior ao ajuizamento da ação. ERESP 178.233/SE. Recurso provido.*

I. É certo que a jurisprudência desta Corte, sumulada no enunciado 58, pacificou o entendimento de que a competência para o ajuizamento da execução fiscal é fixada no momento da propositura da ação, de maneira que a mudança de domicílio do executado, posteriormente a sua propositura, não desloca a competência já estabelecida, conforme o disposto no art. 87 do Código de Processo Civil.

II. A Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos EREsp 178.233/SE, de relatoria do Ministro Luiz Fux, consagrou orientação no sentido de que “a mudança de domicílio da empresa, antes da propositura da execução fiscal não enseja a aplicação da Súmula 58 do STJ” (DJ de 15.9.2003, grifou-se). Na ocasião, entendeu-se que a alteração do domicílio da empresa em data anterior à propositura do executivo fiscal impõe a aplicação da regra geral constante do caput do art. 58 do CPC.

III. Na hipótese dos autos, consoante informa o Tribunal de origem, a empresa executada mudou o seu domicílio antes do ajuizamento da execução fiscal. Assim, tendo em vista a função uniformizadora de jurisprudência desta Corte de Justiça, adota-se a orientação supra, declarando-se competente o Juízo da Comarca de Capela, no Estado de Alagoas, em virtude de esse ser o domicílio da empresa executada à época da propositura da ação executiva.

IV. Recurso especial provido.

(REsp 517.851/SE, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 14.6.2007 p. 250) (grifo nosso).

Assim, em face da informação de mudança de domicílio da parte executada para a cidade de Campos Gerais/MG, anteriormente à citação no processo de execução na Justiça Estadual, tenho como correta a remessa dos autos da execução fiscal ao Juízo de Direito da Comarca de Campos Gerais, ora suscitante.

Sobre a matéria em discussão, vejam os seguintes julgados:

*Processual Civil. Execução fiscal. Competência. Foro do domicílio do executado.*

I. A execução fiscal é proposta no foro do domicílio do executado. A posterior mudança de residência não modifica a competência.

II. Entende-se como posterior mudança a que se verifica após a propositura da ação de execução (CPC, art. 87).

III. No caso, quando se tentou a citação em Macapá, o executado já tinha domicílio em Belém.

(CC 96.01.06101-0/PA, Rel. Juiz Eustáquio Silveira, Segunda Seção do TRF da 1ª Região, DJ de 29/4/1996, p.27360)

*Conflito de competência - Execução Fiscal - Remessa dos autos ao juízo competente antes da citação - admissibilidade - perpetuatio jurisdictionis - temperamentos.*

I- A Súmula 58 do Superior Tribunal de Justiça só cuida da hipótese de a mudança de domicílio do executado ter ocorrido depois de proposta a execução, não anteriormente a ela. Seu fundamento está na chamada perpetuatio jurisdictionis, que torna irrelevantes as modificações de fato ou de direito posteriores à propositura da ação; não, porém, as anteriores.

II- Se a ação é proposta, equivocadamente, em foro diverso daquele do domicílio do devedor, é lícito ao juiz, antes da citação, determinar a remessa dos autos ao juízo competente, evitando assim os embaraços da previsível exceção de incompetência e, mais que tudo, o retardo de uma execução por carta precatória.

III- A regra contida no art. 87 do CPC deve ser lida em conjunto com o art. 263 do CPC, que define o que se entende por propositura da ação e o art. 264, que deixa claro quando se dá a estabilização do processo e, ainda, com o art. 267, VIII e § 4º, que autoriza a desistência da ação até o final do prazo para a resposta.

IV- Só com a citação o processo está realmente estabilizado. Até então, o autor poderá alterar o pedido ou a causa de pedir, modificar a composição subjetiva da lide e, se necessário, também a competência. Caso em que poderia o autor, simplesmente, desistir da execução e propor outra no juízo do real domicílio do devedor. A solução da remessa dos autos, muito mais razoável, atende ao princípio da economia processual, evitando desperdício de atos, em desprestígio do Judiciário.

V- Conhecido o conflito e declarada a competência do MM. Juízo Federal da 1ª Vara Federal das Execuções Fiscais de Porto Alegre. (CC 2004.04.01.054476-2, Relator Antônio Albino Ramos de Oliveira, Primeira Seção do TRF da 4ª Região, DJ 18/5/2005) (grifo nosso)

*Conflito de competência. Execução fiscal. Domicílio do devedor. Mudança anterior à citação. Regra da perpetuatio jurisdictionis. Inaplicabilidade.*

- A regra da perpetuatio jurisdictionis visa a proteger as partes, evitando que modificações supervenientes, de fato ou de direito, ensejem a mudança do processo, retardando o feito e onerando as partes. Busca evitar, dessa sorte, que o devedor, sabendo-se réu numa ação, possa simplesmente mudar de domicílio para que o processo tenha de acompanhar sua trajetória.

- Se a mudança de domicílio do executado ocorreu antes de ele ser citado não há que se falar em impossibilidade de deslocamento da competência, restando inaplicáveis à espécie o art. 87 do CPC e a Súmula 58 do STJ.

- Conflito conhecido, declarando-se competente o juízo suscitante.

(CC 2003.04.01.046562-6, Relator João Surreaux Chagas Primeira Seção do TRF da 4ª Região, DJ 12/5/2004) (grifo nosso)

Portanto, o foro competente para processar e julgar a ação de execução fiscal deve ser o de Campos Gerais/MG, por ser o novo domicílio do devedor.

Ante o exposto, conheço do conflito e declaro competente o Juízo de Direito da Comarca de Campos Gerais/MG, ora suscitante.

É o voto.

# Primeira Turma

## Apelação Cível

2002.38.00.027206-7/MG

Relator:	Desembargador Federal Carlos Olavo
Relator:	Juiz Federal Guilherme Doehler (convocado)
Apelante:	Sueli Alves Ferreira
Advogado:	Dr. Christiano Tupy Nogueira e outro
Apelante:	Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
Procurador:	Dra. Adriana Maia Venturini
Apelado:	os mesmos
Publicação:	e-DJF1 de 1/9/2009, p. 19

## Ementa

*Direito Administrativo. Servidor público. Abandono de cargo. Penalidade de demissão. Alcoolismo e drogas. Prova pericial. Impossibilidade de entendimento do caráter de ilícito administrativo do fato praticado, ou de determinar-se de acordo com tal entendimento. Ausência de “animus abandonandi”. Reintegração deferida. Aposentadoria por invalidez indeferida. Sentença parcialmente reformada.*

I. Alegação de inépcia da petição inicial por ausência de causa de pedir rejeitada, porquanto os fundamentos de fato e de direito que embasam o pedido formulado pela autora/apelada estão devidamente expostos, mesmo que de forma sucinta.

II. O acolhimento do pedido de reintegração no cargo que anteriormente ocupava a autora necessariamente conduz ao reconhecimento de nulidade da penalidade de demissão imposta, não sendo razoável o argumento do INSS de que seria inepta a inicial por não ter sido expressamente requerida a anulação do processo administrativo ou da pena imposta. Pedido de nulidade da sentença rejeitado.

III. O acolhimento do pedido de reintegração ao cargo formulado pela autora, declarando-se inválido o ato de demissão produzido na esfera administrativa, não configura qualquer invasão de competência, mas mero exercício do mister constitucional conferido ao Judiciário pela norma garantidora de direitos individuais constante do artigo 5º, XXXV, da CF/1988.

IV. O verdadeiro ponto controvertido da lide está adstrito à verificação da existência fática do motivo invocado pela Administração como fundamento de validade do ato de demissão: o abandono de cargo pela servidora/autora, que só se caracteriza quando evidenciado de forma válida o *animus abandonandi*. Configura o motivo, como ensina a melhor doutrina, um dos pressupostos do ato administrativo, devendo a sua gênese fática ser buscada sempre na lei. Uma vez demonstrada a insubsistência do motivo invocado como causa do ato administrativo, restará ele inválido, sendo imperiosa a restituição da situação atingida ao estado anterior.

V. Em face das evidências traduzidas no laudo pericial, que remete o intérprete a triste realidade, caracterizada por uma debilidade adquirida de entender o caráter ilícito do fato praticado (na esfera administrativa), ou de determinar-se de acordo com esse entendimento - à semelhança do que ocorre na seara do Direito Penal (artigo 28 do CP) - trazida pelos danosos efeitos da dependência química em relação ao álcool e outras drogas de igual ou maior calibre, deve-se reconhecer que a autora não abandonou voluntariamente o cargo que ocupava no INSS.

VI. Muito embora o laudo pericial não seja específico ao referir-se à época dos acontecimentos (julho de 1997), é possível extrair-se dele informações seguras de que o estado psíquico-mental da servidora na data da perícia foi

fruto de uma evolução degradante, destrutiva, iniciada bem antes da realização do exame pericial, certamente antes também da data em que simplesmente deixou de comparecer ao trabalho, sem justificativa aparente.

VII. Os males que acometem a servidora, conquanto graves, são passíveis de controle, tratamento e até cura, desde que haja empenho dela em observar as recomendações médicas que lhe forem feitas.

VIII. Se deferido judicialmente o pedido de aposentadoria por invalidez, sem que tenha tido a Administração sequer oportunidade de se manifestar, por meio de Junta Médica, restaria configurada indevida invasão do Judiciário da seara administrativa, que não praticou qualquer ato passível de controle com relação a isso.

IX. Apelação da autora não provida. Apelação do INSS e remessa oficial parcialmente providas, para excluir da condenação o deferimento de aposentadoria por invalidez à servidora e reduzir os juros moratórios fixados na sentença para 0,5% ao mês.

## Acórdão

Decidiu a Turma, à unanimidade, negar provimento ao recurso da autora e dar parcial provimento ao recurso do INSS e à remessa oficial, nos termos do voto do relator.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 15/6/2009.

Juiz Federal *Guilherme Mendonça Doehler*, relator convocado

## Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Guilherme Doehler*:  
– Trata-se de apelações interpostas contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 12ª vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, que julgou procedente o pedido formulado por *Sueli Alves Ferreira* e condenou o INSS a reintegrá-la no cargo de agente administrativo, e, na sequência, conceda-lhe o benefício da aposentadoria por invalidez, a partir de 05/07/1997, com proventos proporcionais ao tempo de serviço da autora.

Sustenta a demandante que o valor de seus proventos de aposentadoria devem ser integrais, consoante redação da Lei 8.112/1990 vigente em 5 de julho de 1997, e também porque a apelante é portadora de alienação mental equivalente a doença incurável. Pretende, também, sejam majorados os honorários advocatícios fixados na sentença (15% do valor atribuído à causa), arbitrando-se a verba com base no valor da condenação.

O INSS, por seu turno, argui preliminares de inépcia da petição inicial, por ausência de causa de pedir; nulidade da sentença, considerada *extra petita*; impossibilidade de antecipação de tutela na hipótese. Prossegue afirmando que houve invasão da seara de competência administrativa pelo Judiciário, que não poderia ter substituído a decisão administrativa, já

que foram devidamente observados o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. Acrescenta que a decisão administrativa foi tomada em cumprimento à legislação, tendo em vista o disposto no artigo 132, II, c/c 138 da Lei 8.112/1990. Por fim, alega que não foi demonstrada a incapacidade da apelada à época dos fatos, pugnando pela redução dos juros moratórios, caso não acolhida no mérito a sua apelação, ao percentual de 0,5% ao mês, nos termos da Lei 9.494/1997.

Contrarrazões foram acostadas às folhas 223/227 (INSS) e 241/246 (autora).

Houve remessa oficial.

É o relatório, no necessário.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Guilherme Doehler*: – Próprios e tempestivos, conheço de ambos os recursos, bem como da remessa oficial.

A leitura atenta da petição inicial revela que a demanda foi ajuizada com o fim de compelir o INSS a reintegrar no cargo de agente administrativo a autora, bem como aposentá-la por invalidez a partir de 5 de

\* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha.

julho de 1997 (data de seu último dia de trabalho), ao fundamento de que não teria se configurado o ‘abandono de cargo’ apontado como motivo imediato da penalidade de demissão, aplicada após instauração de procedimento administrativo disciplinar no âmbito do INSS. Afirma-se, além disso, que “a autora é portadora de seríssimos distúrbios psíquicos irreversíveis desde quando exercia suas atividades laborais” (fls.07).

Em vista disso, deve-se rejeitar de plano a alegada inépcia da petição inicial por ausência de causa de pedir, porquanto os fundamentos de fato e de direito que embasam o pedido formulado pela autora/apelada estão devidamente expostos, mesmo que de forma sucinta.

Em vários pontos da petição inicial são apontadas falhas ocorridas no processo administrativo, embora, ao final, tenha a autora consignado que “não se trata, aqui, de atacar o procedimento administrativo adotado pela Autarquia ré e sim apenas provar que a autora é pessoa doente desde a época em que estava inserida no quadro de funcionários da autarquia”.

O acolhimento de seu pedido de reintegração no cargo que anteriormente ocupava necessariamente conduz ao reconhecimento de nulidade da penalidade de demissão imposta, não sendo razoável o argumento do INSS de que seria inepta a inicial por não ter sido expressamente requerida a anulação do processo administrativo ou da pena imposta.

A sentença recorrida, por sua vez, acolheu o pedido formulado pela autora em seus exatos termos, como se vê às folhas 8. Como já consignado, obviamente deveria ser reconhecida a nulidade da pena de demissão para que fosse a demandante reconduzida ao seu cargo, para fins de posterior deferimento da aposentadoria por invalidez postulada.

Quanto à antecipação de tutela deferida na sentença, verifica-se que o próprio Juízo recebeu o recurso em seus efeitos devolutivo e suspensivo, deixando de aplicar a regra do artigo 520, VII, do CPC. Assim, restou inócua a medida deferida na sentença, que só produzirá efeitos caso venha a ser confirmada.

Lado outro, em se tratando de demanda que versa sobre questões de natureza nitidamente alimentar (salários e/ou proventos), inclina-se a jurisprudência dominante pela flexibilização dos dizeres da Lei 9.494/1997, admitindo o deferimento de

medidas cautelares ou antecipatórias de tutela em tais hipóteses.

Com tais considerações, *rejeito as preliminares arguidas pelo INSS.*

No *mérito*, cumpre inicialmente registrar o posicionamento de que o acolhimento do pedido de reintegração ao cargo formulado pela autora, declarando-se inválido o ato de demissão produzido na esfera administrativa, não configura qualquer invasão de competência, mas mero exercício do *mister* constitucional conferido ao Judiciário pela norma garantidora de direitos individuais constante do artigo 5º, XXXV, da CF/1988.

Em nível infraconstitucional, dispõe o artigo 28 da Lei 8.112/1990 que “A reintegração é a reinvestidura do servidor estável no cargo anteriormente ocupado, ou no cargo resultante de sua transformação, quando invalidada a sua demissão por decisão administrativa ou judicial, com ressarcimento de todas as vantagens”, admitindo expressamente a possibilidade de invalidade, por decisão judicial, a decisão administrativa que tenha aplicado penalidade de demissão a servidor público.

Sob outro prisma, deve-se salientar que o verdadeiro ponto controvertido da lide está adstrito à verificação da existência fática do motivo invocado pela Administração como fundamento de validade do ato de demissão: o abandono de cargo pela servidora/autora, que só se caracteriza quando evidenciado de forma válida o *animus abandonandi*, ou seja, as circunstâncias que o indicam devem ser ajustadas à capacidade do servidor de externar, conscientemente, aquele intuito.

Configura o motivo, como ensina a melhor doutrina, um dos pressupostos do ato administrativo, devendo a sua gênese fática ser buscada sempre na lei. Uma vez demonstrada a insubsistência do motivo invocado como causa do ato administrativo, restará ele inválido, sendo imperiosa a restituição da situação atingida ao estado anterior.

Ante tais premissas, verifico que a demissão da autora foi precedida da instauração de inquérito administrativo disciplinar (35097.010737/97-81), cujo desenrolar registrou os seguintes acontecimentos relevantes:

a) Inicialmente, antes mesmo da instauração do inquérito, a servidora não foi localizada para

fins de realização de avaliação médico-psico-social, inicialmente designada para 7/4/1997 (fls.21). Foi localizada com auxílio da Telemig (fls.22), porém não compareceu à avaliação, re-designada para 14/8/1998 (fls.23);

b) Diante dos fatos informados acima, foi constituída Comissão de Inquérito (fls.25/28). Atendendo solicitação dessa comissão, informou a Seção de Assistência e Medicina social que no período de 7/1997 a 8/1998 Sueli Alves Ferreira esteve em licença médica apenas no dia 7/7/1997 (fls.30);

c) Após diligências no intuito de localização da servidora (fls.34verso, 35/36), foi procedida à citação editalícia (fls.37/40), seguindo-se a nomeação de defensor dativo para a servidora, que tornou-se revel (fls.42/45). Defesa escrita foi apresentada (folhas 47/50), seguindo-se o relatório da comissão de sindicância (fls.51/53), que concluiu pela configuração de abandono de cargo;

d) O relatório foi acolhido pela Corregedoria do INSS (fls.56/58), tendo sido posteriormente expedido o ato de demissão, publicado no DOU de 13/2/1999.

e) Em 13 de março de 2000 a servidora peticionou ao INSS, por procuradora regularmente constituída (fls.69/70), solicitando diligência e vistas dos autos do processo administrativo. Foi acostada aos autos informação de que “A servidora foi convocada para avaliação médico-psico-social em 10/12/1999, quando se concluiu que a mesma não é portadora de distúrbios psicopatológicos” (fls.73).

Do ponto de vista formal, ao que se apura a sentença não apontou a ocorrência de vícios no procedimento administrativo disciplinar instaurado em desfavor da servidora/autora. A própria demandante não aponta nulidades na esfera administrativa, onde buscou-se reiteradamente identificar a sua localização, sem êxito, antes que fosse procedida à citação por edital e subsequente defesa e julgamento à sua revelia.

As provas carreadas aos autos pela demandante, juntamente com a exordial, foram as seguintes:

a) Guia de encaminhamento à saúde mental (Hospital Galba Veloso), oriunda da Secretaria Municipal de Saúde, datada de 22/2/2000. Dela consta: “paciente necessitando de acompanhamento ambulatorial, já havia indicação anterior só que a paciente não compareceu.” (fls.12);

b) Atestado médico datado e 19/2/2000, informando que a autora encontrava-se em tratamento de problemas psiquiátricos devido ao uso de drogas e bebidas alcoólicas, estando incapacitada para exercer atividades cotidianas, sugerindo a sua interdição (fls.13).

A prova pericial produzida nestes autos, mediante exame da autora por perita psicóloga, a partir de 28/10/2003 (laudo datado de 28.11.2003), trouxe aos autos a informação de que a demandante fazia uso constante de drogas (cocaína e maconha) e álcool. Restou frustrada a tentativa de realização do teste denominado *16PF*, devido ao estado de tensão e ansiedade demonstrado pela autora.

Submetida ao teste denominado *Warteg*, a autora revelou à expert deficiências de inteligência, insegurança pessoal, dificuldades de relacionamento em geral, distanciamento das regras normais de moral e conduta, e, no tocante ao campo emocional e afetivo, “bloqueio em se posicionar, não consegue nem expressar a insegurança perante o meio.”

Concluiu a perita que “a autora é dependente química, viciada em álcool e em substâncias alucinógenas, que, pelo uso contínuo por um longo período, causou prejuízos psíquicos. A autora também apresenta um quadro depressivo grave, características de distúrbio psicótico. Porém não é possível afirmar se o quadro é estrutural ou sintomático (relativo à dependência química)”, sugerindo o seu encaminhamento a uma clínica para tratamento de desintoxicação.

Em resposta aos quesitos formulados, acrescentou a perita que “a autora faz uso constante de álcool. Conforme informado pela autora, ela começou a fazer uso de álcool aos 16 anos de idade. Posteriormente e drogas como maconha e cocaína.” (fls.254, quesito 3), esclarecendo ainda que “devido ao uso constante de tais substâncias, a autora não possui a capacidade de discernimento mental equivalente à de uma pessoa normal” (fls.254, quesito 4).

Mais à frente, informou a perita que “a autora não possui condições de ocupar cargo público devido à desorganização psíquica que apresenta”, “a autora não possui condições mentais de exercer função de agente administrativo”.

Em face das evidências traduzidas no laudo pericial, que remete o intérprete a triste realidade,

caracterizada por uma debilidade adquirida de entender o caráter ilícito do fato praticado (na esfera administrativa), ou de determinar-se de acordo com esse entendimento - à semelhança do que ocorre na seara do Direito Penal (artigo 28 do CP) - trazida pelos danosos efeitos da dependência química em relação ao álcool e outras drogas de igual ou maior calibre, considero que deve-se reconhecer que a autora não abandonou voluntariamente o cargo que ocupava no INSS.

Muito embora o laudo pericial não seja específico ao referir-se à época dos acontecimentos (julho de 1997), é possível extrair-se dele informações seguras de que o estado psíquico-mental da servidora na data da perícia foi fruto de uma evolução degradante, destrutiva, iniciada bem antes da realização do exame pericial, certamente antes também da data em que simplesmente deixou de comparecer ao trabalho, sem justificativa aparente.

O álcool, por si só, é capaz de produzir efeitos bombásticos no ser humano, como rotineiramente é noticiado pelos meios de comunicação. Associado a drogas afins, ainda de maiores efeitos entorpecentes, seu efeito é impulsionado, chegando-se ao ponto da completa perda de noção acerca do mundo exterior.

Na hipótese dos autos, pelo que se vê o estado da autora é de franco declínio, trata-se de pessoa acometida de grave depressão, viciada em drogas e álcool. Não vislumbro, em razão disso, condições fáticas reais que a levassem a voluntariamente abandonar um cargo público exercido há mais de dez anos, abrindo mão de seu presente e futuro a um só tempo.

Entendo, na esteira do afirmado anteriormente, que a autora, à época dos acontecimentos que motivaram a sua demissão, não reunia condições de entender o caráter de ilícito administrativo de sua conduta, ou, quando muito, não reunia condições de determinar-se inteiramente de acordo com esse entendimento.

Conclui-se, pois, que a reintegração da autora ao cargo que anteriormente ocupava é medida que efetivamente se impõe, já que o motivo do ato de demissão - abandono de cargo - não se revela caracterizado pela ausência do elemento intencionalidade.

Há que se considerar, outrossim, que as circunstâncias expostas para fins de conclusão quanto à existência de incapacidade da autora de validamente abandonar o cargo que ocupava, não justificam seja reconhecida a sua invalidez permanente para o trabalho.

A perita oficial recomendou o encaminhamento da servidora a uma clínica para fins de desintoxicação, como aliás já haviam feito outros médicos anteriormente, como demonstram os documentos acostados à petição inicial pela autora.

Os males que acometem a servidora, conquanto graves, são passíveis de controle, tratamento e até cura, desde que haja empenho dela em observar as recomendações médicas que lhe forem feitas.

Enquanto não reabilitada, que permaneça a servidora, consoante recomendações médicas, em licença médica (102, VIII, 'b', da Lei 8.112/90). Aposentadoria por invalidez, entretanto, só se revela cabível quando efetivamente comprovada a impossibilidade de reabilitação ou readaptação (artigo 24 da Lei 8.112/90), por junta médica oficial, na esfera administrativa.

Se deferido judicialmente o pedido de aposentadoria por invalidez, sem que tenha tido a Administração sequer oportunidade de se manifestar, por meio de Junta Médica, aí sim, estaria configurada indevida invasão do Judiciário da seara administrativa, que não praticou qualquer ato passível de controle com relação a isso. Atente-se, quando a isso, para as normas seguintes:

Art. 188. A aposentadoria voluntária ou por invalidez vigorará a partir da data da publicação do respectivo ato.

§ 1º A aposentadoria por invalidez será precedida de licença para tratamento de saúde, por período não excedente a 24 (vinte e quatro) meses.

§ 2º Expirado o período de licença e não estando em condições de reassumir o cargo ou de ser readaptado, o servidor será aposentado.

Diante disso, dou provimento parcial ao recurso do INSS, para excluir da condenação o deferimento da aposentadoria por invalidez da autora, ficando prejudicada a apelação da servidora quanto à pretensão de obter proventos integrais.

Quanto aos consectários da condenação, considero que os honorários advocatícios devem ser mantidos, seja porque foram fixados com observância do artigo 20, parágrafo 4º, do CPC, seja porque, com a alteração ora efetivada na sentença, tornou-se a autora sucumbente, embora em menor proporção (artigo 21 do CPC).

Os juros moratórios fixados na sentença devem ser reduzidos para 0,5% ao mês, porquanto a demanda foi ajuizada quando já em vigor a Medida Provisória 2.180/2001, que assim dispôs.

Nos termos expostos, *nego provimento à apelação da autora e dou parcial provimento ao recurso do INSS e à remessa oficial, para excluir da condenação o deferimento de aposentadoria por invalidez à servidora e reduzir os juros moratórios fixados na sentença para 0,5% ao mês.*

É como voto.

## Voto-vista

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha: – pedi vista do processo para melhor análise.

De início ressalto que meu voto vai ao encontro do voto do Juiz Convocado, Dr. Guilherme Doehler.

Quanto às preliminares lançadas pelo INSS não merecem provimento.

De fato não há inépcia da inicial por ausência de causa de pedir – falta de pedido de nulidade do processo administrativo -, porque a inicial permitiu a compreensão dos pedidos e da causa de pedir e nenhum prejuízo levou à defesa do INSS. Tanto assim, que foi prestada a adequada jurisdição.

O pedido deve ser analisado em conjunto com os fatos e fundamentos que o baseiam.

Também não há nulidade da sentença por adentrar na nulidade do processo, pois tal era premissa para análise do pedido final meritório.

Deve-se privilegiar a efetividade na prestação jurisdicional em detrimento de formalismos exagerados. O direito processual civil também já caminha a passos largos em direção da busca da verdade real.

A questão da antecipação de tutela restou prejudicada, posto o recebimento da apelação em seu duplo efeito.

A análise do pedido meritório, inclusive da legitimidade do processo administrativo, é dever do Judiciário provocado a tanto, como o caso. Não há ofensa à separação de poderes.

No mérito também, estou de acordo com o voto do nobre relator.

Com efeito, está assente na ciência médica de que o consumo de drogas e álcool é problema de ordem pública e a respectiva dependência é considerada doença.

Nesse sentido é que se buscou descriminalizar o uso e ofertar tratamentos voluntários ou compulsórios como forma de enfrentamento do problema social verificado. Assim, em 2006 veio à lume a Lei 11.343/2006 que estabelece no seu art. 1º:

*Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.*

Como a doença no caso afeta as faculdades mentais, principalmente no tocante à capacidade de posicionamento quanto à extensão e conseqüência dos atos da vida civil é possível e necessário adentrar na situação fática em perspectiva para se avaliar a legitimidade do ato de demissão.

Dos autos se extrai, desde a causa de pedir e seus fatos até a conclusão da perícia realizada, que a autora não tinha condições pessoais de compreender adequadamente o caráter ilícito de sua conduta e se posicionar de conformidade com as normas a que estava obrigada em razão da relação estatutária com o INSS.

A perícia demonstrou que:

- a) já apresentava um quadro de debilidade mental com capacidade de discernimento inferior à normal (quesito 4 – fl. 254);
- b) era incapaz de conviver normalmente (quesito 6 – fl. 254);
- c) por não dormir no período da noite fazendo uso de drogas e se embriagando, não conseguia ser assídua em seu trabalho, ao ponto de não possuir mais energia para trabalhar (quesito 8 – fl. 255);

d) a autora não possui condições mentais de exercer função de agente administrativo (quesito 13, fl. 255);

Assim, ainda que o INSS tenha intimado a autora duas vezes para comparecer à avaliação médico-psico-social e caracterizado sua revelia, a sua situação foi de molde a afastar as conseqüências da desídia em função de sua peculiar condição de entendimento.

Além disso, dos autos se extrai que a autora buscou tratamento de saúde por problemas psiquiátricos pelo uso de álcool e drogas (fl. 13).

Não obstante isso, tenho que o relator tem também razão quanto ao provimento parcial do apelo do INSS para permitir, por enquanto, apenas a reintegração e concessão de licença para tratamento e tentativa de readaptação da autora.

Tal entendimento está de acordo com os fatos noticiados, em que a perícia vislumbra possibilidade de tratamento (Sugestão VI – fl. 254) e, ainda, que, no momento, há impossibilidade de exercício do cargo de agente administrativo pela autora (quesito 13 – fl. 254), não sendo taxativa quanto à invalidez completa, ou seja, impossibilidade de exercer qualquer atividade laboral.

Assim, atende ao interesse recíproco a tentativa de tratamento e readaptação, além de ser objetivo do Sisnad, como visto acima.

Fica prejudicado o pedido de aposentadoria integral na apelação da autora.

Os honorários advocatícios foram fixados de forma proporcional ao trabalho realizado pelo causídico.

Em face disso, acompanho o relator.

É como voto.

### **Voto-vogal**

*A Exma. Sra. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso:* – Diante dos esclarecimentos do voto claríssimo de Sua Excelência, acompanho o Relator igualmente.

# Segunda Turma

---

## Agravo de Instrumento

2008.01.00.023404-0/DF

Relator: Desembargador Federal Francisco de Assis Betti  
Agravante: União Federal  
Procurador: Dr. Joaquim Pereira dos Santos  
Agravado: Manoel Ferreira dos Santos e outros  
Advogado: Dra. Josilma Saraiva  
Publicação: e-DJF1 4/9/2009, p. 1575.

---

## Ementa

*Processual Civil. Cominação de multa diária. Impossibilidade. Ausência de descumprimento de decisão judicial. Agravo provido.*

I. O agravo de instrumento interposto pela *União Federal* objetiva desconstituir decisão que determinou o cumprimento da obrigação de fazer constante de título judicial, no prazo de trinta dias, sob pena de multa diária de R\$ 300,00 (trezentos reais), assim não há que se falar em impugnação ao título executivo.

II. No que tange à aplicação de multa diária, a jurisprudência majoritária desta Corte é contrária à sua aplicação contra a Fazenda Pública, a não ser que configurada recalcitrância do ente público no cumprimento da decisão judicial, o que não é a hipótese dos autos.

III. Quanto ao prazo de trinta dias conferido à União para o cumprimento do julgado, este pode ser relativizado, eis que não vislumbro interesse da mesma no não pagamento ao autor, já que o atraso não a isenta de sua obrigação, mas importa em pagamento de valores devidamente corrigidos. Outrossim, é imperioso que a Administração zele pela lisura de seus procedimentos administrativos, cujos trâmites burocráticos podem exceder o prazo de trinta dias.

IV. Agravo a que se dá provimento, nos termos dos itens 2 e 3.

## Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar provimento ao agravo.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 27/7/2009.

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*, relator

---

## Relatório

O *Exmo. Sr. Desembargador Federal Francisco de Assis Betti*: – Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União Federal contra decisão que determinou o cumprimento da obrigação de fazer constante de título judicial, no prazo de trinta dias, sob pena de multa diária de R\$ 300,00 (trezentos reais).

Alega a impossibilidade de fixação de multa pecuniária em face da Fazenda Pública e que o prazo estabelecido para cumprimento da ordem é por demais exíguo.

Alega que é impossível a cominação de multa diária à Fazenda Pública sem que haja descumprimento de decisão judicial, e que o prazo de 30 (trinta) dias para cumprimento da decisão é exíguo.

Pleiteia a atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Deferido, em parte, o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo (fls. 68/69).

Contraminuta apresentada às fls. 76/80.

É o relatório. Decido.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Francisco de Assis Betti: – Trata-se de agravo de instrumento interposto pela *União Federal* contra decisão que determinou o cumprimento da obrigação de fazer constante de título judicial, no prazo de trinta dias, sob pena de multa diária de R\$ 300,00.

Os agravados sustentam que, nos caso em tela, é incabível o manejo de agravo de instrumento com o fito de impugnar execução.

Não merece guarida a irrisignação da agravada. Ao contrário do que afirma o agravado, a União interpôs o presente recurso com o objetivo de desconstituir a multa cominatória arbitrada pelo Juiz monocrático. Assim, não há que se falar em impugnação ao título executivo.

No mais, a jurisprudência majoritária desta Corte é contrária à imposição de multa diária contra a Fazenda Pública nos casos de descumprimento de decisão de decisão judicial.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

*Previdenciário e Processual Civil. Aposentadoria especial. Impressor de relevo. Indústria gráfica. Antecipação dos efeitos da tutela no corpo da sentença. Possibilidade. Alegação de inautenticidade de assinatura do empregador. Incidente de falsidade não suscitado na ocasião própria. Comprovação do exercício da atividade especial. Lei 9.032/1995. Posterior regulamentação pelo Decreto 2.172, de 5.3.1997. Período completado na vigência da legislação anterior. Cominação de multa diária. Descabimento. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.*

[...]

VII - A cominação de multa diária é incompatível com os preceitos legais da Administração pública, configurando sua prática como meio inidôneo de coação para o cumprimento da ordem judicial. Precedentes desta Corte.

VIII - Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

(AC 2001.38.00.010696-0/MG, Rel. Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva, Segunda Turma, DJ de 5/6/2006, p.63) (AC 2001.38.00.010696-0/MG, Rel. Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva, Segunda Turma, D.J.U. 5/6/2006, p. 63).

*Processual Civil e Previdenciário. Ação Ordinária. Aposentadoria. Antecipação dos efeitos da tutela. Art. 273 do CPC. Possibilidade. Cominação de multa diária. Astreintes. Impossibilidade.*

I - É incabível a cominação de multa diária ao INSS, em caso de descumprimento de decisão que determina a comprovação do cumprimento da antecipação dos efeitos da tutela, porquanto se apresenta incompatível com a sistemática peculiar que rege os procedimentos a serem adotados pelo agravante para o cumprimento de decisões judiciais.

[...]

(AG 2002.01.00.010557-2/MG, Rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Segunda Turma, DJ de 9/7/2004, p.75);

Quanto ao prazo de trinta dias conferido à União para o cumprimento do julgado, este pode ser relativizado, eis que não vislumbro interesse da agravante no não pagamento aos autores, já que o atraso não a isenta de sua obrigação, mas importa em pagamento de valores devidamente corrigidos. Outrossim, é imperioso que a Administração zele pela lisura de seus procedimentos administrativos, cujos trâmites burocráticos podem, sim, exceder o prazo de trinta dias.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo.

É como voto.

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Neuza Maria Alves da Silva e Carlos Moreira Alves.

# Terceira Turma

## *Habeas Corpus*

**2009.01.00.040157-8/GO**

Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães  
Impetrante: Dr. Jorge Santoro Filho  
Impetrante: Dr. Thiago de Oliveira Santoro  
Impetrado: Juízo Federal da 11ª Vara - GO  
Paciente: Leomar Oliveira Barbosa  
Publicação: e-DJF1 de 4/9/2009, p. 1639.

## **Ementa**

*Penal e Processual Penal. "Habeas Corpus". Prisão preventiva. Garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal. Sentença condenatória proferida. Crime punido com detenção. Inocorrência das hipóteses previstas, no art. 313, II e III, do CPP, para a decretação da prisão preventiva, por crime punido com detenção. Regime inicial semi-aberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade. Manutenção da custódia cautelar incompatível com os termos da condenação. Precedentes do STJ e do TRF/1ª Região. Pretensão do impetrante de cassar a sentença condenatória. Impossibilidade. Ordem parcialmente concedida.*

I. A prisão preventiva deve ser mantida quando absolutamente imprescindível, dada sua natureza excepcional, e sujeita-se à cláusula da imprevisão, devendo ser revogada, quando não mais presentes os motivos ensejadores da custódia cautelar, bem como renovada, quando sobrevierem razões justificadoras da medida extrema.

II. Inocorrência, na espécie, das hipóteses que autorizam a decretação da prisão preventiva, nos crimes dolosos punidos com detenção, tal como previsto no art. 313, II e III, do CPP.

III. O réu que permanece encarcerado durante a instrução criminal, em princípio, não tem o direito de apelar em liberdade, depois de declarada a sua culpabilidade, pela sentença condenatória. "Defere-se tal direito, contudo, ao acusado para o qual ficou estabelecido regime semi-aberto, porquanto a negativa do direito de apelar em liberdade lhe impõe sanção mais gravosa do que a estabelecida na sentença, já que o regime semi-aberto irá permitir-lhe alguma liberdade, enquanto que sua custódia provisória lhe retira totalmente a liberdade" (ACR 2007.43.00.002043-6/TO, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, 3ª Turma do TRF/1ª Região, unânime, e-DJF1 de 6/3/2009, p. 60). Precedentes do STJ e do TRF/1ª Região.

IV. "Fixado o regime semi-aberto para o inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade, a negativa do apelo em liberdade se constitui em constrangimento ilegal, porquanto não pode o acusado aguardar o julgamento de seu recurso em regime mais gravoso do que aquele fixado na sentença condenatória." (HC 91.654/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma do STJ, unânime, DJU de 7/2/2008, p. 389).

V. Hipótese em que a sentença condenatória fixou o regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, negando, ao paciente, o direito de apelar em liberdade, hipótese em que a manutenção da prisão cautelar superaria, consideravelmente, o resultado final do processo, ou seja, a pena cominada, comprometendo a função acautelatória da prisão provisória.

VI. O pedido de cassação da sentença condenatória, com o trancamento da Ação Penal, formulado pelo impetrante, não é próprio para ser discutido na via eleita pelo impetrante, conforme farta jurisprudência acerca da matéria, já que demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório.

VII. Ordem parcialmente concedida, apenas para revogar a prisão preventiva do paciente e assegurar seu direito de apelar da sentença condenatória em liberdade, determinando a expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.

## Acórdão

Decide a Turma conceder parcialmente a ordem de *Habeas Corpus*, à unanimidade, apenas para revogar a prisão preventiva do paciente e assegurar seu direito de apelar da sentença condenatória em liberdade, determinando a expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 25/8/2009.

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*, relatora

### Relatório

A *Exm<sup>a</sup> Sr<sup>a</sup> Desembargadora Federal Assusete Magalhães*: – Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por *Jorge Santoro Filho* e *Thiago de Oliveira Santoro* em favor de *Leomar Oliveira Barbosa*, impugnando ato exarado pelo ilustre Juízo Federal da 11ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, que, ao proferir sentença nos autos da Ação Penal 2009.35.00.003504-2 – na qual o paciente foi condenado, pela prática do crime previsto no art. 307 do Código Penal (falsa identidade), à pena de 8 (oito) meses de detenção –, decretou a sua prisão preventiva, para garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, negando-lhe, por conseguinte, o direito de apelar em liberdade (fls. 75/84).

Sustentam os impetrantes, em síntese, que o paciente “foi preso por policiais federais no dia 19 de dezembro de 2008 em flagrante delito pelos tipos penais descritos nos artigos 35 e 36 da Lei 11.343/2006 juntamente com os cidadãos Francisco de Assis Rodrigues Filho, Revelino Oliveira Rodrigues, Mário Rocha Alóquio e Fernando da Silva Filho e autuados no dia 20 de dezembro, sendo ainda o acusado Francisco Assis Rodrigues Filho autuado em flagrante delito também pelos crimes previstos nos artigos 14 e 16 da Lei 10.826/2003 e 304 do Código Penal e Revelino Oliveira Rodrigues ainda no tipo penal previsto no artigo 304 do Código Penal”; que, “ao apreciar o auto de comunicação em flagrante no dia 21 de dezembro de 2008 o MM. Juiz da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás se deu por incompetente para julgar os crimes previstos nas leis de entorpecentes e no Estatuto do Desarmamento, afirmando naquela oportunidade que somente seria competente para julgar o suposto uso

de documento falso pelos presos Revelino Oliveira Rodrigues e Francisco de Assis Rodrigues”; que, “no dia 19 de janeiro de 2009, apreciando os autos do inquérito, agora relatado pelo Delegado da Polícia Federal que presidiu o feito, o Juiz Federal da 11ª Vara Federal, ratificou a decisão datada de 21 de dezembro de 2008, determinando agora o desmembramento do feito, declinando da competência em favor da Justiça Estadual de Itumbiara-GO para processar e julgar os delitos descritos no artigo 33 da Lei 11.343/2006 e artigos 14 e 16 da Lei 10.826/2003, bem como o retorno da análise ao Juízo de Campo Grande/MS, quanto aos delitos descritos nos artigos 35 e 36 da Lei 11.343/2006; que, na referida decisão “o Magistrado Federal determinou o envio dos autos à Justiça Estadual - Comarca de Itumbiara-GO, aduzindo o dever de a investigação continuar no Juízo Federal tão somente em relação ao crime de uso de documento falso pelos investigados Revelino Oliveira Rodrigues e Francisco de Assis Rodrigues”; que o Juiz de Direito da Comarca de Itumbiara/GO também deu-se por incompetente e, encontrando-se o feito processando o recurso em sentido estrito, o TJ/GO concedeu *habeas corpus*, em 18/06/2009, para que o paciente aguardasse o julgamento do processo em liberdade; que, “assim, os autos relacionados ao uso de documento falso foram encaminhados à Delegacia de Polícia Federal, que concluído (*sic*) decidiu indiciar o acusado Leomar de Oliveira Barbosa pelo crime descrito no artigo 307 do Código Penal”; que o MPF ofereceu denúncia em desfavor do paciente, pelo crime de falsa identidade (art. 307 do CP), sendo a denúncia recebida, resultando na condenação que lhe foi imposta – em sentença prolatada em 03/07/2009 –, a 8 (oito) meses de detenção, pena a ser cumprida em regime inicialmente

semi-aberto, sendo, na sentença, decretada a sua prisão preventiva, para garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal; que a única testemunha que afirmou que o paciente se atribuíra falsa identidade, no momento da prisão, dizendo chamar-se “Robson”, foi o condutor Ronaldo Graciliano Arguelo, que, ao ser ouvido em Juízo, esclareceu que “Leomar não se apresentou com o nome de Robison; Que Leomar ao ser interpelado disse: vocês já sabem quem eu sou. Que já conhecia Leomar por foto” (fl. 6); que as demais testemunhas “foram unânimes em afirmar que não participaram da prisão do Paciente Leomar e que todos o conheciam” (fl. 6); que o seu indiciamento ocorreu apenas porque foi encontrado, em poder de Revelino Oliveira Rodrigues, um CPF com nome de Robison Neves de Barros, presumindo o Delegado que tal documento seria do paciente; que, assim, não há prova da autoria; que “não há prova de materialidade capaz de comprovar ter sido o documento obtido pelo paciente e a acusação não é de uso nem falsidade ideológica, mas sim o de falsa identidade descrita no artigo 307 do Código Penal”; que “o paciente era, e é, pessoa conhecida dos policiais tornando-se impossível a prática do delito a ele atribuído”; que, na Polícia Federal, o paciente assinou seu correto nome no ato de prisão em flagrante; que, “assim, além de atípica a conduta do Paciente, o crime seria impossível (art. 17 do CP) por total ineficácia do meio, já que o meio supostamente utilizado seria absolutamente ineficaz já que impossibilitado de produzir o evento intencionado que seria de levar vantagem para evitar o cumprimento do mandado de prisão, tanto pelas razões expostas acima como por ser conhecido dos policiais que participaram da diligência e da prisão do paciente”; que a jurisprudência do STJ considera atípica a conduta do réu de se atribuir falsa identidade perante a autoridade policial, para ocultar antecedentes criminais, em atitude de autodefesa; que o art. 313, II e III, do CPP, admite a prisão preventiva, quanto a crime punido com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio, ou, havendo dúvida quanto à sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la (art. 313, II); ou se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal (art. 313, III); que, porém, “como se depreende dos documentos acostados ao presente *writ* o paciente tem profissão definida tendo declinado a mesma como agropecuarista tanto na Delegacia como diante

do Magistrado Federal quando de seu interrogatório, bem como se vê identificado corretamente, não sendo assim aplicável tal medida na espécie”; que inexistem, nos autos, qualquer prova de sentença condenatória anterior, com trânsito em julgado; que a pena aplicada, pela sentença, ao paciente – 8 (oito) meses de detenção –, é incompatível com a prisão preventiva nela decretada; que, se ele não foi preso preventivamente antes, “tendo-se comportado exemplarmente durante toda a fase da instrução, não há o mínimo cabimento em que o seja somente porque foi sentenciado”; que é ilegal e desnecessária a sua prisão preventiva.

Requerem, a final, o deferimento do pedido de liminar, para a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, revogando-se o decreto de prisão preventiva, e, no mérito, pugnam pela concessão da ordem de *habeas corpus*, para cassar a sentença condenatória, trancando-se a Ação Penal, em face da atipicidade da conduta (fls. 2/35).

O pedido formulado em sede de liminar foi indeferido (fl. 101).

As informações foram prestadas pela autoridade apontada como coatora (fls. 111/115).

A PRR/1ª opinou pela denegação da ordem (fls. 118/125).

É o relatório.

## Voto\*

A Exma. Sr<sup>a</sup> Desembargadora Federal Assuete Magalhães: – Como se viu do relatório, trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Leomar Oliveira Barbosa*, impugnando ato exarado pelo ilustre Juízo Federal da 11ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, que, ao proferir sentença nos autos da Ação Penal 2009.35.00.003504-2 – na qual o paciente foi condenado, pela prática do crime previsto no art. 307 do Código Penal (falsa identidade), à pena de 8 (oito) meses de detenção –, decretou a sua prisão preventiva, para garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, negando-lhe, por conseguinte, o direito de apelar em liberdade (fls. 75/84).

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargador Federal Cândido Ribeiro e Tourinho Neto.

Consta dos autos que, em 03/07/2009, foi proferida sentença (fls. 75/84), que condenou o paciente à pena privativa de liberdade de 8 (oito) meses de detenção, em regime inicial semi-aberto, pela prática do delito previsto no art. 307 do CP (falsa identidade), sendo-lhe, contudo, negado o direito de recorrer em liberdade, pelos seguintes fundamentos, *in verbis*:

*Tendo em vista que, quando da prática dos crimes objeto desta sentença condenatória, todos já eram foragidos da Justiça e o uso de documento falso por Francisco e Revelino, assim como a atribuição de falsa identidade por Leomar revelam claro intuito de não se curvarem a qualquer determinação judicial, principalmente no que diz respeito ao cumprimento das penas a eles impostas. Acrescente-se, ainda, o fato de não terem emprego ou residência fixa. Assim, há elementos concretos que permitem concluir que caso não mantida a custódia dos mesmos, haverá risco vinculado à aplicação da lei penal. A necessidade de resguardar a ordem pública emerge do fato de haverem continuado a praticar crimes mesmo após condenações anteriores, o que põe em risco a segurança pública, principalmente porque os ora condenados integram grupo criminoso com notável potencial ofensivo, conforme prova dos autos. Por essas considerações, estando presentes os requisitos da prisão preventiva, mantenho a prisão dos acusados Francisco e Revelino, ao passo que decreto a prisão preventiva de Leomar, negando-lhes, por conseguinte, o direito de apelar em liberdade. (fls. 83/84)*

Em seguida, foi determinada a expedição de guia de execução provisória dos réus, nos termos da Resolução 19/2006, do CNJ.

Nos termos do art. 313, incisos II e III, do Código de Processo Penal, é possível a decretação da prisão preventiva, para crimes punidos com detenção, “quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la”, ou, ainda, “se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado”, ressalvado o disposto no art. 64, inciso I, do Código Penal.

Sobre o tema, leciona Eugênio Pacelli de Oliveira, a saber:

*Para os crimes punidos com pena de detenção, a prisão somente será possível, presentes também as situações do art. 312, se houver dúvida quanto à identidade do acusado (ou indiciado), pela ausência de elementos idôneos para o respectivo esclarecimento (art. 313, II). Prevê a lei (art. 313, II) que seria também*

*possível a decretação da prisão preventiva nos crimes punidos com detenção quando se tratar de réu vadio. A expressão, na atualidade dos dias que correm, é inteiramente vazia de conteúdo.*

Ora, se a lei parte do pressuposto de que aquele que não trabalha (o tal vadio) deve dedicar-se à prática de atividade criminosa, uma prisão sob tal fundamentação não guardará qualquer instrumentalidade em relação ao processo no qual seja decretada. E mais: partirá de juízo de pura abstração, com consequências típicas de antecipação de culpabilidade. Não vemos, pois, como se possa dimensionar o sentido do termo vadio.

*E a última exceção para os crimes punidos com detenção é quando se tratar de réu (ou indiciado) já condenado por outro crime doloso, por sentença penal devidamente passada em julgado. Mesmo nesse caso, se a condenação for anterior aos últimos cinco anos (art. 64, I, CP, que afasta os efeitos da reincidência), não será possível a decretação da prisão preventiva. (Curso de Processo Penal. 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 438).*

Da leitura da decisão impugnada, verifica-se que o Juízo *a quo* não se limitou a apresentar os elementos demonstradores da necessidade da custódia cautelar, para garantia da aplicação da lei penal e da ordem pública, justificando a privação da liberdade também no fato de não ter o paciente emprego ou residência fixa e de haver sido condenado anteriormente pela prática criminosa – sem esclarecer se se trata de condenação com trânsito em julgado –, além de possuir contra si 8 (oito) mandados de prisão, sendo 3 (três) a cumprir e 5 (cinco) já cumpridos, conforme assinala o Juiz no *decisum* ora impugnado (fl. 83).

No ponto, destaco o seguinte trecho da manifestação do Ministério Público Federal, em parecer da lavra da eminente Procuradora Regional da República Elizeta Maria de Paiva, *in verbis*:

No caso, o decreto de prisão preventiva está suficientemente fundamentado, tendo o juízo monocrático tomado tal medida para assegurar a aplicação da lei penal, levando em conta, inclusive, o fato de o agente ser foragido da justiça, estar sempre envolvido em práticas delituosas, com oito mandados de prisão expedidos contra ele, consoante se denota da leitura das informações insertas nos autos, *verbis*:

Réu: Leomar Oliveira Barbosa

*Quanto à culpabilidade, tenho que é intenso o grau de reprovabilidade da conduta,*

mormente porque o réu se atribuiu falsa identidade no ato de seu registro no hotel para não deixar rastros em suas ações criminosas e, posteriormente, perante os policiais, para não ser identificado. Reconheço a existência de maus antecedentes, em razão de haver sido condenado anteriormente pela prática criminosa, conforme informações de fls. 175 a 186.

Constam três mandados de prisão a cumprir e já cumpridos em desfavor de Leomar (fls. 64 e 160). A conduta social e a personalidade do acusado se confundem com a ausência de desempenho de trabalho honesto e envolvimento em práticas criminosas. Os motivos para a prática do crime consistem no intuito de evitar o cumprimento de ordem de prisão contra si emitida. As circunstâncias são graves, tendo em vista que se atribui falsa identidade no curso de crime de associação para o tráfico. As consequências do crime são normais ao tipo penal. O comportamento dos agentes da vítima (União) não teve relevância para a prática da infração penal. Dessa forma, a prática delituosa esteve, durante todo o tempo, sob domínio do acusado, sem qualquer interferência de terceiros.

(...)

Considerando que as circunstâncias judiciais são desfavoráveis, somado ao fato de ser o acusado foragido da justiça, o que denota seu intuito de não cumprir as penas a ele impostas, nos termos do art. 33, § 3º, o sentenciado iniciará o cumprimento da pena em regime semi-aberto.

Ausentes os pressupostos legais, principalmente aqueles previstos no inciso III do art. 44 do CP, com a nova redação dada pela Lei nº 9.714/98, deixo de substituir a pena privativa de liberdade imposta ao condenado. Também incabível o sursis pelas mesmas razões.

(...)

Estando presentes os requisitos da prisão preventiva, este Juízo manteve a prisão em flagrante do paciente Revelino Oliveira Rodrigues e do acusado Francisco de Assis Rodrigues Filho, agora presos em função de sentença condenatória recorrível, e decretou a prisão preventiva de Leomar Oliveira Barbosa, que não se encontrava anteriormente segregado em função deste feito, mas decorrente de outro processo, pelos seguintes fundamentos:

Tendo em vista que quando da prática dos crimes objeto desta sentença condenatória, todos já eram foragidos da Justiça e o uso de documento falso por Francisco e Revelino, assim como a atribuição de falsa identidade por Leomar revelam claro intuito de não se curvarem a qualquer determinação judicial, principalmente no que diz respeito ao cumprimento das penas a eles impostas. Acrescente-se, ainda, o fato de não terem emprego ou residência fixa. Assim, há elementos concretos que permitem concluir que caso não mantida a custódia dos mesmos, haverá risco vinculado à aplicação da lei penal. A necessidade de resguardar a ordem pública emerge do fato de haverem continuado a praticar crimes mesmo após condenações anteriores, o que põe em risco a segurança pública, principalmente porque os ora condenados integram grupo criminoso com notável potencial ofensivo, conforme prova dos autos. Por essas considerações, estando presentes os requisitos da prisão preventiva, mantenho a prisão dos acusados Francisco e Revelino, ao passo que decreto a prisão preventiva de Leomar, negando-lhes, por conseguinte, o direito de apelar em liberdade. (fls. 119/120)

Entretanto, embora as circunstâncias judiciais sejam, efetivamente, desfavoráveis ao paciente, os documentos de fls. 133/163 provam que o paciente explora a Fazenda São Sebastião, situada em Cáceres/MT, doada a suas filhas menores (fls. 146/147); que herdou ele gado, nos autos de inventário de seu genitor (fls. 138/145); que o *fac-simile* de ferro, para que o paciente marque o gado de sua propriedade, está registrado na Secretaria de Administração da Prefeitura de Cáceres/MT, em 11/11/2005 (fl. 134); que o paciente está cadastrado, como contribuinte, na qualidade de microprodutor, na aludida Fazenda, junto à Secretaria de Estado de Fazenda de Mato Grosso, com início de atividade em 21/5/2008 (fls. 135/136 e 149/151); que declarou ele à Receita Federal, nos exercícios de 2008, ano-base 2007, e 2009, ano-base 2008, a exploração do imóvel rural Fazenda São Sebastião (fls. 151/163). Diante de tais documentos, penso que não se pode afirmar seja ele vadio.

Inexiste dúvida, por outro lado, quanto à identidade do paciente, que, desde o auto de prisão em flagrante, pelos crimes da Lei 11.343/2006, em 19/12/2008, forneceu todos os elementos para

sua identificação e qualificação, como se vê a fl. 59, inoocorrendo, pois, a hipótese prevista no art. 313, I, do CPP, autorizadora da prisão preventiva por crime de detenção.

Por outro lado, infere-se que o réu não teria sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, na forma do art. 313, III, do CPP, para autorizar a prisão preventiva em caso de crime punido com detenção, eis que, embora a sentença registre que ele já teria “sido condenado anteriormente pela prática criminosa” (fl. 83), não esclarece se tal ocorreu mediante sentença transitada em julgado. E certamente não houve sentença transitada em julgado, eis que o Juízo impetrado não aplicou, ao paciente, a agravante obrigatória da reincidência, prevista no art. 61, I, do Código Penal. Como se vê a fl. 83, o Juízo *a quo* aplicou, ao paciente, a pena-base de 8 (oito) meses de detenção, pelo crime do art. 307 do Código Penal – único delito que lhe foi imputado, na denúncia (fls. 38/41) –, tornando-a “definitiva em razão da ausência de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou diminuição” de pena (fl. 83).

Ademais, como registra a sentença, a única testemunha que afirmara, na esfera policial, que o paciente, ao ser abordado pela Polícia, informara – sem apresentar qualquer documento – que se chamaria Robson (fl. 44), em Juízo já esclarece que “o acusado Leomar não se apresentou para nós como Robson, havia apenas o seu registro no hotel em nome de Robson” (fl. 68) e que ele “já conhecia o acusado Leomar através de fotografia do arquivo de presos” (fl. 69). Outro policial federal, também ouvido em Juízo, afirma que “não se lembra do nome que Leomar tinha atribuído a si próprio no momento da abordagem. Os Agentes já sabiam que ele era o Leomar e já o tratavam por esse nome” (fl. 72).

O paciente foi denunciado e condenado tão somente pelo crime do art. 307 do Código Penal (falsa identidade), esclarecendo a sentença que ele não fez uso de documento falso (fl. 80). O crime do art. 307 do CP é punido com *detenção* ou multa, não se fazendo presentes, na espécie, a meu ver, as hipóteses do art. 313, II e III, do CPP, que autorizam, nas circunstâncias do art. 312 do CPP, a decretação de prisão preventiva em crimes punidos com detenção. Veja-se que o art. 313 do CPP dispõe que “em qualquer das circunstâncias presentes no artigo anterior (art. 312 do CPP, que

regula as circunstâncias da prisão preventiva), será admitida a decretação da prisão preventiva, nos crimes (...) II – punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; III – se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal.”

A prisão preventiva deve ser mantida quando absolutamente imprescindível, dada sua natureza excepcional, e sujeita-se à cláusula da imprevisão, devendo ser revogada, quando não mais presentes os motivos ensejadores da custódia cautelar, bem como renovada, quando sobrevierem razões justificadoras da medida extrema.

Na hipótese, ademais, verifica-se que foi fixado, na sentença condenatória, em relação ao ora paciente, o regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade (fl. 83), entendendo o Magistrado que as circunstâncias judiciais são desfavoráveis, além de ser o acusado foragido da Justiça, a denotar seu intuito de não cumprir as penas a ele impostas. Mesmo em tal situação, a manutenção da prisão cautelar superaria, consideravelmente, o resultado final do processo, ou seja, a pena cominada, comprometendo a função acautelatória da prisão provisória.

De fato, a prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, é medida cautelar, ou seja, visa resguardar o resultado final do processo, que é a sua razão de ser. Assim, parece-me, *data venia*, incoerente negar, ao paciente, o direito de apelar em liberdade, quando sua pena privativa de liberdade de 8 (oito) meses de detenção deve ser cumprida, inicialmente, no regime semi-aberto, conforme consignado na sentença condenatória (fl. 83).

Sobre a questão, é entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, “estipulado o regime inicial semi-aberto para cumprimento da pena, mostra-se incompatível com a condenação a manutenção da custódia cautelar – antes em razão da prisão em flagrante e conservada na sentença condenatória para negar aos pacientes o apelo em liberdade –, ainda que a acusação tenha recorrido.” (HC 82.745/GO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, unânime, DJU de 5/11/2007, p. 324).

Nesse sentido, confirmam-se outros precedentes daquele egrégio Tribunal:

*Habeas Corpus. Processual penal. Recepção qualificada. Preventiva. Fundamentação com base na gravidade genérica do delito e em meras conjecturas. Sentença. Réu que permaneceu preso durante a instrução criminal. Negativa do direito de apelar em liberdade com base nos mesmos fundamentos da prisão preventiva, os quais se mostraram inidôneos. Condenação em regime semi-aberto. Constrangimento ilegal. Ordem concedida.*

I. O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento no sentido de que não tem direito de apelar em liberdade o réu que permaneceu preso durante a instrução criminal, salvo quando o ato que originou a custódia cautelar é ilegal por não possuir fundamentação idônea, o que ocorreu no caso.

II. O magistrado não teceu argumentação idônea à manutenção do cárcere do ora Paciente, que se baseou, tão-somente, na gravidade em abstrato do delito, o que, por si só, não tem o condão de justificar a prisão cautelar.

III. Fixado o regime semi-aberto para o inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade, a negativa do apelo em liberdade se constitui em constrangimento ilegal, porquanto não pode o acusado aguardar o julgamento de seu recurso em regime mais gravoso do que aquele fixado na sentença condenatória. *Precedentes desta Quinta Turma.*

IV. Ordem concedida para assegurar ao Paciente o direito de apelar em liberdade, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de nova decretação se fatos posteriores justificarem a medida constritiva.

(HC 91.654/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, unânime, DJU de 7/2/2008, p. 389 – grifei.)

*Extorsão qualificada (prisão em flagrante). Liberdade provisória (indeferimento). Gravidade do fato (motivação). Fundamentação (falta). Sentença penal condenatória (prolação). Regime semi-aberto (aplicação). Apelação em liberdade (possibilidade).*

I. Toda medida cautelar que afete pessoa haverá de conter os seus motivos, por exemplo, a prisão preventiva haverá de ser sempre fundamentada, quando decretada e quando denegada (Cód. de Pr. Penal, art. 315).

II. Sendo lícito ao juiz, no caso de prisão em flagrante, conceder ao réu liberdade provisória (Cód. de Pr. Penal, art. 310, parágrafo único), o seu ato, seja qual for, não prescindirá de fundamentação.

III. No caso, a decisão que indeferiu a liberdade provisória fundou-se na gravidade do crime, nas circunstâncias do delito e na realidade da comarca. Tratando-se de ato (negativo) sem suficiente fundamentação, é de se reconhecer, daí, que o paciente sofre a coação ensejadora do habeas corpus.

IV. São incompatíveis na sentença condenatória o estabelecimento do regime inicial semi-aberto e a negativa ao réu de apelar em liberdade.

V. Faltando à sentença convincente motivação quanto à necessidade da prisão, o melhor dos entendimentos é o de que o réu pode apelar em liberdade.

VI. Ordem concedida a fim de se permitir ao paciente aguardar em liberdade o julgamento da apelação.

(HC 98.662/SC, Rel. Min. Nilson Naves, 6ª Turma, unânime, DJe de 4/8/2008 – grifei.)

Nessa linha, veja-se o seguinte julgado do TRF/1ª Região:

*Penal. Processo Penal. Furto qualificado. Princípio da insignificância. Tentativa. Furto privilegiado. Reincidência. Comprovação. Regime de cumprimento, dosimetria e substituição de pena. Liberdade para apelar.*

I. A intensa reprovabilidade da conduta dos acusados, os quais, mediante concurso de duas pessoas, planejaram assalto à agência dos Correios (ECT), inclusive comprando ferramentas para o arrombamento do local e usando de grande violência para romper todos os obstáculos de modo a alcançar o objetivo de subtrair a coisa, impede a aplicação do princípio da insignificância, mesmo sendo baixo o valor objeto da tentativa de furto.

II. Caracterizado que os acusados praticaram não apenas atos preparatórios, mas, também, todos os atos executórios, e que o furto somente não se consumou porque a polícia os impediu, correta a diminuição de pena, pela tentativa, no valor mínimo previsto no art. 14, II, do Código Penal.

III. Descabe o reconhecimento do furto privilegiado, previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal, quando já fora reconhecido que os acusados praticaram o furto qualificado, previsto nos incisos I e IV do § 4º do art. 155 do mesmo Código. O desvalor do resultado (furto privilegiado) não pode preponderar sobre o desvalor da conduta (furto qualificado). Precedente deste TRF: ACR 2004.34.00.003527-5/DF, 19/10/2007 DJ p.27.

IV. Documentos colhidos diretamente no endereço eletrônico do Tribunal de Justiça do

Distrito Federal, os quais não deixam nenhuma dúvida de que um dos acusados foi condenado pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incs. I e II, do Código Penal, estando a sentença, transitado em julgado, aguardando cumprimento, servem para provar a reincidência, mormente quando o próprio acusado afirmou, em seu interrogatório judicial, que já fora preso e condenado por aquele crime.

V. Correta a sentença ao fixar os regimes semi-aberto e fechado para o cumprimento das penas inferiores a quatro anos. O regime mais gravoso se justifica quando as circunstâncias judiciais forem amplamente desfavoráveis aos acusados, que, inclusive, são indiciados em inquéritos policiais e partes em ações penais pela prática de diversos crimes. Iguais motivos impedem a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e, ainda, justificam a fixação de pena-base e de multa acima do mínimo legal.

VI. Encontrando-se o réu preso em virtude de flagrante, durante toda a instrução criminal, não tem direito de apelar em liberdade de sentença que o condenou a pena de reclusão. Defere-se tal direito, contudo, ao acusado para o qual ficou estabelecido regime semi-aberto, porquanto a negativa do direito de apelar em liberdade lhe impõe sanção mais gravosa do que a estabelecida na sentença, já que o regime semi-aberto irá permitir-lhe alguma liberdade, enquanto que sua custódia provisória lhe retira totalmente a liberdade”.

(ACR 2007.43.00.002043-6/TO, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, 3ª Turma, unânime, e-DJF1 de 6/3/2009, p. 60 – grifei.)

Sobre a proporcionalidade da prisão cautelar, em relação ao provimento final do processo, leciona Eugênio Pacelli de Oliveira que “a prisão cautelar é utilizada, e somente aí se legitima, como instrumento de eficácia da persecução penal, diante de situações de risco real devidamente previstas em lei. *Se a sua aplicação pudesse trazer consequências mais graves que o provimento final buscado na ação penal, ela perderia a sua justificação, passando a desempenhar função exclusivamente punitiva. A proporcionalidade é, portanto, a medida de sua legitimação, sua ratio essendi*” (Curso de Processo Penal, 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 416)

Com efeito, em caso semelhante, o egrégio Superior Tribunal de Justiça decidiu que “a manutenção da *prisão preventiva*, quando proferida a sentença condenatória, negando ao réu o direito de recorrer em liberdade, constitui constrangimento ilegal, porque agrava indevidamente a sua situação no caso de optar

pela interposição do recurso de apelação, além de revelar, inclusive, um contra-senso, dada a natureza da pena aplicada, sua quantidade e o tempo de duração do encarceramento absoluto do paciente durante a instrução processual. *Portanto, fixado na sentença condenatória o regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena aplicada, é direito do réu aguardar o julgamento de eventual recurso de apelação em liberdade, se por outro motivo não estiver preso*” (HC 42.402/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, unânime, DJU de 26/9/2005, p. 422)

Assim, as circunstâncias acima assinaladas excepcionam o entendimento adotado por este Tribunal, segundo o qual “o paciente que permanece encarcerado durante a instrução criminal não tem o direito de apelar em liberdade, depois de declarada a sua culpabilidade pela sentença condenatória” (HC 2009.01.00.011191-0/DF, Rel. Desembargadora Federal Assusete Magalhães, 3ª Turma, e-DJF1 de 3/7/2009, p.42), mesmo porque, como esclarece o Juízo impetrado, em suas informações, “o paciente não se encontrava anteriormente segregado em função deste feito, mas decorrente de outro processo” (fl. 114), em curso na Justiça Estadual, cujo mandado foi cumprido em 19/12/2008 (fl. 59).

Registre-se, ainda, que a pendência de três mandados de prisão a serem cumpridos em desfavor do paciente, em outros processos, não justifica a manutenção da segregação cautelar, por força da sentença condenatória, no processo originário deste *writ*, no qual foi ele condenado a 8 (oito) meses de detenção, apenas pelo crime do art. 307 do Código Penal.

Por fim, conforme ressaltado no parecer da PRR/1ª Região, o pedido de cassação da sentença condenatória e de trancamento da Ação Penal, formulado pelo impetrante, não “é próprio para ser discutido na via angusta do *writ*, conforme farta jurisprudência acerca da matéria” (fl. 125), já que demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória.

Pelo exposto, concedo parcialmente a ordem impetrada, apenas para revogar a prisão preventiva do paciente e assegurar seu direito de apelar da sentença condenatória em liberdade, determinando a expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.

É como voto.

# Quarta Turma

## Habeas Corpus

2009.01.00.032467-9/AM

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro  
Impetrante: Dr. Luis Ricardo Vasques Davanzo  
Impetrado: Juízo Federal da 3ª Vara - AM  
Paciente: Alberto Cuadrado de Souza  
Publicação: e-DJF1 de 11/9/2009, p. 293

## Ementa

*Processual Penal. "Habeas Corpus". Advogado. Intimação via postal. Indeferimento. CPC. Artigo 370, § 1º e 2º. Atos judiciais. Divulgação. Órgãos de publicação da Comarca. Justiça Federal de Primeira e Segunda Instâncias. Publicação eletrônica. Meio oficial. Lei 11.419/2006, artigo 4º. Resolução 600-011/2007/TRF 1ª Região. Nulidade. Prejuízo. Comprovação. Necessidade. Princípio "pas de nullité sans grief". Cerceamento de defesa. Inexistência. Ordem denegada.*

I. A intimação do advogado constituído, segundo estabelece o artigo 370, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal, far-se-á, em regra, "por publicação no órgão incumbido de publicidade dos atos judiciais da comarca" (grifei). Inexistindo órgão de publicação, será efetuada por mandado ou via postal, nos limites da jurisdição local, não tendo o juiz obrigação de intimar por correio o defensor constituído com endereço noutra estado.

II. Após o advento da Lei 11.419/2006, que dispõe "sobre a informatização do processo judicial", essa orientação foi modificada, passando a comunicação de atos judiciais a ser feita por meio eletrônico (artigo 1º, "caput"), aplicável, "indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição" (§ 1º).

III. No âmbito da Justiça Federal de Primeira e Segunda Instância, foi instituído "o Diário da Justiça Federal da 1ª Região em formato eletrônico, como meio oficial de publicação dos atos judiciais e administrativos", que substituiu "a versão impressa das publicações oficiais" e é veiculado "gratuitamente no Portal da Justiça Federal da Primeira Região, na internet, no endereço, eletrônico", salvo nos casos "em que houver determinação expressa em lei" (Resolução/PRESI 600-011, de 4.10.2007).

IV. Segundo pacífica jurisprudência a nulidade no processo penal somente pode ser declarada se dela resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa, ou se houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa. É a consagração do princípio *pas de nullité sans grief*, consubstanciado no artigo 573 do Código de Processo Penal: "nenhum ato processual será declarado nulo, se da nulidade não tiver resultado prejuízo para uma das partes". Precedentes do STF e do STJ.

V. Caso em que o MM. Juiz Singular indeferiu pedido de intimação via postal da defesa, que tem endereço na Cidade de São Paulo/SP, para que tivesse acesso aos documentos que serão periciados. Inexistência de prejuízo, uma vez que consta das informações que lhe foi facultada a apresentação de quesitos relativos à perícia deferida.

## Acórdão

Decide a Quarta Turma do TRF da 1ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. relator.

Quarta Turma do TRF 1ª Região – 17/8/2009.

Desembargador Federal Mário César Ribeiro, relator

## Relatório

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Mário César Ribeiro: – Trata-se de *Habeas Corpus* (fls. 2/7), com pedido de liminar, contra ato do MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas (fls. 70/72), visando revogar o decreto de prisão preventiva de *Alberto Cuadrado de Souza*, denunciado nas sanções do artigo 241, § 2º, da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), acusado de pertencer, em tese, a “*uma organização internacional criminosa aliciadora de menores, que se utiliza da rede mundial para disseminar a prática da pedofilia*”, e ter supostamente divulgado “*fotografias e imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo crianças e/ou adolescentes, crime cometido com o fim de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial e pessoal, de natureza financeira e de satisfação da libido, no Município de Itacoatiara/AM*” (Ação Penal 2009.32.00.000535-5/AM).

Sustentando a ocorrência de constrangimento ilegal em face de nulidade por cerceamento de defesa, à vista da “*falta de intimação do advogado constituído, dos atos processuais, nos termos em que foi requerida*” (fl. 07), alega o Impetrante, em síntese, que:

- foi constituído pelo Paciente para a defesa nos autos do Inquérito Policial 2005.32.00.004618-1/AM, tendo requerido “*a intimação via postal com aviso de recebimento com fundamento no artigo 370, §2º, do Código de Processo Penal, uma vez que não recebe intimação no Estado de São Paulo dos despachos publicados na Imprensa Oficial do Estado do Amazonas*” (fl. 04);

- referido pleito foi indeferido pelo MM. Juiz *a quo*, o que constitui cerceamento de defesa, ensejando “*a possibilidade de perda de prazos para providências a cada despacho publicado*” (fl. 07).

Prestadas as informações (fls. 243/247), indeferi o pedido de liminar (cf. Decisão de fls. 252/255).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 258/264).

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Mário César Ribeiro: – Consta dos autos que em 30.04.2009, nos autos da Ação Penal 2009.32.00.000535-5/AM, em que figura como réu *Alberto Cuadrado de Souza*, ora Paciente, o Impetrante juntou substabelecimento nos autos da Ação Penal 2009.32.00.000535-5/AM, requerendo que “*as futuras intimações de atos processuais*” fossem efetuadas “*única e exclusivamente*” na pessoa do Dr. Luís Ricardo Vasques Davanzo, OAB/SP 117.043, ou seja, em seu nome (fl. 215).

Por Petição datada de 21.5.2009, requereu: 1) - Vista dos autos fora do cartório pelo prazo legal (...); e 2) - “*Devolução do prazo para cumprimento do r. despacho de fl. 214 dos autos*”, sob o argumento de que “*não teve acesso aos documentos que serão objeto de perícia*” e “*não foi intimado do despacho, visto que tem escritório localizado no Estado de São Paulo, na cidade de São Bernardo do Campo.*” Nessa ocasião insistiu que “*as futuras intimações do acusado, dos atos processuais*”, fossem efetuadas somente em seu nome, (...) *por via postal com comprovante de recebimento, tendo em vista que a publicação não está sendo disponibilizada no Órgão Oficial do Estado de São Paulo*, nos termos do artigo 370, § 2º, do Código de Processo Penal, *no seguinte endereço: Avenida Dr. Rudge Ramos, 110, 1º Andar, sala 13, Bairro Rudge Ramos, cidade de São Bernardo do Campo, Estado de São Paulo, CEP: 09636-000*” (grifo do original – fl. 219).

Referida solicitação foi indeferida pela decisão de fl. 221, *ato ora impugnado*, que se encontra vazado nos seguintes termos que destaco:

(...) Indefiro o pedido de restituição de prazo para manifestação da defesa acerca do despacho de fls. 213/214, mormente considerando que o referido ato foi devidamente publicado, conforme certidão de fls. 230. Indefiro, outrossim, o pedido de intimação nos moldes em que requerido às fls. 272/273, devendo a Secretaria proceder às intimações da defesa via publicação, a não ser quando se trate de ato cuja intimação pessoal se imponha. Determino, ainda, que a Secretaria forme um apenso, trasladando para o mesmo todos os

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federal Hilton Queiroz e a Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada).

autos de apreensões, documentos e materiais decorrentes da busca (CD's, fotos, etc.), bem como os laudos periciais realizados, substituindo-os no processo por cópia.

(...)

A defesa terá livre acesso ao apenso, podendo inclusive obter cópias dos documentos, ficando responsável pela manutenção do sigilo.

(...)

*Considerando que os autos somente serão encaminhados para perícia após a apresentação da defesa preliminar; faculto à defesa a apresentação de quesitos pertinentes à perícia deferida às fls. 202/203 na mencionada peça, considerando que não haverá prejuízo ao andamento de feito. P. Cite-se com urgência. Publique-se” (fl. 221 – grifei).*

Vejamos.

Segundo estabelece o artigo 370, *caput*, §§ 1º e 2º do Código de Processo Penal, “a intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente far-se-á por publicação no órgão incumbido de publicidade dos atos judiciais da comarca, incluído, sob pena de nulidade, o nome do acusado” (§ 1º - grifei) e, “caso não haja órgão de publicação dos atos judiciais na comarca, a intimação far-se-á diretamente pelo escrivão, por mandado, ou via postal com comprovante de recebimento, ou por qualquer outro meio idôneo” (2º - grifei).

A publicação dos atos judiciais, até o advento a Lei 11.419, de 19.12.2006, ocorria, portanto, em regra, no Diário Oficial da Comarca, e, excepcionalmente, caso não existisse órgão de publicação, por mandado ou via postal, nos limites da jurisdição local, não tendo o juiz obrigação de intimar por correio o defensor constituído com endereço em outro Estado.

Após a edição da mencionada Lei 11.419/2006, que dispõe “sobre a informatização do processo judicial”, essa orientação foi modificada, passando a comunicação de atos judiciais a ser feita por meio eletrônico (artigo 1º, *caput*), aplicável, “indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição” (§ 1º - grifei).

No que concerne aos Tribunais, assim disciplina o artigo 4º, § 2º e 6º dessa referida Lei:

Art. 4º Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos

judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.

(...) § 2º A publicação eletrônica na forma deste artigo substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal.

(...)

§ 6º As intimações feitas na forma deste artigo, inclusive da Fazenda Pública, serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais (grifei).

Pois bem, no âmbito deste Tribunal Regional Federal e das Seções Judiciárias da 1ª Região, foi editada a Resolução/Presi 600-011, de 4.10.2007, instituindo “o Diário da Justiça Federal da 1ª Região em formato eletrônico, como meio oficial de publicação dos atos judiciais e administrativos da Justiça Federal de Primeiro e Segundo Graus” (artigo 1º), assim estabelecendo seu artigo 2º e § 1º, *verbis*:

Art. 2º. O e-DJF1 substituirá a versão impressa das publicações oficiais e será veiculado gratuitamente no Portal da Justiça Federal da Primeira Região, na internet, no endereço, eletrônico www.trf1.br, conforme modelos constantes dos anexos I e II desta Resolução.

§ 1º. Nos casos em que houver determinação expressa em lei, as publicações serão feitas também no formato impresso, nos órgãos de imprensa oficiais e/ou em jornais de grande circulação.

(...) § 3º. O e-DJF1 será dividido em 15 cadernos, um para o Tribunal e um para cada uma das 14 Seções Judiciárias (grifei).

Na espécie, não há, portanto, que se cogitar de cerceamento de defesa pelo fato de o MM. Juiz a quo ter indeferido o pedido de intimação, por via postal, no endereço do Impetrante, na cidade de São Paulo/SP, para que tivesse “acesso aos documentos que serão objeto de perícia.

Nesse sentido, é, a propósito, o seguinte precedente desta Corte Regional:

*Habeas corpus. Art. 171, § 3º, do CP. Condenação. Dosimetria da pena. Cerceamento de defesa e prescrição. Inocorrência.*

(...)

IV – Não há falar em cerceamento de defesa se a intimação realizada pelo diário eletrônico do Tribunal está de acordo com a Resolução 600-11, de 4/10/2007, e com a Portaria 600-243, de 22/10/2007.

(...)

(HC 2008.01.00.070759-0/RO, 3ª Turma, rel. Desembargador Federal Cândido Ribeiro, DJ 20.3.2009)

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, ao examinar matéria semelhante, ocorrida no âmbito do Superior Tribunal Militar, assim decidiu:

*Habeas Corpus. Lesão Corporal. (...)*

(...)

III. Levando-se em conta o contido no art. 4º da Lei 11.419/2006, e os atos normativos editados pelo Tribunal de Justiça e Militar originários em razão da permissão conferida pela lei federal, resta evidenciado que o advogado constituído será intimado dos atos judiciais praticados na Justiça Militar daquele Estado através do Diário de Justiça Eletrônico.

(...) (HC 94.277/RS, 5ª Turma, rel. Min. Jorge Mussi, DJ 28.10.2008 - grifei).

Nesse sentido, a propósito, pronunciou-se o Ministério Público Federal:

(...) o Impetrante pleiteia a declaração de nulidade do processo pela falta de intimação postal decorrente do fato de possuir escritório em unidade de federação diverso do juízo processante, ou seja, do local onde a norma processual determina a publicidade dos atos judiciais.

Data vênua, a pretensão esposada pelo impetrante não encontra respaldo legal.

Isso porque o parágrafo 1º do artigo 370 do C.P.P. estabelece que a intimação dos advogados constituídos será realizada pela imprensa oficial da comarca, sendo certo que o fato de o causídico residir em outra unidade de federação não excepciona tal regra.

Nesse exato sentido, confira-se a orientação do e. Superior Tribunal de Justiça, verbis:

'Intimação pessoal do advogado constituído. Desnecessidade (CPP, art. 370, § 1º).

De acordo com o disposto no artigo 370 do Código de Processo Penal, apenas o defensor nomeado (o defensor público ou o defensor dativo) tem a prerrogativa de intimação pessoal (§ 4º), enquanto que, os advogados constituídos devem ser intimados via imprensa oficial (§ 1º), não havendo que falar em necessidade de intimação pessoal do advogado constituído quando o mesmo encontra-se estabelecido em Unidade da Federação diversa daquela em que se realizará

o julgamento, ou mesmo quando manifeste a intenção de realizar sustentação oral, por não estarem tais hipóteses abrangidas pelo referido dispositivo legal.

'Habeas corpus' denegado.'

(STJ, HC 31.780/SP, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 16/8/04, p. 287)

*Processual Penal. Habeas Corpus. (...). Alegação de nulidade processual. Intimação da precatória para inquirição de testemunhas. (...) Ausência de prejuízo. Ordem denegada.*

I. O art. 370 do Código de Processo Penal prevê que a intimação dos advogados constituídos será realizada pela imprensa oficial (§ 1º), sendo certo que não excepciona tal regra o fato de o causídico residir em outra unidade da federação. *Ausente, portanto, a alegada nulidade processual quando a intimação do patrono do paciente da expedição de cartas precatórias foi feita via diário de justiça, de acordo com o art. 370, § 1º, do CPP.*

II. Não caracterizado nenhum prejuízo à defesa, porquanto foram anuladas as intimações por precatória para que outras fossem feitas, com a devida intimação do defensor constituído.

III. Ordem denegada.'

(STJ, HC 82842/SC, Rel. Min. Arnaldo Lima, DJe 9/12/2008).

(...)

(...) vale esclarecer que a hipótese descrita no parágrafo 20 do artigo 370 do CPP diz respeito à inexistência de circulação de diário oficial na comarca onde o feito tramita e não na comarca onde o advogado mantém escritório, como quer fazer crer o ora impetrante. A propósito, dentre inúmeros precedentes, confira-se, verbis:

(...)

*Processual Penal. Habeas Corpus (...). Apelo defensivo necessidade de intimação pessoal do causídico acerca da sessão de julgamento inoportunidade advogado constituído. (...) Provimento do apelo obtido nulidade que, ainda caso houvesse ocorrido, não teria causado qualquer prejuízo à defesa - ordem denegada.*

(...)

II. Porém, tratando-se de advogado constituído, incide a regra geral de que as intimações devem se dar por meio de publicação no Diário Oficial. Inteligência do artigo 370, § 1º, do Código de Processo Penal.

III. Ademais, obtido o provimento pleiteado na apelação, eventual nulidade, ainda que tivesse ocorrido, não causaria qualquer prejuízo à defesa, o que também impede a declaração da almejada nulidade.

IV. Ordem denegada.'

(STJ, HC 112.761/SP, rel. Min. Jane Silva. DJe 2/2/2009)

(...)

(cf. fls. 260/263 - grifei)

Cabe consignar, finalmente, que, no particular, o não atendimento do pleito, relativo à intimação por via postal também não trouxe prejuízo para a Defesa, uma vez que consta nas informações prestadas pela Impetrada que foi-lhe facultada “a apresentação de quesitos pertinentes à perícia deferida” (fl. 221).

Ora, segundo pacífica jurisprudência sobre a matéria, a nulidade no processo penal somente pode ser declarada se dela resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa ou se houver influido na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa. Essa é a compreensão do verbete da Súmula 523/STF:

“No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu”

(grifei)

É, pois, a consagração do princípio *pas de nullité sans grief*, consubstanciado no artigo 563 do Código de Processo Penal: “nenhum ato processual será declarado nulo, se da nulidade não tiver resultado prejuízo para uma das partes” (grifei).

Nessa linha de orientação, destaco os seguintes julgados da Suprema Corte:

*É da jurisprudência do Supremo Tribunal que não se adstringe ao das nulidades relativas o domínio do princípio fundamental da disciplina das nulidades processuais - o velho pas de nullité sans grief-, corolário da natureza instrumental do processo, donde - sempre que possível - ser exigida a prova do prejuízo, ainda que se trate de nulidade absoluta (HHCC 81.510, Pertence, 1ª T., DJ 12.4.02; HC 74.671, Velloso, 2ª T., DJ 11.4.1997).*

(...)

(Ag. Reg. no AI 559.632-9/MG, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 3.2.2006 - grifei)

*Habeas Corpus. Processo Penal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Procedimento. Lei 10.409/2002. Nulidade. Prejuízo.*

*I. A demonstração de prejuízo, a teor do artigo 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que, conforme já decidiu a Corte, ‘o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades – pás de nullité sans grief – compreende as nulidades absolutas’ (HC 81.510, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ de 12.4.2002).*

II. Ordem indeferida.

(HC 85.155-0/SP, 2ª Turma, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 15.4.2005 - grifei)

Isto posto, em face das razões e fundamentos explicitados, *denego* a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

# Quinta Turma

## Apelação Cível

1997.35.00.007738-2/GO

Relator:	Desembargador Federal João Batista Moreira
Apelante:	Banco do Brasil S/A
Advogado:	Dr. Sérgio Antonio Martins e outros
Apelante:	União Federal
Procurador:	Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Apelado:	Ivo Algeri
Advogado:	Dr. Adailto Paulo Bertotti
Remetente:	Juízo Federal da 9ª Vara – GO
Publicação:	e-DJF1 de 4/9/2009, p. 1667

## Ementa

*Direito Administrativo. Crédito rural. Pedido de securitização. Banco do Brasil S/A. Omissão em decidir. Justificativa posterior, em juízo: negativa da securitização por conveniência econômica da instituição. Motivação insuficiente. Política de crédito rural. Interesse público. Instituição bancária, na espécie, exercendo competência delegada da União. Necessidade de critérios objetivos, públicos, racionais e isonômicos.*

I. A ação foi intentada, inicialmente, somente contra o Banco do Brasil S/A, no entanto, há deferimento de citação da União como litisconsorte necessário. Em sua resposta, a União não alegou falta de interesse seu, aliás, limitou-se a contestar, no mérito, o pedido. Na sentença, a preliminar de incompetência da Justiça Federal, suscitada pelo Banco do Brasil S/A, foi rejeitada com o fundamento de que “a securitização será mantida por ativos financeiros do Tesouro Nacional (art. 6º da Lei 9.138/1995), circunstância a indicar o interesse jurídico da União na demanda”.

II. É contraditória a atitude da União, que, após admitir tacitamente seu interesse na causa, volta atrás, na apelação, para dizer que não tem tal interesse. É contraditória, também, a posição do Banco do Brasil S/A, em contrarrazões, ainda que *ad argumentandum tantum*, pela manutenção da União no pólo passivo, caso a sentença seja confirmada, “para que esta arque com o aporte de capital para fazer frente a determinação para que se securitzem as dívidas do autor, vez que não mais existem recursos disponíveis para o mister”.

III. Nessas circunstâncias, a União deve ser mantida na lide, senão como litisconsorte necessário, pelo menos como assistente do Banco do Brasil S/A. Deve ser rejeitada a preliminar de ausência de interesse da União e, conseqüentemente, a de incompetência da Justiça Federal.

IV. No mérito, conforme está na sentença, “os documentos trazidos aos autos pelo Banco do Brasil S/A informam que os recursos para securitização extinguíram-se em 1º/7/1997, data final para a formalização do pedido, que o pedido do Autor não foi negado e que a não formalização decorreu da existência de outras responsabilidades do mesmo, de natureza indireta, também em situação irregular, em cujo pacote de negociação não encontrou-se consenso, sendo prerrogativa do Banco, conforme art. 5º da Lei 9.138, de 29/11/1995, a formalização do alongamento, posto que o risco operacional da securitização continuava, e continua, com a Casa”.

V. O Banco do Brasil S/A tenta classificar a matéria como se fosse questão contratual privada, ao mesmo tempo argumentando que a lei teria meramente *autorizado* a securitização das dívidas rurais; caberia ao Banco examinar os pedidos e decidi-los de acordo com as conveniências econômicas da instituição.

VI. Em primeiro lugar, o Banco do Brasil S/A não age, na espécie, como simples instituição financeira privada, mas como agente da União na execução da política de crédito rural. Nessa situação, desenvolve competência delegada pela União, competência essa que, de acordo com autorizada doutrina, não é *poder*, mas *dever* ou, no máximo, *poder-dever* para realizar o interesse público. O deferimento ou indeferimento da securitização deve atender a critérios objetivos, públicos, racionais e isonômicos, com motivação expressa.

VII. Na espécie, aquele Banco simplesmente deixou expirar o prazo sem decidir de forma expressa o pleito do autor. Além disso, a motivação que, *a posteriori*, apresentou (em resposta a solicitação feita nos autos) é insuficiente para justificar indeferimento.

VIII. Negado provimento às apelações.

## Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento às apelações, nos termos do voto do relator.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 19/8/2009.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, relator

### Relatório

O Exmo. Sr. Desembargador Federal *João Batista Moreira*: – Na sentença, de fls. 251-260, foi julgado “procedente o pedido formulado na petição inicial, para determinar que o Banco do Brasil S/A proceda à securitização da dívida do Autor, originária da cédula pignoratícia rural e hipotecária 94/01527-9 (fls. 16-19 e 200, ao final)”.

Apela o Banco do Brasil S/A, alegando, preliminarmente, incompetência da Justiça Federal. No mérito, argumenta que: a) “os recursos para securitização, tal como diversos outros alocados pelo Tesouro Nacional ao Recorrente, seja para aplicação na agricultura, pecuária, indústria etc., após a aplicação da verba o Banco torna-se integral responsável pelo retorno dos multicitados valores à União, pelo que, deverá assegurar-se de emprestar a quem efetivamente possa após o término do prazo contratual, efetuar o pertinente pagamento, sob pena de impor prejuízos aos seus acionistas”; b) “conforme fls. 196/198, à proposição do Recorrido para securitização de sua dívida, o Banco não se negou a fazê-lo, porém, manifestou sua concordância desde que o Recorrido efetuasse a regularização de seus avales prestados ao Grupo Zanotto, sem o que, o Recorrente me efetuando a aplicação de mais recursos ao Recorrido estaria praticando gestão temerária”; c) “jamais poderia a norma obrigar além, em situação que tal, a praticar ato que lhe desse a certeza de perda patrimonial, sob

*pena de atentar contra diversos princípios do Direito, principalmente o princípio constitucional do Direito de Propriedade – art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal*”; d) “não pode o Poder Judiciário determinar ao credor a prática de atos atentatórios ao seu patrimônio, contra a sua vontade, bem como não lhe é dado intervir na autonomia de vontade das pessoas. Destarte, não se pode impor à instituição financeira uma contratação não desejada”; e) “o art. 5º da Lei 9.138/1995 dispõe: ‘São as instituições financeiras e os agentes financeiros do Sistema Nacional de Crédito Rural, instituídos pela Lei 4.829, de 5 de novembro de 1965, *autorizados* a proceder ao alongamento de dívidas originárias de crédito rural contraídas por produtores rurais, suas associações, cooperativas e condomínios, inclusive as já renegociadas, relativas às seguintes operações, realizadas até 20 de junho de 1995: (...)’”; f) “o texto legal é extremamente claro: *apenas autoriza* os agentes financeiros do Sistema Nacional de Crédito Rural a procederem ao alongamento de dívidas originárias de crédito rural, desde que observados os requisitos ali indicados”; g) “não resta a menor dúvida de que tal alongamento é uma *faculdade* concedida às instituições financeiras”; h) “o verbo ‘poder’ pressupõe a faculdade de optar por fazer ou deixar de fazer algo. Não tem a característica de imperatividade, da mesma forma como ‘são autorizados’ não significa ‘são obrigados’, no texto da Lei 9.138/1995”; i) “a operação rural, passível de alongamento, é *ato jurídico perfeito*. O procedimento compulsório da securitização, evidentemente, modificará um contrato perfeito e acabado, o qual só

poderá ser alterado se as partes envolvidas assim o desejarem”.

O Autor apresentou contrarrazões, argumentando que a questão relativa à não *obrigatoriedade* do Banco em fazer a securitização das dívidas rurais não pode justificar que “o Apelado por algum motivo fútil, torpe, tivesse de ser banido de sua pretensão” ... “o Banco não pode decidir arbitrariamente, mas sim entender e acompanhar as regras definidas na Lei 9.138/1995 verdadeiramente fundamentadas”.

A União também apelou, alegando ausência de interesse processual de sua parte e conseqüente incompetência da Justiça Federal. No mérito, enfatizou que “a Lei 9.138/1995 não exauriu todas as condições necessárias à securitização dos débitos. Ficou a cargo das Instituições Financeiras pátrias a análise dessas condições fáticas ínsitas a mencionada norma sob pena dos recursos vindos do Tesouro Nacional, ou seja, pertencentes à população brasileira, ao invés de beneficiarem quem está em reais dificuldades, passar a beneficiar produtores solventes”. Concluiu dizendo que “a discussão sobre a faculdade e obrigatoriedade de renegociação de dívidas originárias de crédito rural não é novidade, tendo já acarretado decisões de vários tribunais, sempre no sentido de que a matéria é mera faculdade das instituições bancárias, excluindo a União da lide”.

O Banco do Brasil S/A apresentou contra-razões à apelação da União, argumentando que, caso não seja acolhida a tese de incompetência da Justiça Federal, “deverá ser mantida no pólo passivo a União vez que a Lei 9.138, de 29.11.1995, em seu art. 6º, autorizou o Tesouro Nacional a emitir títulos para garantir, via dos agentes financeiros do Sistema Nacional de Crédito Rural, o alongamento de dívidas originárias de crédito rural. Caso seja mantida a sentença, ele deverá arcar com o ônus de incluir no orçamento geral da União a verba aqui discutida, vez que como a Apelante mesma confirma em seu 1.4, o ‘o Tesouro Nacional repassaria aos agentes financeiros do Sistema Nacional de Crédito Rural quantias suficientes para garantir o alongamento ou securitização das referidas dívidas”.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Desembargador Federal João Batista Moreira: – A ação foi intentada, inicialmente, somente contra o Banco do Brasil S/A, no entanto, à fl. 61-62, há requerimento, do autor, de citação da União como litisconsorte necessário, requerimento este deferido (fl. 64). Em sua resposta, a União não alegou falta de interesse seu, aliás, limitou-se a contestar o pedido do pedido (fls. 93-99). Na sentença, a preliminar de incompetência da Justiça Federal, suscitada pelo Banco do Brasil S/A, foi rejeitada com o fundamento de que “a securitização será mantida por ativos financeiros do Tesouro Nacional (art. 6º da Lei 9.138/1995), circunstância a indicar o interesse jurídico da União na demanda” (fl. 255).

É contraditória a atitude da União, que, após admitir tacitamente seu interesse na causa, volta atrás, na apelação, para dizer que não tem tal interesse. É contraditória, também, a posição do Banco do Brasil S/A, nas contra-razões de fls. 340-342, ainda que *ad argumentandum tantum*, pela manutenção da União no pólo passivo, caso a sentença seja confirmada, “para que esta arque com o aporte de capital para fazer frente a determinação para que se securitem as dívidas do autor, vez que não mais existem recursos disponíveis para o mister”.

Nessas circunstâncias, a União deve ser mantida na lide, senão como litisconsorte necessário, pelo menos como assistente do Banco do Brasil S/A.

Rejeito a preliminar de ausência de interesse da União e, conseqüentemente, a de incompetência da Justiça Federal.

No mérito, conforme está na sentença (fl. 257), “os documentos trazidos aos autos pelo Banco do Brasil S/A informam que os recursos para securitização extinguiram-se em 1º/7/1997, data final para a formalização do pedido, que o pedido do Autor não foi negado e que ‘a não formalização decorreu da existência de outras responsabilidades do mesmo, de natureza indireta, também em situação irregular, em cujo pacote de negociação não encontrou-se consenso, sendo prerrogativa do Banco, conforme art. 5º da Lei 9.138,

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Selene Maria de Almeida e Fagundes de Deus.

de 29/11/1995, a formalização do alongamento, posto que o risco operacional da securitização continuava, e continua, com a Casa' (fl. 196)".

O Banco do Brasil S/A tenta classificar a matéria como se fosse questão contratual privada, ao mesmo tempo argumentando que a lei teria meramente *autorizado* a securitização das dívidas rurais. Caberia ao Banco examinar os pedidos e decidi-los de acordo com as conveniências econômicas da instituição.

Em primeiro lugar, o Banco do Brasil S/A não age, na espécie, como simples instituição financeira privada, mas como agente da União na execução da política de crédito rural. Nessa situação, desenvolve competência delegada pela União, competência essa que, de acordo com autorizada doutrina, não é *poder*, mas *dever* ou, no máximo, *poder-dever* para realizar o interesse público. O deferimento ou indeferimento da securitização deve atender a critérios objetivos, públicos, racionais e isonômicos, com motivação expressa.

Na espécie, simplesmente deixou expirar o prazo sem decidir de forma expressa o pleito do autor. Além disso, a motivação que, *a posteriori*, apresentou (em resposta a solicitação feita nos autos) é insuficiente para justificar indeferimento: "a securitização da dívida de titularidade do Sr. Ivo Algeri não foi negada, a não formalização decorreu da existência de outras responsabilidades do mesmo, de natureza indireta, também em situação irregular, em cujo pacote de negociação não encontrou-se consenso, sendo prerrogativa do Banco, conforme art. 5º da Lei 9.138, de 29/11/1995, a formalização do alongamento, posto que o risco operacional da securitização continuava, e continua, com a Casa" (fl. 196).

Por isso, nego provimento às apelações.

# Sexta Turma

## Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2002.01.00.011018-7/DF

Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves  
Relator: Juiz Federal Iran Velasco Nascimento (convocado)  
Agravante: União Federal  
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas  
Agravado: Maria Alves Sobrinho Batista  
Advogado: Dr. David Sérgio da Silva Brito  
Publicação: e-DJF1 de 8/9/2009, p. 134

### Ementa

*Ação Possessória entre particulares. Oposição da União sob alegação de domínio não admitida. Competência do Juiz Estadual para julgar a ação.*

I. Tratando-se de litígio entre particulares relativamente à posse de área pertencente à União Federal, eventual oposição por ela oferecida relativamente ao domínio da área não desloca a competência para a Justiça Federal, posto que não se admite a oposição, certo como não se está a discutir o domínio. Precedentes desta Corte Regional e do Supremo Tribunal Federal.

II. Agravo de Regimento a que se nega provimento.

### Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento ao Agravo Regimental, nos termos do voto do Relator.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 21/8/2009.

Juiz Federal *Iran Velasco Nascimento*, relator convocado

### Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Iran Velasco Nascimento:*  
– Trata-se de agravo regimental contra decisão em que se negou seguimento ao agravo de instrumento, prolatada pela ilustre Desembargador Federal Sousa Prudente, nos seguintes termos:

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão proferida pelo douto Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos de ação de reintegração de posse movida por Maria Alves Sobrinho Batista e Outro contra Joel Laranjeiras da Silva, indeferiu pedido formulado pela União Federal, no sentido de que fosse admitida, naquele feito, na condição de oponente, e determinou o retorno dos autos à Justiça Comum do Distrito Federal (fls. 46/49).

Requer a concessão do efeito suspensivo ao presente agravo, até o pronunciamento definitivo da Turma sobre a matéria (fls. 2/32).

A decisão guerreada encontra-se em harmonia com o manso e pacífico entendimento de nossos Tribunais sobre a questão, como bem demonstrou o Ilustre juízo “a quo”, amparado em jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, colacionada no aludido “decisum”.

Além daqueles precedente referidos no “decisum” agravado, trago à colação os seguintes julgados:

*Conflito de Competência. União. Ação possessória. Terreno da Marinha.*

É da Justiça Estadual a competência para processar e julgar a ação possessória

sobre terreno de Marinha, não estando em causa o domínio da União.

(CC 16967/AL – Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar – STJ/Segunda Seção – Unânime – DJU de 25/11/1996).

*Ação de reintegração de posse entre particulares. Terreno de Marinha. Competência é da Justiça Estadual, não estando em causa o domínio da União. Precedentes do STF. Súmula 14/TRF. Conflito conhecido e declarado competente o suscitante.*

(CC 13533/SP – Rel. Ministro Nilson Naves – STJ/Segunda Seção – Unânime – DJU de 31/5/1995).

Com estas considerações, afigura-se-me manifestamente improcedente o presente agravo, e, por isso, “nego-lhe seguimento”, nos termos do art. 557, “caput”, do CPC, c/c ao art. 30, XXV, do RITRF/1ª Região.

Baixem-se os presentes autos, oportunamente, à instância de origem, com as anotações de estilo (fls. 53/54).

Reiterando o quanto sustentado no agravo de instrumento, alega a agravante que em decorrência do domínio federal não há que se falar em direito de posse de terceiros, pois se trata de bem público, inalienável e, por conseguinte, imprescritível e impenhorável. Alega que tal posse se constitui, na verdade, de mera ocupação tolerada pela Administração Pública, não gerando nenhum direito ao ocupante, posto revestir-se sempre do caráter da precariedade. Salienta, por fim, que sendo a área em litígio de propriedade da União, deve o feito ser processado perante a Justiça Federal.

Mantenho o ato jurisdicional impugnado e, em conseqüência, trago o feito em mesa para julgamento pela Turma.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Iran Velasco Nascimento:*  
– A questão é conhecida nesta Corte Regional, como se vê das ementas abaixo transcritas:

---

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro, Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

*Processo Civil. Ação de oposição. Impossibilidade de se aproveitar do primeiro processo instaurado, onde os opostos discutem a posse, para discussão sobre o domínio das terras. Competência da Justiça Federal.*

I. A oposição é ação própria do terceiro interveniente, tendente a excluir a pretensão dos sujeitos iniciais sobre o objeto litigioso do processo, sob a alegação de que o direito lhe pertence, ensejando o julgamento simultâneo das ações.

II. Caso em que os Opostos discutem a posse sobre o bem em litígio (em ação de reintegração de posse) e o Opoente busca, na verdade, a imissão de posse/reivindicação, com base na alegação de domínio, ação de natureza eminentemente petítória.

III. Os juízos possessório e petítório não se misturam, sendo vedado ao Opoente (Incra) aproveitar-se do processo instaurado entre os opostos para discutir domínio, direito diverso do discutido pelos opostos. Incabível, portanto, o manejo de oposição em ação possessória com fundamento no direito de propriedade.

IV. A questão relativa à competência da Justiça Federal para o processamento da Ação de reintegração de posse 2004.41.00.004467-3 deverá ser objeto de decisão naqueles autos, após a manifestação da Autarquia federal sobre eventual interesse na demanda e verificação da legitimidade do interesse alegado.

V. Apelação do Incra provida, em parte, apenas para que a questão relativa à competência da Justiça Federal para o processamento da Ação possessória 2004.41.00.004467-3 seja apreciada naqueles autos, após a manifestação da Autarquia sobre eventual interesse na demanda (AC 2004.41.00.004469-0/RO, Quinta Turma, Rel. Juiz Federal Convocado Cesar Augusto Bearsi, acórdão de 24/10/2008 e-DJF1, pág. 99)

*Processual Civil. Ação possessória. Imissão de posse. Causa em que não se discute o domínio do imóvel. Intervenção da União Federal. Oposição. Impossibilidade. Ausência de interesse da União Federal. Competência da Justiça Estadual.*

I - Estando a discussão, nos autos da ação de Imissão de Posse, restrita a posse do imóvel, afigura-se incabível a intervenção da União Federal (Oposição) pautada no domínio. Precedentes deste egrégio Tribunal.

II - Não havendo, pois, na presente lide, interesse da União Federal, correta a sentença que declinou de sua competência para Justiça Estadual para processar e julgar o feito, por não configurar, na espécie, nenhuma das hipóteses previstas no artigo 109 e seus incisos da Constituição Federal.

III - Apelação e remessa oficial, tida por interposta, desprovidas. Sentença confirmada

(AC 1999.40.00.002422-6/PI, Sexta Turma, Rel. Des. Federal Souza Prudente, acórdão de 6/6/2005 DJ, pág. 43)

*Processual Civil. Oposição oferecida pelo Incra em ação possessória. Competência da Justiça Federal. Alegação de domínio de terceiro. Inadmissibilidade. Ilegitimação ativa "ad causam". Carência de ação. Nulidade da citação editalícia. Absorção pela carência da ação.*

I. Oferecida oposição, por Autarquia Federal, em ação que tramita na Justiça Estadual, desloca-se para a Justiça Federal a competência para processar e julgar a ação principal e a oposição, em face do disposto nos arts. 109, I, da Constituição Federal, 59 e 60 do CPC.

II. O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra não tem legitimidade para oferecer oposição, em ação de manutenção de posse, pleiteando o reconhecimento, em favor da União, do domínio e da posse da área objeto da ação principal.

III. É inadmissível oposição fundada em domínio, em face de ação de manutenção de posse, eis que não pode a oposição ter objeto mais amplo do que o da ação principal.

IV. Na oposição, se os opostos não têm advogado constituído nos autos da ação principal, a citação, sob pena de nulidade, não pode ser feita por edital, antes de constatada uma das situações previstas no art. 231, I e II, do CPC. Essa nulidade, entretanto, porque parcial, é absorvida pelo vício maior da carência de ação, que implica a extinção do feito sem exame do mérito.

V. Processo extinto, de ofício, sem exame do mérito, por carência da ação (oposição).

VI. Apelo dos autores-opostos prejudicado (AC 1997.36.00.004789-0/MT, Quinta Turma, Rel. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva, acórdão de 2/12/2002 DJ, pág. 58)

Aliás, essa orientação é da própria Suprema Corte, como se vê da ementa abaixo transcrita, que dá a exata dimensão do decidido:

*Processual. Terrenos de Marinha.*

I) Recurso Extraordinário da União. A disputa possessória entre particulares, sobre terreno de Marinha, não suscita, em regra, a competência da Justiça Federal. A União não é litisconsorte necessária, pois não está em jogo seu direito, sobranceiro a decisão que se profira. Se tiver interesse na lide, deve a união em tempo hábil

requerer sua admissão como assistente ou oferecer oposição, caso em que se deslocara a competência.

II) Recurso Extraordinário de um dos particulares. Obices dos incisos V e VIII do art. 308 do RISTF (RE 90734 / RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Décio Miranda, DJ 24-08-1979, Ement Vol-01141-02, págs.678).

-Ação possessória entre particulares. Oposição da União julgada improcedente. Remessa dos autos ao Juiz Estadual para julgar a ação. -Reconhecido que as terras em litígio não estão na faixa de fronteira, nem são as terras devolutas, de modo que enseje o interesse da União, as oposições manifestadas por ela e pelo Incra não procedem. Em consequência, a competência para o julgamento de ação possessória entre partes privadas é da Justiça Estadual. Recurso Extraordinário de que se não conhece. (RE 99598 / MG, Primeira Turma, Rel. Min. Soares Munoz, DJ 22-4-1983, Ement Vol-1291-04, págs. 81).

Diante do exposto, nego provimento ao Agravo Regimental.

É como voto.

# Sétima Turma

---

## Apelação Cível

**2000.01.00.002874-8/MG**

Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral  
Apelante: Colortextil Participações Ltda.  
Advogado: Dra. Ana Flavia Dias Sanches e outros  
Apelado: Instituto Nacional Do Seguro Social - INSS  
Procurador: Dra. Adriana Maia Venturini  
Publicação: e-DJF1 de 11/9/2009, p. 360.

---

## Ementa

*Tributário e Constitucional. Contribuição "pro labore". (Lei 7.787/89, art. 3º, I "autônomos, administradores e avulsos": inconstitucionalidade (RE 166.772-9/RS e RE 177.294-4/RS). Lei 8.212/1991, art. 22, I : inconstitucionalidade (Adin L1.102/DF). Compensação. Suspensão de lei. Resolução Senado Federal 14/1995. Efeitos (ex tunc). Decreto 2.346/1997.*

I. As expressões "autônomos, avulsos e administradores" constantes do art. 3º, inciso I, da Lei L7.787/1989 e do art. 22, I, da Lei nº 8.212/1991, foram declaradas inconstitucionais pelo STF (RREE 166.772-9/RS L177.294-4/RS e ADIn 1.102/DF).

II. As Resoluções do Senado Federal que suspendem a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF, seja em controle abstrato ou difuso, operam efeitos *ex tunc* (Decreto 2.346/1997, art. 1º, §§ 1º e 2º).

III. A compensação realizada pelo contribuinte com fundamento na declaração de inconstitucionalidade pelo STF da contribuição incidente sobre "administradores, autônomos e avulsos", suspensa pela Resolução 14/1995 do Senado Federal, não impugnada materialmente pelo fisco (quando da lavratura da NFLD – baseada na ausência de título que permitisse a compensação) nem pelo INSS (no processo judicial), deve ser homologada pelo fisco.

IV. As contribuições previdenciárias não comportam repasse ao consumidor; tal modalidade só tem espaço nos tributos indiretos.

V. Apelação provida: pedido procedente.

VI. Peças liberadas pelo Relator em 31/8/2009 para publicação do acórdão.

## Acórdão

Decide a 7ª Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 31/8/2009.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, relator

---

## Relatório

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral: – Por inicial protocolizada em 14 abr 1998, Colortextil Participações Ltda. ajuizou AO, com antecipação de tutela para expedir CPD-EN, contra o INSS, objetivando a anulação da NFLD 32.106.532-8, datada de 18 mar 1996, no valor de R\$ 5.357,90, por falta de recolhimento das contribuições previdenciárias sobre a folha de pagamento do 13º salário (1995), porque a autora as compensou, unilateralmente, por sua conta e risco, com crédito oriundo de recolhimentos indevidos da contribuição (período set 1989 a abr 1994) incidente sobre a remuneração paga a administradores, autônomos e avulsos (*pro-labore*), nos moldes do art. 3º, I, da Lei 7.787/1989, cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal pela Resolução 14, de 19 abr 1995; expressão declarada inconstitucional pelo STF.

Alegou que a declaração de inconstitucionalidade e a suspensão pelo Senado da contribuição sobre autônomos lhe deram direito de efetuar a compensação com contribuição sobre a folha de pagamento do 13º salário (por iniciativa própria, mensalmente, nos termos das Leis 8.383/1991, 9.032/1995 (com limitação de 25 %) e 9.129/1995 (com limitação de 30%).

VC=R\$ 1.000,00.

Antecipação de tutela indeferida (f. 49), sem recurso.

Na contestação (f. 27/34), o INSS alegou que não é possível a compensação sem autorização administrativa ou judicial; o suposto crédito não é líquido e certo; o valor das contribuições foi repassado para o custo do produto final.

Sem réplica.

Por sentença (f. 52/6) datada de 5 mai 1999, o MM. Juiz Federal Substituto Bruno Vasconcelos, da 13ª Vara/MG, julgou *improcedente* o pedido, ao fundamento de que a decisão do STF não tem efeito *erga omnes* e que a Resolução do Senado não possui efeitos *ex tunc* e, portanto, a autora não poderia compensar sem provimento judicial específico; embora requerido pela autora fosse “*declarado inexistente o débito autuado pelo INSS*”, não houve pedido expresso no sentido de se declarar inconstitucional a contribuição incidente sobre o *pro-labore* e que provimento nesse sentido configuraria decisão *extra petita*. Condenou a autora

em custas e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa.

A autora apela (59/74), repisando a inconstitucionalidade do art. 3º, I, da Lei 7.787/1989; e que a Resolução Senatorial possui efeitos retroativos; possível a compensação como realizada.

Contrarrazões (f. 82/4) pela manutenção da sentença.

É o relatório.

## Voto\*

Exmo. Sr. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral: – Da leitura da exordial, em que se requereu fosse “declarada a inexistência de débito” porque “O pagamento foi indevido em razão da inconstitucionalidade declarada pelo STF do art. 3º da Lei 7.787/1989”, não há dúvidas de que o pedido do autor para anular a citada NFLD (pedido) é lastreada na inconstitucionalidade da exação (causa de pedir).

Segundo o Relatório Fiscal (f. 43) da NFLD 32.106.532-8, “*Esta Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, de 12/95, refere-se à glosa de valor que deveria ter sido recolhido, pela empresa, referente à folha de pagamento do 13º salário de 1995, à Seguridade Social do qual ela, indevidamente, se compensou. O valor glosado deriva de pagamentos de contribuições previdenciárias referentes a Pró-labores pagos pela empresa a sócios*”.

A autora, pensando-se amparada pela Resolução 14 do Senado Federal, datada de 19 abr 1995, suspendendo a execução do art. 3º, I, da Lei 7.787/1989, na parte referente à contribuição previdenciária sobre a remuneração paga aos “administradores, autônomos e avulsos”, declarada inconstitucional pelo STF nos RREE 166.772-9/RS e 177.294-4/RS e na ADIn 1.102/DF, compensou seus pretensos indébitos a tal título no período de set 1989 a abr 1994 com a contribuição sobre a folha de pagamento do 13º salário de dez 1995.

Daí autuação pelo INSS resultante na NFLD 32.106.532-8, de 18 mar 96, que ora pretende anular.

O STF, julgando os RREE 166.772-9/RS e 177.294-4/RS e a ADIn 1.102/DF, em sessão plenária,

1 \* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Federais Reynaldo Fonseca e Catão Alves.

reconheceu a inconstitucionalidade do inciso I do artigo 3º da Lei 7.787/1989 e do art. 22, I, da Lei 8.212/1991, no referente ao pagamento da contribuição incidente sobre os valores das remunerações pagas ou creditadas aos “administradores e autônomos” e “avulsos”.

O Senado Federal suspendeu o dispositivo que previa a exação.

O Decreto 2.346, de 10 out 1997, de observância obrigatória pela Administração Pública Federal direta e indireta, estabelece efeitos *ex tunc* para a suspensão da execução de lei pelo Senado Federal:

*Decreto nº 2.346, de 10 out 1997 (“Consolida normas de procedimentos a serem observados pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais”):*

Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, *em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc*, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, *salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial*.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

Como o STF declarou inconstitucional as expressões antes referidas e o Senado as suspendeu, foram indevidos os recolhimentos feitos pela autora no período de set 89 a abr 94, cuja repetição lhe assiste sob a modalidade pretendida de “compensação” com a contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento do 13º salário de dez 1995.

Ao que se depreende dos autos, a bem do relatório fiscal (f. 43), a compensação pareceu materialmente correta, notadamente porque a única razão pela qual o fisco entendeu indevida a compensação do autor foi a “ausência de título” (impugnação formal) que permitisse a operação, inexigível a prova de não repasse porque

se trata de “tributo indireto”, de resto absolutamente inaplicável às contribuições previdenciárias.

Diante da ausência de impugnação material (correção ou não da operação) e da obrigatória observância pela Administração dos efeitos retroativos da suspensão de lei pelo Senado, a homologação da compensação pela FN é medida que se impõe, mormente pelo decurso alongado do tempo (NFLD lavrada há mais de 13 anos!) e pela natureza constitucional da matéria.

Pelo exposto, dou provimento à apelação para, reformando a sentença, julgar o pedido procedente para condenar o fisco a homologar a compensação realizada.

Custas em reembolso, condeno o réu em verba honorária de R\$ 3.000,00.

Junte-se cópia à AC 2001.38.00.033790-3 (embargos à execução) e à AC 2000.01.00.002873-4 (mandado de segurança).

É como voto.

---

## Apelação Cível

2003.38.00.036233-6/MG

Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral  
Apelante: Banco Mercantil do Brasil S/A  
Advogado: Dr. João Dacio de Souza Pereira Rolim e outros  
Apelante: Fazenda Nacional  
Procurador: Dra. Maria Lucia Cassiano Araujo  
Apelado: Os mesmos  
Remetente: Juízo Federal da 14a Vara – MG  
Publicação: e-DJF1 de 11/9/2009, p. 360.

---

### Ementa

*Previdenciário. Anulação de débito. Compensação não homologada. Crédito da matriz e filiais.*

I. Na disciplina do art. 34, §9º, da IN RFB 900, de 30 dez 2008, consideram-se “débitos próprios” todos os débitos dos estabelecimentos que integram a pessoa jurídica, seja matriz, seja filial.

II. O entendimento jurisprudencial de “autonomia tributária” das filiais que compõem a pessoa jurídica resta esmaecido, nos termos da norma administrativa, uma vez permitida a reunião dos débitos tributários de todos os estabelecimentos da empresa (matriz e filiais) para fins de compensação com crédito tributário que a matriz porventura possua.

III. Do conceito normativo deflui a legitimidade da pessoa jurídica titular do crédito tributário para promover a sua compensação com os “débitos próprios” (neles incluídos os decorrentes de suas filiais).

IV. Ante a legitimidade do aproveitamento de crédito tributário do estabelecimento matriz, oriundo de sentença transitada em julgado, em prol de suas filiais, indevida a não homologação da compensação.

V. Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial não providas. Apelação da autora provida: majorada a verba honorária.

VI. Peças liberadas pelo relator, em 31/8/2009, para publicação do acórdão.

### Acórdão

Decide a 7ª Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial e dar provimento à apelação da autora.

7ª Turma do TRF 1ª Região, 31/8/2009.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, relator

---

### Relatório

*O Exmo. Sr. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral:* – Por inicial protocolizada em 9 jul 2003, *Banco Mercantil do Brasil S.A.* ajuizou AO contra o INSS, com tutela antecipada, objetivando a anulação de parte do débito fiscal (NFLD 35.361.314-2), no valor de R\$ 4.913.202,00, decorrente da compensação não homologada de crédito tributário de sua matriz

(sentença na AO 94.0017838-7: inconstitucionalidade da contribuição previdenciária sobre *pro labore*) com débitos de todos os seus estabelecimentos (contribuições previdenciárias patronais sobre a folha de salários) e em face de diferenças indevidas apuradas na competência de nov 1999.

Alegou ilegítimo o suposto débito remanescente de todas as suas filiais, em face da não homologação da

compensação do crédito previdenciário decorrente de sentença transitada em julgado, que surtiu efeitos para a pessoa jurídica como um todo sem distinção de CNPJ, com débitos tributários de todos os estabelecimentos que a compõem, uma vez que as filiais, sem personalidade jurídica própria, se subordinam à matriz; incabível a limitação à compensação fundada em norma administrativa (IN/INSS/DC nº 67, de 10 *mai* 2002) que ofende o princípio da legalidade; e indevido o valor apurado pela fiscalização na competência de nov 1999 (débito de R\$ 617.351,64 divergente do valor real devido: R\$ 506.897,90).

VC=R\$ 5.175.138,71.

Antecipação da tutela deferida (f. 308/13) para suspender a exigibilidade do crédito tributário (acolhida a garantia: caução de imóvel), mantida em sede de AG. 2003.01.00.025665-7/MG (f. 543/4), com trânsito em julgado em 17 *dez* 2004.

Na contestação (f. 492/500), o INSS sustentou indevida a compensação efetuada pela autora (crédito da matriz), sem observância das limitações e disposições legais aplicáveis (art. 170 do CTN, art. 66, §4º, da Lei nº 8.383/66), sendo incabível a utilização do crédito em prol de estabelecimento com inscrição diversa no CNPJ (filiais); impertinente a alegação de diferenças apuradas na competência de nov 1999 porque o lançamento fiscal impugnado se refere ao período de nov 2000 a set 2001.

Com réplica (f. 523/39), sem fatos novos.

As partes não produziram outras provas.

Por sentença (f. 578/85) datada de 12 *mai* 2005, o MM. Juiz Federal *Evaldo De Oliveira Fernandes*, filho, da 14ª Vara/MG, julgou *procedente* o pedido para declarar nula parte da NFLD 35.361.314-2, desconstituindo o crédito previdenciário relativo à compensação não homologada dos créditos do estabelecimento matriz com débitos de suas filiais. Condenou o INSS no reembolso das custas e em verba honorária de R\$ 1.500,00.

Com remessa oficial.

A autora apela (f. 590/5) pela majoração dos honorários advocatícios.

O INSS apela (f. 599/606), sustentando legítima a IN/INSS/DC 67/2002, em conformidade com o art. 170 do CTN e art. 66, §4º, da Lei 8.383/91, que restringe a utilização dos créditos compensandos

para os recolhimentos do “*mesmo estabelecimento/obra de construção civil em que se efetuou o pagamento indevido*”; a impossibilidade de compensação de crédito tributário com débitos de estabelecimentos com inscrição distinta no CNPJ; inaplicável a IN 100, de 18 *dez* 2003, que não gera efeitos quanto aos atos praticados anteriormente à sua edição.

Contrarrazões do INSS (f. 609/12) e da autora (f. 616/24), sem fatos novos.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral: – Do exame da documentação juntada aos autos, verifica-se que os recolhimentos, objeto da compensação (f. 127/302), atinam expressamente com os débitos apurados em relação aos estabelecimentos da pessoa jurídica (matriz e filiais).

O apelante sustenta a legitimidade do lançamento em face da não homologação da compensação efetuada pela empresa autora, com fundamento na IN/INSS/DC 67/2002, pela utilização indevida de crédito tributário do estabelecimento matriz em compensação de débitos das suas filiais.

A norma acima referida, que restringia a possibilidade de compensação “*ao mesmo estabelecimento/obra de construção civil em que se efetuou o pagamento indevido*”, restou revogada pela IN INSS/DC nº 100, de 18 *dez* 2003, posteriormente revogada pela IN MPS/SRP 3, de 14 *jul* 2005.

Hodiernamente, a matéria em exame está disciplinada na IN RFB nº 900, de 30 *dez* 2008, que revogou os art. 192 a 239B da IN MPS/SRP 3, de 14 *jul* 2005, que disciplinavam os procedimentos de “compensação, restituição e reembolso”.

Estes, os termos da norma vigente:

Art. 34. O sujeito passivo *que apurar crédito, inclusive o reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos*

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Federais Reynaldo Fonseca e Catão Alves.

próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvadas as contribuições previdenciárias, cujo procedimento está previsto nos arts. 44 a 48, e as contribuições recolhidas para outras entidades ou fundos.

(...)

§ 9º Consideram-se débitos próprios, para os fins do caput, os débitos por obrigação própria e os decorrentes de responsabilidade tributária apurados por todos os estabelecimentos da pessoa jurídica. (grifei)

Esmiuçando o art. 34, tem-se que, no caso, o sujeito passivo é a matriz da empresa contribuinte e os débitos próprios abrangem todos os débitos dos estabelecimentos que a integram.

Leitura apropriada e útil do preceito supra conduz, pois, à conclusão inicial de que a conceituação de “débitos próprios” abrange todos os débitos dos estabelecimentos que integram a pessoa jurídica sem exceção, seja matriz, seja filial.

Resta assim esmaecido, na hipótese, o entendimento de “autonomia tributária” das filiais que compõem a pessoa jurídica, uma vez permitida em norma administrativa a reunião dos débitos tributários de todos os estabelecimentos da empresa (matriz + filiais) para fins de compensação com crédito tributário que a matriz porventura possua.

De conseqüência, deflui do conceito normativo a legitimidade da pessoa jurídica titular do crédito tributário para promover a sua compensação com os “débitos próprios”(neles incluídos os decorrentes de suas filiais).

No caso, a natureza da demanda e o valor controverso justificam a majoração da verba honorária para 7% sobre o valor da causa (art. 20, §4º, do CPC).

Pelo exposto, *nego provimento* à apelação do INSS e à remessa oficial e *dou provimento* à apelação da autora para majorar os honorários advocatícios para 7% sobre o valor da causa.

É como voto.

# Oitava Turma

## Apelação Cível

**2000.38.00.041180-1/MG**

Relator: Juiz Federal Osmane Antonio dos Santos (convocado)  
Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social - Inss  
Procurador: Dra. Adriana Maia Venturini  
Apelado: Precon Industrial S/A  
Advogado: Dr. Fernando Luiz Ayres de Lima e outros  
Remetente: Juízo Federal da 12a Vara – MG  
Publicação: e-DJF1 de 4/9/2009, p. 2143.

## Ementa

*Constitucional. Tributário. Previdenciário. Contribuição para o seguro acidente do trabalho - SAT. Instituição por lei ordinária. Definição do que seja atividade preponderante e enquadramento no grau de risco por decreto. Legalidade.*

I. Desnecessária a edição de lei complementar para a instituição da contribuição para o Seguro Acidente de Trabalho.

II. A Lei 8.212/1991 (art. 22, II, alterado pela Lei 9.732/1998) definiu o empregador como sujeito passivo do SAT, a qual deve ser recolhida sobre o total das remunerações pagas ou creditadas aos segurados, considerando-se a atividade preponderante para definir a sua alíquota.

III. Os Decretos 356/1991, 612/1992, 2.173/1997 e 3.048/1999 regulamentaram o artigo 22 da referida lei sem exorbitar os limites fixados pelo art. 84, IV, da Constituição Federal.

IV. O fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de “atividade preponderante” e “grau de risco leve, médio e grave” não implica em ofensa ao princípio da legalidade, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 343446/SC e o RE-AgR 455817/SC.

V. Apelação e remessa oficial provida.

## Acórdão

Decide a Turma dar provimento à apelação e à remessa oficial, por unanimidade.

8ª Turma do TRF 1ª Região - 7/8/2009.

Juiz Federal *Osmane Antonio dos Santos*, relator (convocado)

## Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Osmane Antonio dos Santos* – Cuida-se de apelação interposta pelo INSS contra sentença (fls. 163/179) que julgou procedente o pedido em ação de rito ordinário em que se objetiva a declaração de inexistência de relação jurídica que obrigue a parte autora ao recolhimento da contribuição para o Seguro de Acidente de Trabalho – SAT, exigido

com base no inciso II do art. 22 da Lei 8.212/1991, seja porque lei ordinária não poderia instituir novo tributo, seja porque a Lei 8.212/1991 não estabeleceu satisfatoriamente todos os elementos da obrigação tributária, delegando, ilegalmente, essa competência ao Poder Executivo, que a exerceu por meio de decretos. Condenou o réu ao reembolso das custas e

ao pagamento dos honorários de advogados, que fixou em 10% sobre o valor da causa<sup>1</sup>.

Houve remessa oficial.

Em recurso de fls. 182/200, o INSS defende a constitucionalidade da contribuição para o SAT e a legalidade dos decretos regulamentadores do art. 22, II, da Lei 8.212/1991.

Houve contrarrazões (fls. 203/221).

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antonio dos Santos* – Discute-se nos autos a constitucionalidade do Seguro Acidente de Trabalho – SAT, por ter sido instituído por lei ordinária, e não por lei complementar, e a possibilidade de decreto definir o que seja atividade preponderante, risco leve, médio ou grave para fins de enquadramento e cálculo da contribuição para o SAT.

A constitucionalidade da contribuição para o SAT, em razão da sua instituição pelas Leis Ordinárias 7.787/1989 e 8.212/1991, já foi discutida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento do RE 343.446, considerou ser desnecessária a edição de lei complementar para a instituição da contribuição para o SAT. O citado recurso ficou assim ementado:

*Constitucional. Tributário. Contribuição: seguro de acidente do trabalho - SAT. Lei 7.787/1989, arts. 3º e 4º; Lei 8.212/1991, art. 22, II, redação da Lei 9.732/1998. Decretos 612/1992, 2.173/1997 e 3.048/1999. C.F., artigo 195, § 4º; art. 154, II; art. 5º, II; art. 150, I.*

I - Contribuição para o custeio do Seguro de Acidente do Trabalho - SAT: Lei 7.787/1989, art. 3º, II; Lei 8.212/1991, art. 22, II; alegação no sentido de que são ofensivos ao art. 195, § 4º, c/c art. 154, I, da Constituição Federal: improcedência. Desnecessidade de observância da técnica da competência residual da União, C.F., art. 154, I. Desnecessidade de lei complementar para a instituição da contribuição para o SAT.

II - O art. 3º, II, da Lei 7.787/1989, não é ofensivo ao princípio da igualdade, por isso que o art. 4º da mencionada Lei 7.787/1989 cuidou de tratar desigualmente aos desiguais.

III - As Leis 7.787/1989, art. 3º, II, e 8.212/1991, art. 22, II, definem, satisfatoriamente, todos os elementos capazes de fazer nascer a obrigação tributária válida. O fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de “atividade preponderante” e “grau de risco leve, médio e grave”, não implica ofensa ao princípio da legalidade genérica, C.F., art. 5º, II, e da legalidade tributária, C.F., art. 150, I.

IV - Se o regulamento vai além do conteúdo da lei, a questão não é de inconstitucionalidade, mas de ilegalidade, matéria que não integra o contencioso constitucional.

V - Recurso extraordinário não conhecido. (RE 343446, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 20/3/2003, DJ 04-04-2003 PP-00040, Ement. Vol-02105-07 p. 01388.)

Esse entendimento continua sendo adotado naquela Corte, conforme se verifica a seguir:

*Constitucional. Tributário. Contribuição para o seguro de acidente do trabalho - SAT. Legitimidade assentada pelo Supremo Tribunal Federal.* 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 343.446, sob a relatoria do ministro Carlos Velloso, declarou a constitucionalidade da contribuição para o SAT. 2. Agravo regimental desprovido. 3. Condenação da parte agravante a pagar à agravada multa de 5% (cinco por cento) do valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. Isso com lastro no § 2º do art. 557 do Código de Processo Civil.” (RE 567544 AgR, Relator(a): Min. Carlos Britto, 1ª Turma, julgado em 28/10/2008, DJe-38 Divulg 26-2-2009 Public 27-2-2009, Ement Vol-02350-04, p. 708.)

Dessa forma, constitucional a instituição da contribuição para o SAT pelas Leis Ordinárias 7.787/1989 e 8.212/1991.

No que diz respeito à possibilidade de decreto definir o que seja atividade preponderante, risco leve, médio ou grave, para fins de enquadramento e cálculo da contribuição para o SAT, essa questão também já foi por demais debatida, sendo pacífico, inclusive no Supremo Tribunal Federal, que “as Leis 7.787/1989, art. 3º, II, e 8.212/1991, art. 22, II, definem,

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa e os Exmo. Sr. Juiz Federal Mark Yshida Brandão (convocado)

<sup>1</sup>R\$ 5.000,00, em 7.11.2000

*satisfatoriamente, todos os elementos capazes de fazer nascer a obrigação tributária válida. O fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de 'atividade preponderante' e 'grau de risco leve, médio e grave' não implica ofensa ao princípio da legalidade genérica, CF, art. 5º, II, e da legalidade tributária, CF, art. 150, I, IV" (RE-AgR 455817/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 30/9/2005, p. 051).*

Logo, não há de se falar em ilegalidade da exigência de recolhimento dessa contribuição, nos termos em que regulamentada pelos Decretos 356/1991, 612/1992, 2.173/1997 e 3.048/1999, como também já decidiu o STJ e este Tribunal, na forma abaixo transcrita:

*Agravo Regimental. Processual Civil. Embargos de divergência. Seguro de acidente do trabalho. Legalidade. Entendimento pela primeira seção. Súmula 168/STJ.*

(...)

II. É entendimento da Primeira Seção desta Casa Julgadora que é possível se estabelecer, por meio de Decreto, o grau de risco (leve, médio ou grave), partindo-se da atividade preponderante da empresa, para efeito de Seguro de Acidente do Trabalho (SAT), por inexistir afronta ao princípio da legalidade. (REsp 297.215/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 12/9/2005).

(...).

(AgRg nos REsp 772.738/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 14/5/2008, DJe 9/6/2008.)

*Processual Civil. Tributário. Associação. Legitimidade ativa. Seguro de acidente de trabalho - SAT. Lei 8.212/1991 (art. 22, inciso II). Lei 9.732/1998. Decretos 612/1992, 2.173/1997 e 3.048/1999. Constitucionalidade.*

(...)

II O Seguro Acidente do Trabalho, instituído pelo artigo 22, II, da Lei 8.212/1991, alterado pela Lei 9.732/1998, estabeleceu satisfatoriamente todos os elementos da obrigação tributária.

III. A expedição do Decreto 2.173/1997 para definição dos conceitos de atividade preponderante e dos riscos de grau leve, médio e grave se insere dentro do poder regulamentar conferido pela Constituição ao chefe do Executivo Federal (art. 84, IV, da CF).

(...).

(AMS 1999.35.00.023582-9/GO, Rel. Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa, Oitava Turma, DJ 101 de 19/12/2007.)

Ante o exposto, dou provimento ao apelo do INSS para julgar improcedente o pedido e condenar a parte autora ao pagamento dos honorários de advogado, que fixo em R\$1.000,00 (um mil reais).

É como voto.

---

## Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento

2009.01.00.041134-2/BA

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro  
Agravante: Netuno Alimentos S/A  
Advogado: Dr. Iran Machado Nascimento e outros  
Agravado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama  
Procurador: Dra. Adriana Maia Venturini  
Embargante: Netuno Alimentos S/A  
Publicação: e-DJF1 de 4/9/2009.

---

### Decisão

Netuno Alimentos S.A. opõe embargos de declaração à decisão que indeferiu pedido de efeito suspensivo no presente agravo de instrumento.

Aponta omissão na decisão, que não se pronunciou a respeito da alegada incompetência do agravado (Ibama) para exercer fiscalização sobre atividades relacionadas à pesca e aquicultura, a qual, segundo sustenta, incumbe ao Ministério da Pesca e Aquicultura.

Afirma, de outra parte, que, na época da fiscalização, detinha o Registro Geral de Pesca (RGP), registro esse que, acrescenta, a legislação não determina que cada filial da pessoa jurídica deva possuir.

Anota, ainda, que *o agente ambiental ignorou por completo a normatização a respeito das infrações ao meio ambiente e, com absoluto excesso de autoridade, suprimindo direito do Autuado, determinou a apreensão dos produtos da Autuada e lavrou auto de infração em cifra exorbitante!* (fl. 234).

Decido.

Verifico que, efetivamente, a decisão impugnada não apreciou a questão da competência do Ibama para a autuação efetivada, tendo sido alegado pela agravante que a autoridade administrativa agiu com excesso de poder, *usurpando mesmo sua competência ao determinar a imposição de multa e apreender mercadorias da Impetrante, sem qualquer fundamentação plausível* (fl. 5).

Nos embargos de declaração, afirma a embargante, textualmente, *verbis* (fl. 232):

Ora, não se pode conceber que o Ibama – órgão do poder executivo que, dentre outras atividades, se presta a fiscalizar as atividades das empresas potencialmente poluidoras e que degradam o meio ambiente – exerça atividade destinada a outro ente do poder público. Isto porque cabe ao Ibama a fiscalização, orientação e vinculação *às normas ambientais*, logo, foge de sua esfera de competência a fiscalização de empresas por violação de outras normas que não sejam aquelas relativas ao meio ambiente.

Daí que, suprindo a omissão, passo ao exame do pedido.

Efetivamente, compete ao Ministério da Pesca e Aquicultura a *fiscalização das atividades de aquicultura e pesca no âmbito de suas atribuições e competências* (Lei 10.683/2003, art. 27, inciso XXIV, alínea g).

Na hipótese, segundo consta dos autos, a agravante foi autuada sob acusação de *industrializar 988.905,00 de pescados (tilápia e lagostas) no ano de 2009 até a presente data sem a autorização do órgão competente, registro geral de pesca na categoria indústria pesqueira emitida pela SEAP.*

Comprovou que era detentora de tal registro, relativamente à matriz, com sede em Recife (PE), com validade para todo o território nacional, consoante consta do próprio documento (fl. 119), e, no dia seguinte ao da autuação, providenciou o registro para a filial de Paulo Afonso (BA), como se vê do documento acostado à fl. 81.

Destaque-se, ainda, que a agravante é detentora de diversas outorgas do *direito de uso de recursos hídricos para piscicultura em tanques-rede* (fls. 82-91), do que se pode inferir que não estava praticando pesca *em período ou local no qual a pesca seja proibida*, como previsto no art. 35 do Decreto 6.514/2008, que serviu de fundamento para aplicação da elevada multa de R\$ 19.781.600,00 (dezenove milhões, setecentos e oitenta e um mil e seiscentos reais).

Entendo, diferentemente do que constou da decisão agravada, que se faz presente a plausibilidade jurídica da pretensão da agravante, sendo certo que o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação é evidente, como foi reconhecido pela própria prolatora da decisão agravada.

Considero, por outro lado, com a devida vênia do ilustre Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão, que proferiu a decisão ora embargada, que a liberação do produto apreendido, na espécie, não se afigura *providência de cunho satisfativo*, mas, sim, acautelatória do possível direito da impetrante, aqui embargante, visto que a sua destinação nos moldes dos dispositivos legais invocados pelo Ibama, aí sim, esvaziaria, ao menos em parte, o objeto do mandado de segurança.

Com essas considerações, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal, de modo a conceder a medida liminar requerida em primeira instância, para que seja aguardado o julgamento do processo administrativo, assim como a liberação dos produtos apreendidos, os quais deverão ser entregues à requerente.

Comunique-se, com urgência.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 25 de agosto de 2009.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, relator

---

---

## Agravo de Instrumento

2009.01.00.047444-6/BA

Relator: Juiz Tourinho Neto  
Agravante: Andre Egydio Schmidt e outros  
Advogado: Dr. Edmar Teixeira de Paula e outros  
Agravado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama.  
Procurador: Dra. Adriana Maia Venturini  
Agravado: Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Icmbio  
Procurador: Dra. Adriana Maia Venturini  
Publicação: e-DJF1 de 4/9/2009.

---

### Decisão

Vistos.

1. André Egydio Schmidt, Clecy Rosa Pippi Schmidt, José Alberto Schmidt e Dyra Vidal Schmidt, nos autos da Ação Cominatória c/c Obrigação de Fazer n. 2009.33.00.000547-2, proposta contra o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama e do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – Icmbio, agravam de instrumento da decisão proferida pelo Juiz Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Barreiras, Estado da Bahia, Gilton Batista Brito, que indeferiu o pedido de antecipação da tutela de proceder-se a avaliação administrativa do imóvel Fazenda Cana Brava III, localizada dentro do Parque Ecológico Grande Sertão Veredas, que lhes pertence, localizado no Município de Cocos, Estado da Bahia, objeto de apossamento administrativo com sua limitação integral (decisão de fls. 25/27).

Alegam que (fls. 16):

Com o descomprometimento do Ibama até a presente data, ao não realizar a avaliação administrativa, nem tão menos indenizar os agravantes que vêm sofrendo enorme prejuízo, ao longo desses cinco anos de expectativa e angústia, sendo que outra medida não lhes cabe senão a tutela judicial, nos termos do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

Dizem que não *podem mais aguardar pela iniciativa e impulso processual do Ibama que desde a imissão na posse da área se beneficia das edificações dispendiosas realizadas pelos agravantes, fato este que se traduz por locupletamento ilícito.*

Afirmam que o decreto de desapropriação expedido em 21 de maio de 2004 já caducou, *nos termos do art. 10 do Decreto 3.365/1941*, chamando a atenção que o decreto foi publicado no dia 21.5.2004 e até a presente data não foi ajuizada ação de desapropriação, razão pela qual o decreto caducou.

Explicam que (fls. 20):

(...) se encontra perceptível no caso em apreço o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, porquanto decorridos cinco anos da expedição do decreto expropriatório, e mais de dois anos de processo administrativo (iniciado em janeiro de 2007), sem qualquer sinal de solução pelas agravadas, com ingentes prejuízos para os agravantes, os quais não podem mais amargar a perda da propriedade, sem a devida avaliação administrativa do imóvel, e a consequente indenização (art. 2º da Lei 9.784/99).

Pedem que sejam suspensos os efeitos da decisão recorrida com o escopo de assegurar a realização da avaliação administrativa do imóvel pelos agravados.

2. *Decido:*

Sustenta o ilustre Juiz *a quo* que consoante se verifica da cópia do requerimento administrativo (fls. 35/43), a parte autora somente pleiteou que fosse realizada a avaliação do referido imóvel em 11.1.2007, ou seja, quase três anos após a data de vigência do Decreto publicado em 21.5.2004, que ampliou a área total do Parque Ecológico Grande Sertão Veredas, na qual estaria incluída a área Fazenda Cana Brava III, de propriedade da parte autora. Ademais, não há indícios de manifesta ilegalidade no procedimento adotado pela parte ré, ante a evidência de que o requerimento administrativo não foi instruído com todos os documentos indispensáveis para a concretização do ato, inclusive, o georreferenciamento da fazenda em questão, o qual, conforme, reconhecido pela própria parte autora, só foi apresentado recentemente.

Em princípio, tenho que razão assiste aos agravantes. Há necessidade urgente de ser realizada a realização da avaliação no processo administrativo. Os réus se apossaram do imóvel dos agravantes e estão retardando em proceder à avaliação. Tenha-se que o Ibama tem conhecimento da localização do imóvel, em face da criação da estação ecológica.

3. Assim, concedo a tutela antecipatória recursal para determinar que seja feita a avaliação administrativa, suspendendo os efeitos da decisão agravada.

4. Intimem-se as agravadas, na pessoa dos seus procuradores, para, querendo, apresentarem resposta.

5. Ciência ao MM. Juiz *a quo*.

Brasília, 27 de agosto de 2009.

Juiz Tourinho Neto, relator

---

---

## Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2002.38.00.711124-6/MG

Relatora: Juíza Federal Jaiza Maria Pinto Fraxe  
Embargante: Dilson Martins Peixoto  
Advogado: Dr. Antônio José de Abreu e outra  
Embargado: Caixa Econômica Federal - CEF  
Advogado: Dr. Mauro Sanabio Silva Pereira  
Publicação: e-DJF1 de 1º/9/2009, p. 261

---

### Ementa

*Embargos de declaração. Reexame de prova dos autos. Impossibilidade.*

- I. Os Embargos de Declaração não se prestam para reexame de prova dos autos.
- II. Embargos de Declaração rejeitados.

### Acórdão

Vistos e relatados estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Juizes da Egrégia Turma de Uniformização de Jurisprudência das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais da Primeira Região, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto da relatora.

Cuiabá, 20/3/2009.

Juíza Federal *Jaiza Maria Pinto Fraxe*, relatora.

---

### Relatório e voto

*A Exma. Sra. Juíza Federal Jaiza Maria Pinto Fraxe*: – Trata-se de Embargos de Declaração interpostos por Dilson Martins Peixoto contra acórdão prolatado pela Turma Regional de Uniformização da 1.ª Região que, por unanimidade, deu provimento ao Pedido de Uniformização interposto pela Caixa Econômica Federal.

Alega o embargante que, embora a remessa dos autos à Turma Regional tenha ocorrido com vistas a uniformização de entendimento com relação ao Termo de Adesão, o autor não assinou termo de adesão e nem a CEF efetuou pagamento ao embargante.

Requer a modificação do acórdão aduzindo que este não apresenta um caso concreto para julgamento, por não constar nos autos nenhum termo assinado e nenhuma prova de crédito.

É o sucinto relatório.

Passo ao voto.

Na esteira do julgamento proferido na presente data, cuja relatoria coube ao Juiz Rubens Rollo D'Oliveira, ressalto que os Embargos de Declaração não se prestam para reexame de prova dos autos, razão pela qual conheço, mas rejeito o recurso.

---

## Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2006.38.00.724637-5/MG

Relatora: Juíza Federal Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann  
Recorrente: Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF/MG  
Procuradora: Dra. Vera Lúcia Gabriel Domingues  
Recorrida: Amelia Patricia Correa  
Publicação: e-DJF1 de 8/9/2009, p. 812

---

### Ementa

*Processual Civil. Embargos de declaração contendo ausência de similitude fático-jurídica com o acórdão que manteve negativa de seguimento de pedido de uniformização da turma de origem por falta de diversidade de entendimento jurídico no tocante aos efeitos da MP 2225-45/2001. Prequestionamento isolado. Ausência das hipóteses legais (art.535, I e II, do Código de Processo Civil e art. 48, Lei 9.099/1995). Improcedência. Desprovemento dos embargos.*

I. Consoante disposto no art. 535, I e II, do Código de Processo Civil, e no art. 48 da Lei 9.099/1995, cabem embargos de declaração quando houver no acórdão obscuridade, contradição ou omissão sobre questão relevante para o deslinde do feito. O simples alegação de prequestionamento com a ausência de similitude fático-jurídica afastam a possibilidade de utilização de embargos de declaração.

II. Fundamentação da decisão do acórdão inteiramente diversa dos argumentos deduzidos nos embargos de declaração demonstrando ausência de omissão e contradição a serem supridas, especialmente quando tratou o acórdão de pedido de submissão de negativa de seguimento de pedido de uniformização.

III. Adequadamente examinadas pelo acórdão embargado as questões devolvidas à apreciação pretoriana, necessárias à resolução da lide, embora em desacordo com a compreensão do embargante, não resta configurada a apontada omissão ou contradição.

IV. Embargos de Declaração desprovidos.

### Acórdão

Decide a Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência da Primeira Região, por unanimidade, conhecer e negar provimento aos embargos de declaração, para manter a decisão impugnada, nos termos do voto da juíza federal relatora.

Cuiabá, 20/3/2009.

Juíza Federal Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann, relatora.

---

### Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann: – Trata-se de embargos declaratórios interpostos pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF, contra acórdão desta Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência, que conheceu e negou provimento ao pedido de submissão formulado pela parte recorrente, mantendo a decisão da Presidência da Turma Recursal de Origem, que

negou seguimento ao pedido de uniformização sob o fundamento de inexistência de controvérsia ante o teor da Súmula 4 desta Turma, que reza: *a edição da Medida Provisória 2.225-45, de 4 de setembro de 2001, implicou renúncia à prescrição das parcelas relativas ao reajuste de 3,17% do IPC-r.*

Afirma o embargante a existência de omissão no acórdão atacado, além da necessidade de prequestionamento e de revisão do entendimento relativo à base de cálculo sobre a qual deve incidir o

percentual de 3,17%, além de inúmeras outras questões relativas ao mencionado cálculo.

É o relatório.

### Voto\*

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann: – Nos termos do disposto no art. 535, I e II, do Código de Processo Civil, e art. 48 da Lei 9.099/1995, aplicável ao Juizado Especial Federal por força do art. 1º da Lei 10.259/2001, os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão obscuridade, contradição ou omissão.

Entretanto, só ocorre omissão, conforme *Moacyr Amaral Santos (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 3º volume, Saraiva, 1988, p.150), (...) quando o julgado não se pronuncia sobre ponto, ou questão, suscitado pelas partes, ou que o Juiz ou Juízes deveriam pronunciar-se de ofício.* Idem em *Chimenti*, Ricardo Cunha. *Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais.* 8.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 249-250, segundo o qual a omissão é verificada quando *o julgado não aprecia questão pertinente ao litígio e que deveria ser apreciada*, destacando, contudo, que o juiz não é obrigado a responder a todas as alegações das partes ou mencionar todos os artigos suscitados, quando já encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão.

No caso em tela, o acórdão embargado limitou-se a manter a decisão da Presidência da Turma Recursal de origem que negou seguimento ao pedido regional de uniformização por ausência do requisito de divergência na interpretação jurídica, ressaltando, inclusive, a existência de súmula editada pela Turma de Uniformização Regional na matéria em exame, considerando a edição da Medida Provisória 2.225-45/2001, como hipótese de renúncia à prescrição das parcelas relativas ao reajuste de 3,17% do IPCr.

As razões apresentadas nos embargos de declaração mostraram-se inteiramente afastadas da

matéria contida no acórdão, demonstrando ausência de similitude fático-jurídica entre as razões acolhidas no acórdão embargado e aquelas aduzidas nos embargos de declaração. Não havendo, portanto, qualquer omissão ou contradição a ser dirimida.

Outrossim, o simples prequestionamento da matéria para fins de Pedido de Uniformização ou Recurso Extraordinário, por si só e inteiramente afastado da matéria tratada no acórdão, não viabiliza o acolhimento da espécie em tela.

A propósito, e ainda em fundamentação, cabe o seguinte precedente:

*Processual Civil. Embargos de declaração. Inexistência de omissão. Prequestionamento. Impossibilidade.*

I - Inexiste no v. acórdão embargado qualquer omissão sobre a qual deva se pronunciar esta Turma. O Tribunal não é obrigado a se manifestar a respeito de todos os artigos de lei mencionados nos autos, mas sim a decidir a matéria discutida com fundamentação capaz de sustentar a manifestação jurisdicional. O princípio do livre convencimento motivado justifica que não sejam examinados os dispositivos que, para a parte, possam parecer relevantes, mas que, para o julgador, constituem questões superadas pelas razões que fundamentam seu julgamento.

II - Os embargos de declaração não podem ser utilizados para prequestionar dispositivos legais ou constitucionais apenas para fins de recurso aos Tribunais Superiores nem para modificar o julgamento, salvo quando a alteração decorre do suprimento de omissão, obscuridade ou contradição.

III - Embargos de declaração rejeitados. (TRF1, EDAC 92.01.27707-5/MG, rel. Juiz Jirair Aram Meguerian, rel. Conv. Juíza Sonia Diniz Viana, DJ de 7.11.2001).

No mesmo sentido já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça (STJ), a saber:

Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no artigo 535 do CPC, obscuridade, dúvida, contradição, omissão, por construção pretoriana interpretativa, a hipótese de erro material. Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ, 1ª Turma, Resp. 11.465-0-SP, rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, j. 23.11.1992.)

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro e os Exmos. Juízes Federais Rubens Rollo D`Oliveira, Joao Carlos Mayer Soares, Itagiba Catta Preta Neto, Cesar Augusto Bearsi, Evaldo de Oliveira Fernandes, filho, Jaiza Maria Pinto Fraxe, Carlos Augusto Torres Nobre, Glauccio Maciel Goncalves, Jair Araujo Facundes, Cleberon Jose Rocha, Herculano Martins Nacif, Regis de Souza Araujo e Pedro Braga Filho.

Verifica-se, em verdade, que os presentes embargos demonstram completa ausência de correspondência lógica de fundamentação relativamente ao acórdão embargado, demonstrando o seu teor irresignação quanto á forma de cálculo do reajuste pleiteado nos autos e neles acolhido, matéria que não foi tratada no acórdão referido.

Inexistindo, portanto, qualquer das hipóteses autorizadoras do manejo de embargos de declaração, nego-lhe provimento.

É como voto.

---

## Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2006.38.00.725635-9/MG

Relatora: Juíza Federal Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann  
Recorrente: Escola Agrotécnica Federal de Barbacena - MG  
Procurador: Dra. Adriana Maia Venturini  
Recorrido: Armando Pereira da Silva  
Advogado: Dr. Sidnei Henrique da Silva e outro(a)  
Publicação: e-DJF1 de 8/9/2009, p. 812

---

### Ementa

*Constitucional e Administrativo. Servidor do Poder Executivo. Reajuste no percentual de 3,17%. MP 2.225/2001. Prejudicial de prescrição afastada, em face da renúncia gerada pelo reconhecimento do direito vindicado. Súmula 4 da Turma Regional de Uniformização afastando a divergência. Pedido de submissão indeferido.*

I. A edição da Medida Provisória 2.225-45, de 4.9.2001, implicou renúncia à prescrição das parcelas relativas ao reajuste de 3,17% do IPC-r (Súmula 4 da TRUJEF 1ª Região), o que não se confunde com a interrupção.

II. Na hipótese dos autos, a renúncia remonta à data da edição da Medida Provisória indicada que confrontada com a data do ajuizamento da demanda, não se perfaz o prazo quinquenal.

III. A divergência suscitada já tinha sido dirimida conforme o teor da referida Súmula 4, desta Turma Regional de Uniformização, que inclusive lastreou a decisão impugnada. No mesmo sentido, já firmou-se a Turma Nacional de Uniformização.

IV. Ausente a divergência de entendimento quanto à matéria objeto da súmula invocada, configura-se a perda do interesse recursal autorizando a negativa de seguimento de pedido de uniformização pelo presidente da turma de origem.

V. Pedido de submissão indeferido. Mantida decisão da Turma Recursal de origem.

### Acórdão

Decide a Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência da Primeira Região, por unanimidade, conhecer e negar provimento ao pedido interposto pela parte recorrente, para manter a decisão impugnada, nos termos do voto da juíza federal relatora.

Cuiabá, 20/3/2009.

Juíza Federal Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann, relatora.

---

### Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann: – Trata-se de pedido de submissão a esta Turma de decisão que negou seguimento a pedido de uniformização de jurisprudência entre turmas da primeira região, contra decisão proferida pela 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária de Minas Gerais, sob o fundamento de

inexistência de divergência quanto à matéria, ante os termos da Súmula 4 da TRUJEF, que reza: *A edição da Medida Provisória 2.245-45, de 4 de setembro de 2001, implicou renúncia à prescrição das parcelas relativas ao reajuste de 3,17% do IPC- r.*

Pretende a requerente ver alterada a decisão atacada e uniformizado o entendimento jurisprudencial, adotando-se o paradigma da Turma Recursal de

Tocantins, segundo o qual aplica-se a prescrição quinquenal às ações em que se pleiteia o reajuste de vencimentos no percentual de 3,17%.

É o relatório.

## Voto\*

*A Exma. Sra. Juíza Federal Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann:* – A Turma Recursal de origem negou seguimento ao pedido de uniformização interposto, pela ausência do requisito relativo à controvérsia de entendimento da matéria posta nos autos entre as turmas subordinadas ao TRF da 1ª Região, considerando que foi editada a Súmula 4 justamente pela Turma de Uniformização Regional.

Tal decisão foi trazida a exame da Turma Regional de Uniformização com fundamento no art. 2º da Resolução/PRESI 600-25, de 30 de setembro de 2005, portanto, apenas a negativa de seguimento encontra-se primeiramente sob análise nesta oportunidade.

Com efeito, não mais subsistia controvérsia quanto à matéria em exame nos presentes autos quando proferida a decisão de negativa de seguimento do Pedido de Uniformização, tendo em vista a súmula mencionada, que acolheu o entendimento abrigado no acórdão proferido, do que resulta adequada a decisão que negou seguimento ao pedido de uniformização interposto.

De fato, a demanda foi proposta em 9/7/2004, e o novo prazo prescricional remonta à data da edição da MP 2.225-45, em 4/9/2001, não havendo o transcurso do prazo quinquenal previsto na legislação para extinguir o direito ao manejo da ação.

Concluindo, transcrevo o teor da Súmula 4, segundo a qual *a edição da Medida Provisória 2.225-45, de 4 de setembro de 2001, implicou renúncia à prescrição das parcelas relativas ao reajuste de 3,17% do IPC-r.* e que lastreou adequadamente a decisão ora impugnada.

Não mais subsistindo controvérsia a ser dirimida configurou-se a perda do interesse recursal, razão pela qual foi negado seguimento ao pedido de uniformização em tela com base na já mencionada Súmula 4 da TRUJEF 1ª Região.

Ademais, mesmo a Turma Nacional de Uniformização já firmou entendimento no mesmo teor para declarar que a edição da Medida Provisória indicada implicou renúncia à prescrição, bem assim da inexistência, portanto, de divergência quanto à interpretação jurídica no particular conforme precedente firmado no julgamento do Incidente de uniformização de jurisprudência 2005.38.00.728497-8, realizado em 2/2/2009, publicado no DJ 11/2/2009, que deixou de ser conhecido.

Voto, portanto, pela manutenção da decisão proferida pela digna Presidente da 1ª Turma Recursal de Minas Gerais, que negou seguimento ao recurso e, por consequência, mantendo-se também o acórdão proferido nos autos.

---

\* Participaram do julgamento o Exmo. Des. Federal Cândido Ribeiro e os Exmos. Srs. Juizes Federais Rubens Rollo D'oliveira, Joao Carlos Mayer Soares, Itagiba Catta Preta Neto, Cesar Augusto Bearsi, Evaldo de Oliveira Fernandes, filho, Jaiza Maria Pinto Fraxe, Carlos Augusto Torres Nobre, Glaucio Maciel Goncalves, Jair Araujo Facundes, Cleber Jose Rocha, Herculano Martins Nacif, Regis de Souza Araujo e Pedro Braga Filho.

# Estatística

**AGOSTO/2009**

## **PRESIDÊNCIA**

Recursos Extraordinários Admitidos (Asret)	36
Recursos Especiais Admitidos (Asret)	268
Recursos Extraordinários Inadmitidos (Asret)	142
Recursos Especiais Inadmitidos (Asret)	434
Despachos Diversos (Asret)	72
Decisões Diversas (Asret)	334
Recurso Especial Adesivo Inadmitido (Asret)	1
Decisões em Plantão (Asret)	4
Suspensões de Liminares Deferidas (Asret)	7
Suspensões de Segurança Deferidas (Asret)	3
Suspensões de Segurança Indeferida (Asret)	3
Decisões Diversas em Suspensão de Segurança (Asret)	3
Despachos Diversos em Suspensão de Segurança (Asret)	2
Agravo Regimental Prejudicado (Asret)	1
Agravo Regimental Provido (Asret)	1
Agravos Regimentais Não Providos (Asret)	17
Embargo de Declaração Acolhido (Asret)	1
Embargos de Declaração Rejeitados (Asret)	6
Recursos Especiais Suspensos na COREC (Asret)	149
Recursos Extraordinários Sobrestados na COREC (Asret)	135
Memorandos Expedidos (Asret)	9
Atos (Secre)	59
Portarias (Secre)	19
Ofícios (Secre)	98
Despachos em Procedimentos Administrativos (Secre)	45
<b>TOTAL</b>	<b>1.849</b>

Dados fornecidos pela Asret e Secre

## VICE-PRESIDÊNCIA

### ATOS JURISDICIONAIS DO VICE-PRESIDENTE

Recursos Especiais Admitidos	94
Recursos Especiais Inadmitidos	246
Recursos Extraordinários Admitidos	17
Recursos Extraordinários Inadmitidos	72
Decisões Determinando Sobrestamento	70
Decisões Interlocutórias	265
<b>TOTAL</b>	<b>764</b>

Dados informados pela assessoria da Vice-Presidência.

### COORDENADORIA DE RECURSOS

Recebidos das Turmas e Seções	908
Remetidos à Asvip	314
Remetidos à Asret	687
Remetidos ao STF	112
Recursos Extraordinários Eletrônicos Remetidos do STF	3
Processos Devolvidos pelo STJ Digitalizados	390
Recursos Extraordinários Eletrônicos Recebidos do STF	15
Remetidos ao STJ	543
Recebidos do STJ	369
Recebidos do STF	172
Remetidos por Baixa Definitiva	687
Remetidos ao Arquivo Judicial	22
Sobrestados na Corec	1.262
Agravos Processados	714
<b>TOTAL</b>	<b>6.198</b>

### PUBLICAÇÕES — PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	415
Recursos Inadmitidos	901
Recursos Sobrestados e Suspensos	578
Despachos Diversos	163
<b>TOTAL</b>	<b>2.057</b>

## PUBLICAÇÕES — VICE-PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	91
Recursos Inadmitidos	183
Recursos Sobrestados e Suspensos	25
Despachos Diversos	324
<b>TOTAL</b>	<b>623</b>

## DESPACHO/DECISÃO — VICE-PRESIDÊNCIA

Despachos/Decisões não Publicados	3
-----------------------------------	---

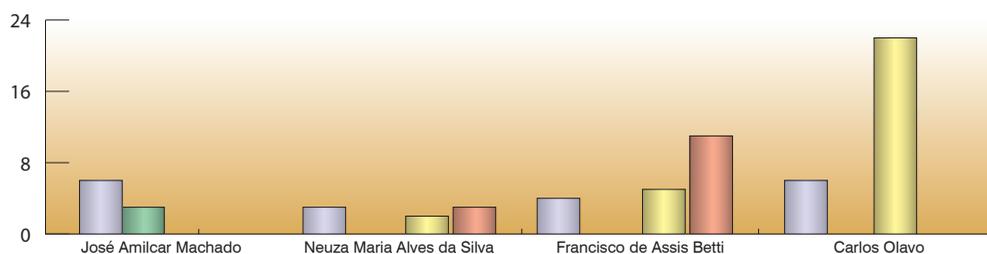
## DESPACHO/DECISÃO — PRESIDÊNCIA

Despachos/Decisões não Publicados	5
-----------------------------------	---

Dados fornecidos pela Corec

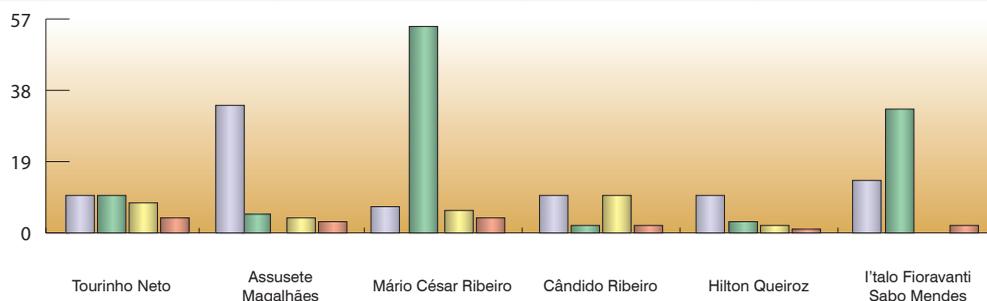
## DADOS ESTATÍSTICOS DAS SEÇÕES – JUNHO/2009

### 1ª Seção Desembargador Federal Presidente: Souza Prudente



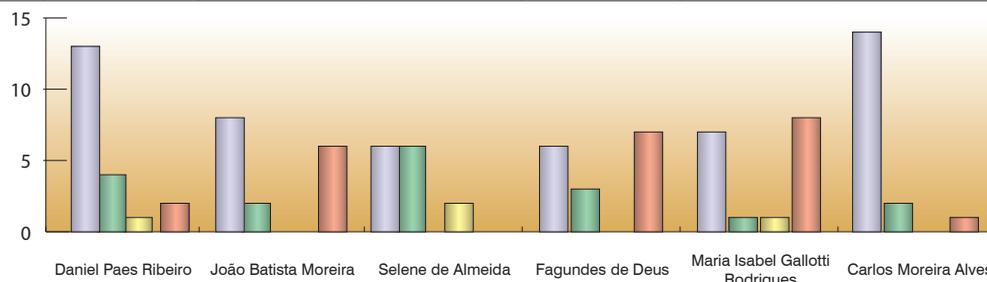
Distribuídos	6	3	4	6
Desp. term. publicados	3			
Julgados		2	5	22
Acórdãos publicados		3	11	

### 2ª Seção Desembargador Federal Presidente: Souza Prudente



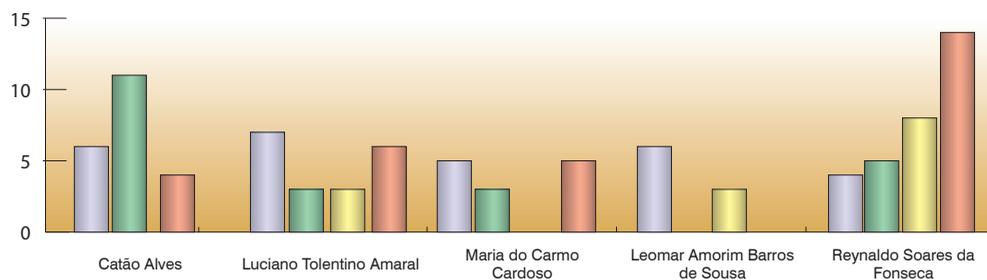
Distribuídos	10	34	7	10	10	14
Desp. term. publicados	10	5	55	2	3	33
Julgados	8	4	6	10	2	
Acórdãos publicados	4	3	4	2	1	2

### 3ª Seção Desembargador Federal Presidente: Souza Prudente



Distribuídos	13	8	6	6	7	14
Desp. term. publicados	4	2	6	3	1	2
Julgados	1		2		1	
Acórdãos publicados	2	6		7	8	1

### 4ª Seção Desembargador Federal Presidente: Souza Prudente

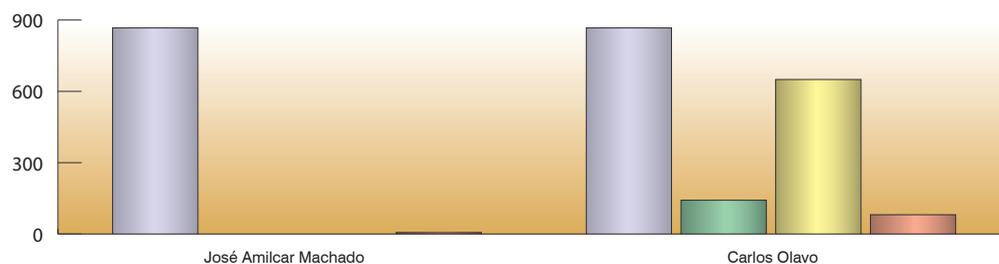


Distribuídos	6	7	5	6	4
Desp. term. publicados	11	3	3		5
Julgados		3		3	8
Acórdãos publicados	4	6	5		14

Desembargadores Federais Presidentes das Seções não participam das sessões na condição de Relator, Revisor ou Vogal

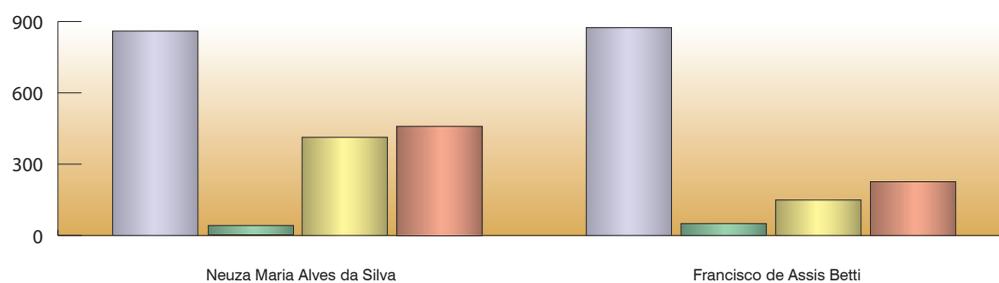
## DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – JUNHO/2009

### 1ª Turma



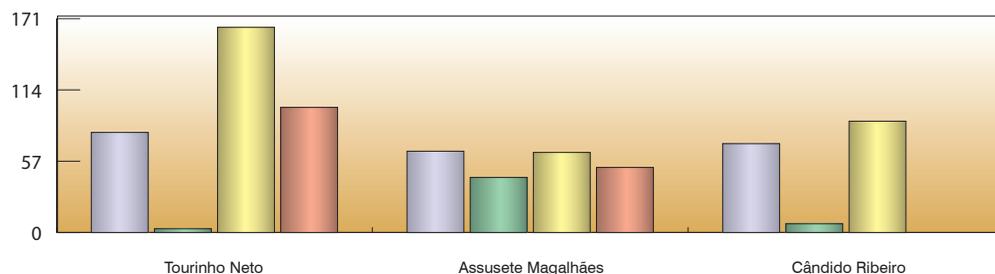
	José Amílcar Machado	Carlos Olavo
Distribuídos	867	867
Desp. term. publicados		142
Julgados		650
Acórdãos publicados	6	81

### 2ª Turma



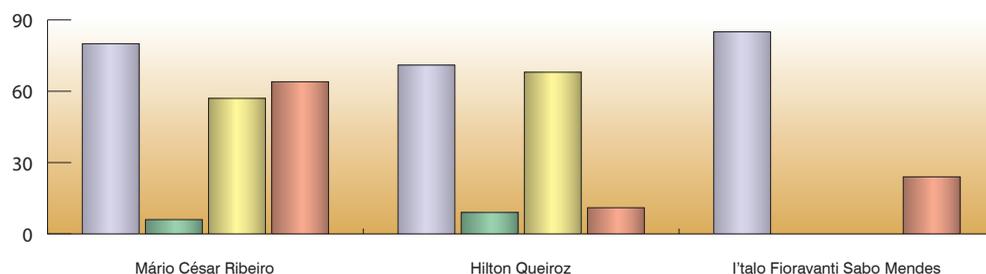
	Neuza Maria Alves da Silva	Francisco de Assis Betti
Distribuídos	860	874
Desp. term. publicados	39	50
Julgados	413	149
Acórdãos publicados	461	226

### 3ª Turma



	Tourinho Neto	Assusete Magalhães	Cândido Ribeiro
Distribuídos	80	65	71
Desp. term. publicados	3	44	7
Julgados	164	64	89
Acórdãos publicados	100	52	

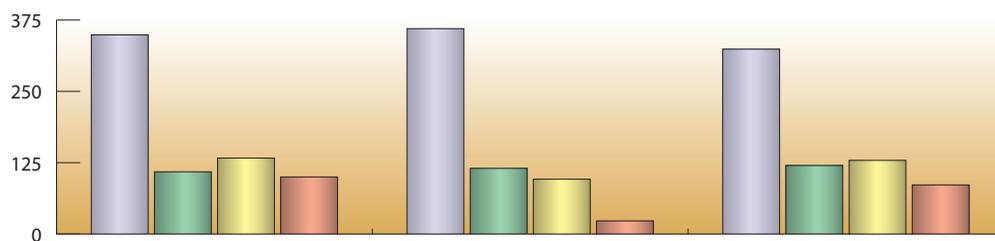
### 4ª Turma



	Mário César Ribeiro	Hilton Queiroz	I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Distribuídos	80	71	85
Desp. term. publicados	6	9	
Julgados	57	68	
Acórdãos publicados	64	11	24

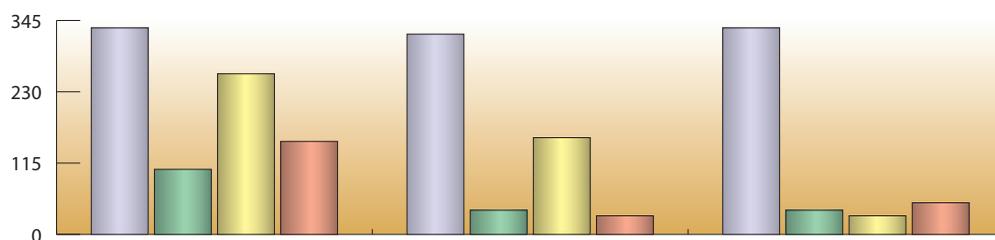
## DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – JUNHO/2009

### 5ª Turma



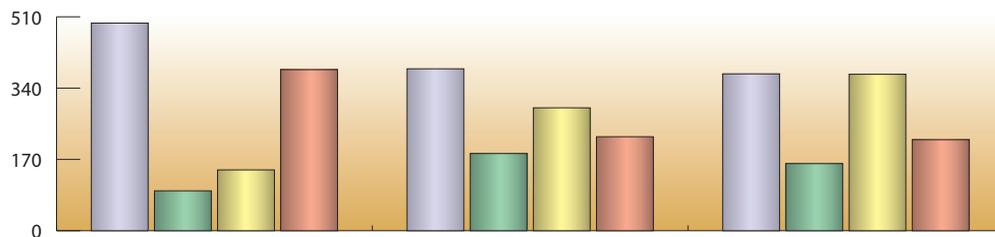
	João Batista Moreira	Selene de Almeida	Fagundes de Deus
Distribuídos	349	360	324
Desp. term. publicados	109	115	120
Julgados	133	96	129
Acórdãos publicados	100	23	86

### 6ª Turma



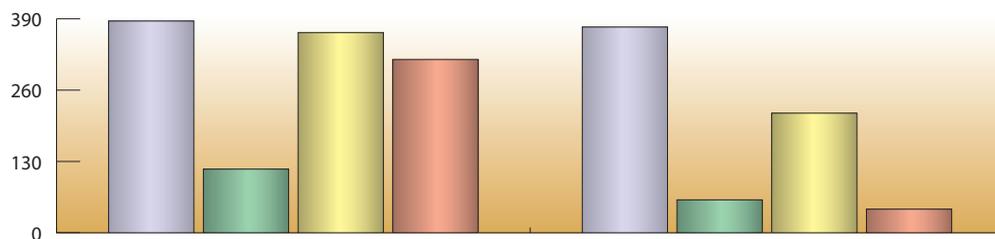
	Maria Isabel Gallotti Rodrigues	Daniel Paes Ribeiro	Carlos Moreira Alves
Distribuídos	333	323	333
Desp. term. publicados	105	39	39
Julgados	259	156	30
Acórdãos publicados	150	30	51

### 7ª Turma



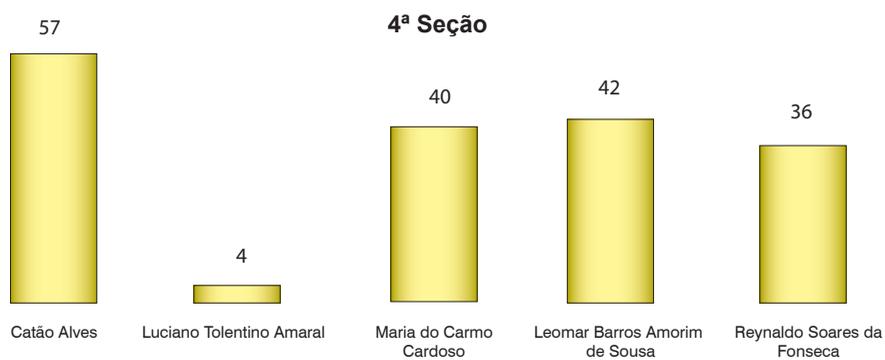
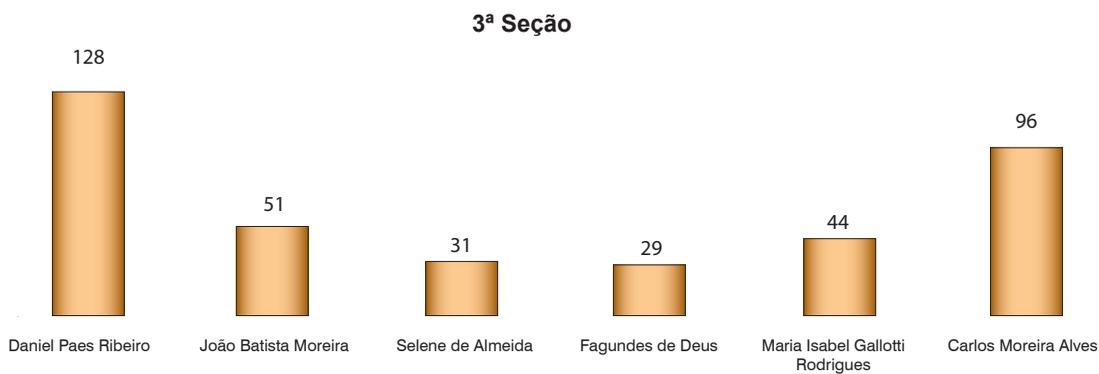
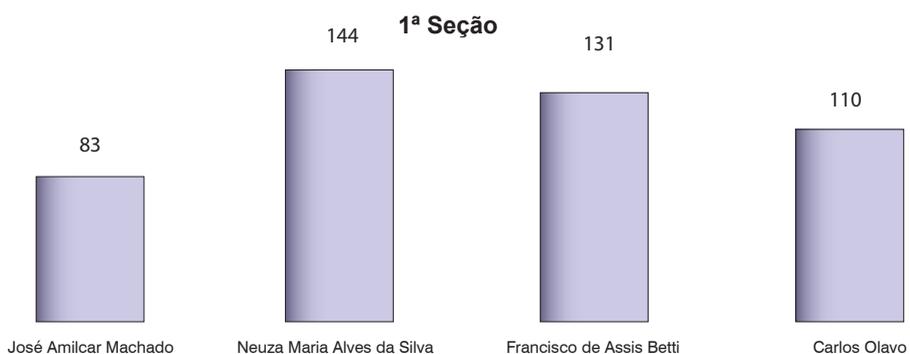
	Catão Alves	Luciano Tolentino Amaral	Reynaldo Soares da Fonseca
Distribuídos	495	386	374
Desp. term. publicados	95	184	160
Julgados	145	293	373
Acórdãos publicados	384	224	217

### 8ª Turma

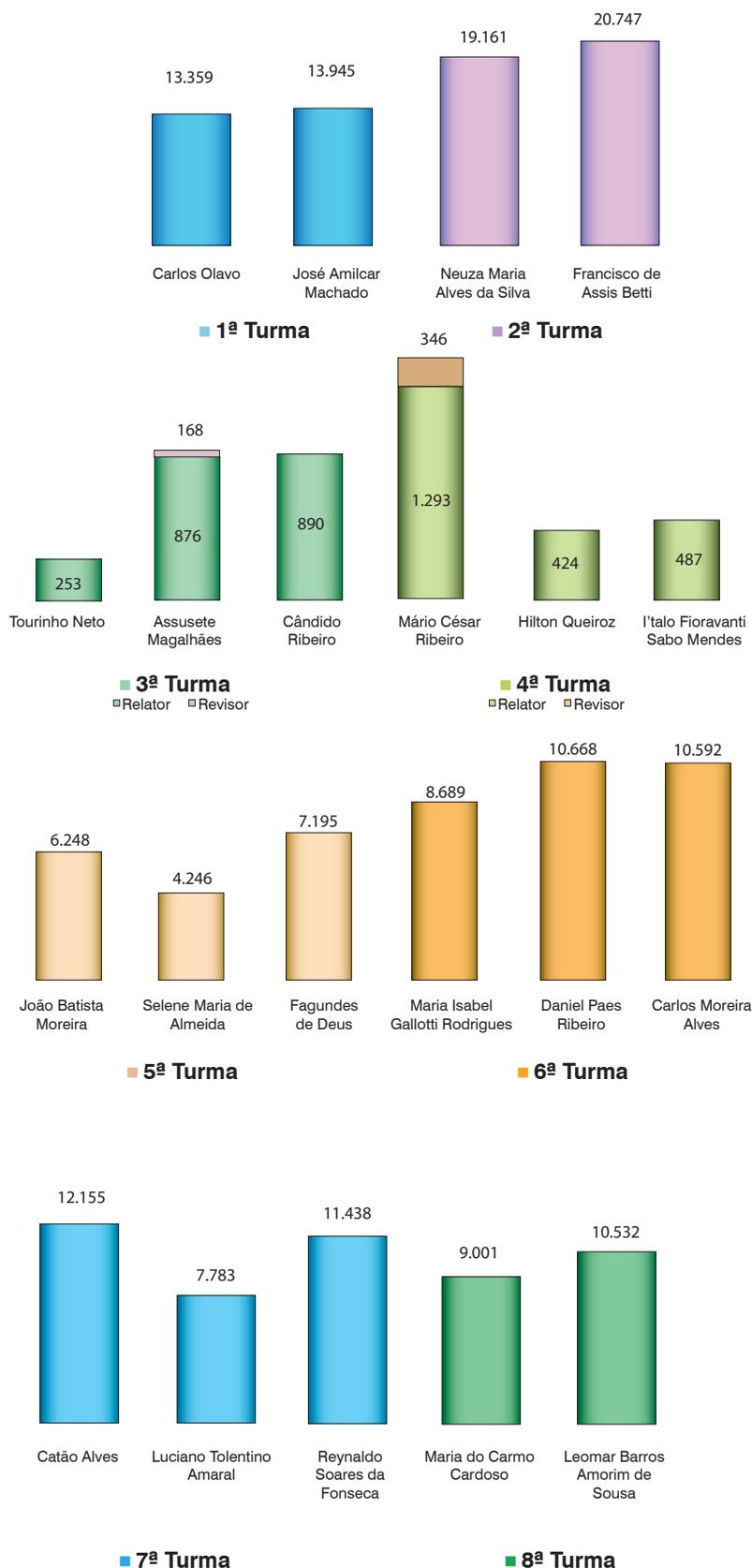


	Maria do Carmo Cardoso	Leomar Barros Amorim de Sousa
Distribuídos	386	375
Desp. term. publicados	116	60
Julgados	365	218
Acórdãos publicados	316	43

# PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS SEÇÕES – JUNHO/2009



# PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS TURMAS – JUNHO/2009



## COMPETÊNCIA (Art. 8º do RITRF)

À Primeira Seção, Primeira e Segunda Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- I – servidores públicos civis e militares, exceto quando a matéria estiver prevista na competência de outra seção;
- II – benefícios assistenciais, previdenciários do regime geral da previdência social e de servidores públicos.

À Segunda Seção, Terceira e Quarta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- I – matéria penal em geral;
- II – improbidade administrativa;
- III – desapropriação direta e indireta.

À Terceira Seção, Quinta e Sexta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- I – licitação, contratos administrativos e atos administrativos em geral não incluídos na competência de outra seção;
- II – concursos públicos;
- III – contratos;
- IV – direito ambiental;
- V – sucessões e registros públicos;
- VI – direito das coisas;
- VII – responsabilidade civil;
- VIII – ensino;
- IX – nacionalidade, inclusive a respectiva opção e naturalização;
- X – constituição, dissolução e liquidação de sociedades;
- XI – propriedade industrial;
- XII – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

À Quarta Seção, Sétima e Oitava Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- I – inscrição, exercício profissional e respectivas contribuições;
- II – impostos;
- III – taxas;
- IV – contribuições de melhoria;
- V – contribuições sociais e outras de natureza tributária, exceto as contribuições para o FGTS;
- VI – empréstimos compulsórios;
- VII – preços públicos;
- VIII – multas de qualquer natureza, inclusive tributária.
- IX – questões de direito financeiro.

## ESTATÍSTICA DOS JUÍZES CONVOCADOS

<b>JUÍZES CONVOCADOS AGOSTO / 2009</b>	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Adverci rates Mendes de Abreu	1ª Seção			1
	2ª Turma			1
Anamaria Reys Resende	1ª Seção	2	16	15
	2ª Turma	9	592	213
	6ª Turma			2
	7ª Turma			1
André Prado de Vasconcelos	2ª Turma			1
Antonio Claudio Macedo da Silva	2ª Turma		5	
Antonio Francisco do Nascimento	1ª Seção	1	4	6
	1ª Turma	14	294	302
Carlos Augusto Pires Brandão	1ª Turma	146	30	27
	3ª Seção	2		
	6ª Turma	70	96	265
Carlos Eduardo Castro Martins	1ª Seção	31		
	2ª Seção	1		
	3ª Seção	14		
	6ª Turma			5
	4ª Seção	11		
César Cintra Fonseca	3ª Turma		16	15
Cleberson José Rocha	4ª Seção			3
	8ª Turma	178	127	33
David Wilson de Abreu Pardo	6ª Turma			13
Evaldo de Oliveira Fernandes, filho	1ª Turma	1		1
Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho	7ª Turma	47	97	95
Gilda Maria Carneiro Sigmaringa Seixas	4ª Seção			3
	7ª Turma	92	53	95
Guilherme Mendonça Doehler	1ª Turma		52	88
Iran Velasco Nascimento	2ª Turma		1	80
	6ª Turma	197	30	9
Itelmar Raydan Evangelista	1ª Turma			2
	7ª Turma		1	
Jaiza Maria Pinto Fraxe	3ª Turma			1
Jamil Rosa de Jesus	3ª Turma		18	18
Kátia Balbino de Carvalho Ferreira	2ª Turma		50	180
Klaus Kuchel	4ª Turma	4	10	6
Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo	3ª Turma		1	1
Marcelo Velasco Nascimento Albernza	3ª Seção			1
	5ª Turma		8	1
Marcos Augusto de Sousa	2ª Seção	5		2
	4ª Turma	2		21

Maria Maura Martins Moraes Tayer	3ª Seção			1
	5ª Turma	5	60	37
Mark Yshida Brandão	8ª Turma	85	63	157
Miguel Angelo de Alvarenga Lopes	1ª Seção			4
	1ª Turma	41	242	315
Mônica Neves Aguiar da Silva	2ª Turma		2	1
	3ª Seção			8
	5ª Turma	105	106	115
Osmane Antonio dos Santos	4ª Seção	18	19	13
	8ª Turma	654	356	283
Pedro Braga Filho	2ª Seção	2		3
	3ª Turma			5
Pedro Francisco da Silva	5ª Turma	1	77	48
Pompeu de Sousa Brasil	2ª Turma			1
Rafael Paulo Soares Pinto	7ª Turma		61	56
Ricardo Felipe Rodrigues Macieira	3ª Turma		1	1
Rodrigo Navarro de Oliveira	6ª Turma		20	26
Rogéria Maria Castro Debelli	1ª Seção			1
	2ª Turma		231	35
Rosimayre Gonçalves de Carvalho	2ª Seção		5	
	4ª Turma	11	69	33
Simone dos Santos Lemos Fernandes	1ª Turma			2

Foram Distribuídos para a juíza Anamaria Reys Resende 4 processos na 1ª Seção e 864 na 2ª Turma.

Foram Distribuídos para o juiz Antonio Francisco do Nascimento 4 processos na 1ª Seção e 870 na 1ª Turma.

Foram Distribuídos para o juiz Osmane Antonio dos Santos 5 processos na 4ª Seção e 373 na 8ª Turma.

<b>DESEMBARGADORES FEDERAIS AGOSTO / 2009</b>	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Jirair aram Meguerian	2ª Turma			1
Souza Prudente	6ª Turma	2	4	35
Assusete Magalhães	2ª Turma			1
Mário César Ribeiro	8ª Turma	10		
Carlos Moreira Alves	2ª Turma		1	2
Antonio Sávio de Oliveira Chaves	1ª Turma			12
Antonio Ezequiel da Silva	7ª Turma			1
Carlos Fernando Mathias	8ª Turma		1	

## Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região de relevante interesse, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet ([www.trf1.gov.br](http://www.trf1.gov.br))

---

### ***Agravo regimental. Medida cautelar. Atribuição de efeito suspensivo a recurso especial.***

I. Para preencher a lacuna existente entre a interposição do recurso e seu efetivo exame de admissibilidade, tanto o col. STJ quanto o eg. STF firmaram entendimento no sentido de que, nesse intervalo de tempo, e em razão de nossa sistemática processual, caberia ao Presidente do Tribunal de origem a análise do pedido de atribuição de efeito suspensivo a esse recurso. Essa atribuição, portanto, não decorre da lei, mas sim do posicionamento adotado pelas Cortes Superiores para preencher a lacuna legal.

II. Essa delegação de competência, entretanto, se resume à atribuição de efeito suspensivo ao recurso, sendo vedada a incursão no mérito, pois tal ato implicaria na reforma do julgado e na antecipação da tutela recursal.

III. Uma vez admitido o recurso extremo, este Tribunal esgotou sua jurisdição, não podendo mais enfrentar a questão, pois eventual ratificação ou reforma da medida liminar ora agravada implicaria em usurpação da competência da Corte Superior, a quem cabe o conhecimento e julgamento do recurso.

IV. Agravo regimental prejudicado. Ação cautelar suspensa.

Medida Cautelar Inominada 2008.01.00.061074-6/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – Corte Especial

Publicação: *e-DJFI* de 8/9/2009, p. 8.

### ***Processual Civil. Ação rescisória. Agravo regimental. Aposentadoria rural. Vínculo empregatício urbano. Pedido de antecipação da tutela. “Periculum in mora” e verossimilhança. Incabíveis. Natureza alimentar do benefício e dano de difícil reparação à ré. Decisão mantida.***

I. O deferimento de antecipação de tutela em Ação Rescisória somente se impõe acaso configurada a sua imprescindibilidade, na forma do art. 489 do Código de CPC, e quando caracterizada a verossimilhança da alegação em que se funda o direito sustentado.

II. Muito embora exista algum indício da verossimilhança, requisito indispensável à tutela antecipatória, o *periculum in mora* milita em favor da agravada, em face da natureza alimentar do benefício, não existindo, portanto, reparos a fazer na decisão que negou a antecipação de tutela.

III. Agravo regimental desprovido.

Agravo Regimental na Ação Rescisória 2008.01.00.064112-7/MG

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves – 1ª Seção

Publicação: *e-DJFI* de 14/9/2009, p. 261.

### ***Ação rescisória. Pedido procedente. Execução da sucumbência. Embargos do devedor. Erro material no julgado exequendo. Honorários advocatícios fixados em cinco salários-mínimos sobre o valor da causa. Súmula 201 do STJ.***

I. É possível a correção de erro material no julgado exequendo, em sede de embargos à execução, visto que não transita em julgado.

II. Incide em erro material dispositivo que condena a parte vencida em pagar honorários de *cinco salários-mínimos sobre o valor da causa*, por impossibilidade lógica da sua execução. Erro que se corrige tão-somente para estabelecer a condenação em cinco salários-mínimos, com exclusão da expressão sobre o valor da causa. Julgado anterior à Súmula 201 do STJ que vedou a utilização do salário-mínimo como parâmetro para a sucumbência.

III. Improcedência do pedido deduzido nos embargos à execução.

Ação Rescisória 94.01.25271-8/DF

Relator: Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos (convocado) – 4ª Seção

Publicação: *e-DJFI* de 8/9/2009, p. 36.

**Administrativo. Processual Civil. Juiz do Trabalho. Ajuda de custo. Indenização de transporte. Impossibilidade. Inocorrência de remoção. Loman. Aplicação subsidiária da Lei 8.112/1990. Provimento inicial. Sentença mantida.**

I. Trata-se de ação ordinária interposta por juiz do trabalho pleiteando recebimento de ajuda de custo, tendo em vista que tomou posse e entrou em exercício na sede do Tribunal Regional do Trabalho – 24ª Região, em Campo Grande/MS, mas compôs a 2ª Circunscrição Judiciária, com sede em Dourados/MS.

II. Não estabelecida na *Loman* em que circunstância a ajuda de custo seria devida ao magistrado, por força do artigo 52 da Lei 5.010/1966 tem lugar a aplicação subsidiária da vigente Lei n. 8.112/1990 aos juizes e servidores da Justiça Federal, que em seu artigo 53 exige para o seu recebimento o deslocamento do servidor com mudança de domicílio em caráter permanente, desde que venha ter exercício em nova sede. Precedentes (TRF 5ª Região, 200182000005735/PB, 3ª Turma, Relator Desembargador Federal Ridalvo Costa, DJ 3/1/2005, p. 111).

III. A Lei Complementar 35/1979 (*Loman*), em seu artigo 81, caput, dispõe sobre o provimento inicial e a remoção como situações distintas. Portanto, na hipótese dos autos, não houve remoção, mas sim o provimento inicial na 2ª Circunscrição Judiciária, com sede em Dourados/MS, permitindo ao Autor exercer permanentemente suas funções, fixando o seu domicílio.

IV. Apelação a que se nega provimento.

Apelação Cível 2004.34.00.043592-2/DF

Relator: Juiz Federal Antônio Francisco do Nascimento (convocado) – 1ª Turma

Publicação: *e-DJFI* de 1º/9/2009, p. 30.

**Processual Civil. Liminar satisfativa. Serviço público. Licença-maternidade após a edição da Lei 11.770/2008. Prorrogação por 60 (sessenta dias). Possibilidade.**

I. Vale consignar que a proibição contida na Lei 8.437/1992, art. 1º, § 3º, deve ser analisada à luz da Constituição da República, razão por que, em observância ao princípio da efetividade da jurisdição e da razoabilidade, admite-se, excepcionalmente, o deferimento de liminar satisfativa quando tal providência seja imprescindível para evitar perecimento de direito, é o que se verifica no caso *sub judice*.

II. A Lei 11.770 de 9 de setembro de 2008, ao criar o Programa Empresa Cidadã, garantiu à empregada de pessoa jurídica, que aderir ao aludido programa, prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal.

III. Depreende-se que, apesar da inexistência de regulamentação no serviço público, não deve haver óbice a prorrogação pretendida, ante a possibilidade de haver discriminação do infante, tão-somente, em razão da categoria profissional de sua genitora, o que afronta diretamente o princípio constitucional insculpido no art. 5º da Constituição Federal, de que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*. Precedentes: (TRF4, AG 2008.04.00.037917-6, Terceira Turma, Relator Roger Raupp Rios, D.E. 04/11/2008) e (TRF4, AG 2008.04.00.039986-2, Quarta Turma, Relator Sérgio Renato Tejada Garcia, D.E. 10/11/2008).

IV. Em sede constitucional, resta claro, portanto, que a família deve ser tutelada de forma igualitária, independentemente de origem, tanto é que a licença à gestante, no âmbito do Conselho e da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, quando de sua regulamentação pela Resolução 30 de 22/10/2008, restou prorrogada às servidoras que deram à luz no quadrimestre anterior à edição da Lei 11.770/2008.

V. Agravo a que se nega provimento.

Agravo de Instrumento 2008.01.00.067512-7/DF.

Relator: Desembargador Federal Francisco de Assis Betti – 2ª Turma

Publicação: *e-DJFI* de 4/9/2009, p. 1576.

***Penal e Processual Penal. Peculato. Art. 312, caput, do CP. Apropriação de valores de correntista por empregado da Caixa Econômica Federal. Materialidade e autoria comprovadas. Dosimetria. Pena acima do mínimo legal. “Bis in idem”. Inocorrência. Arrependimento posterior. Art. 16 do CP. Não configurado. Multa reduzida.***

I. Comprovada a autoria e a materialidade do delito de peculato (CP art. 312, *caput*), por empregado da Caixa Econômica Federal.

II. Dosimetria da pena reformada para refletir a medida da reprovabilidade da conduta do acusado.

III. Ainda que o réu seja primário e de bons antecedentes, a pena-base poderá ser fixada acima do mínimo legal previsto para o delito, desde que o Juiz fundamente sua decisão e atenda às circunstâncias judiciais estabelecidas pelo art. 59 do CP. Precedente desta Turma.

IV. Não ocorre arrependimento posterior, quando o prejuízo é recomposto por terceiro, tendo em vista que o art. 16 do CP prevê *ato voluntário do agente*.

V. Não ocorre *bis in idem* se o juiz sentenciante, ao analisar as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, em nenhum momento, se refere ao núcleo do tipo penal infringido pelo agente, *in casu*, o art. 312, *caput*, do CP.

VI. Pena de multa reduzida, levando em conta o princípio da proporcionalidade, bem como os comandos insertos nos arts. 59 e 68 do CP.

VII. Apelação do réu parcialmente provida, tão somente para reduzir a pena de multa para 10 (dez) dias-multa calculados à razão diária de 1/10 (um décimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, monetariamente corrigidos da data do fato até seu efetivo pagamento. Mantida a sentença nos seus demais pontos.

Apelação Criminal 1999.32.00.001988-4/AM

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro – 3ª Turma

Publicação: *e-DJFI* de 11/9/2009, p. 258.

***Civil. Manutenção de posse. Área de reserva indígena localizada nos municípios de Nova América e Rubiataba. Estado de Goiás. Carretão I. Alegação de povoamento por posseiros. Apelado casado com índia Tapuia desde 1974. Prova testemunhal. Aceitação pacífica na reserva. Procedimentos de convivência regular não observados. Observação das sanções previstas no Estatuto do Índio. Lei 6.001/1973.***

I. A Constituição Federal/1988, em seu art. 231, dispõe que *são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens*.

II. O Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973), por sua vez, consigna que *serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum* (art. 6º).

III. Ainda, em seu art. 57, dispõe que *será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte*.

IV. A pretendida segregação do réu das terras indígenas não pode ser deferida em sede de ação possessória, e sim, mediante a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, ou, através de procedimentos de natureza penal, mediante a tipificação de todas as suas condutas adversas aos costumes indígenas.

V. Apelação da Funai não provida.

Apelação Cível 2000.01.00.067444-1/GO

Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida – 5ª Turma

Publicação: *e-DJFI* de 4/9/2009, p. 1688

### ***Processual Civil. Agravo de Instrumento. Medida liminar em Mandado de Segurança. Superveniente prolação de sentença. Perda do objeto do recurso.***

I. As medidas liminares, editadas em juízo de mera verossimilhança, têm por finalidade ajustar provisoriamente a situação das partes envolvidas na relação jurídica litigiosa e, por isso mesmo, desempenham no processo uma função por natureza temporária. Sua eficácia se encerra com a superveniência da sentença, provimento tomado à base de cognição exauriente, apto a dar tratamento definitivo à controvérsia, atendendo ou não ao pedido ou simplesmente extinguindo o processo.

II. O julgamento da causa esgota, portanto, a finalidade da medida liminar, fazendo cessar a sua eficácia. Daí em diante, prevalece o comando da sentença, e as eventuais medidas de urgência devem ser postuladas no âmbito do sistema de recursos, seja a título de efeito suspensivo, seja a título de antecipação da tutela recursal, providências cabíveis não apenas em agravo de instrumento (CPC, arts. 527, III e 558), mas também em apelação (CPC, art. 558, parágrafo único) e em recursos especiais e extraordinários (RI/STF, art. 21, IV; RI/STJ, art. 34, V).

III. Conseqüentemente, a superveniência de sentença acarreta a inutilidade da discussão a respeito do cabimento ou não da medida liminar, ficando prejudicado eventual recurso, inclusive o especial, relativo à matéria.

IV. A execução provisória da sentença não constitui quebra de hierarquia ou ato de desobediência a anterior decisão do Tribunal que indeferira a liminar. Liminar e sentença são provimentos com natureza, pressupostos e finalidades distintas e com eficácia temporal em momentos diferentes. Por isso mesmo, a decisão que defere ou indefere liminar, mesmo quando proferida por tribunal, não inibe a prolação e nem condiciona o resultado da sentença definitiva, como também não retira dela a eficácia executiva conferida em lei (STJ - REsp n. 818.169/CE, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki).

V. Agravo regimental não provido.

Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2008.01.00.026208-3/PI

Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves – 6ª Turma

Publicação: *e-DJFI* de 8/9/2009, p. 162.

### ***Direito Tributário e Direito Civil. Contribuições ao extinto Iapas (INSS) no período de vigência da EC 8/1977, com base no teto de 20 salários-mínimos. Alteração posterior da legislação. Fixação do teto salarial de contribuição em 10 salários-mínimos. Direito à devolução das parcelas recolhidas a maior. Prescrição. Inocorrência.***

I. Firmou-se, no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que, a partir da edição da EC 8, de 1977, as contribuições previdenciárias não mais tinham caráter tributário e, portanto, não mais se sujeitavam aos prazos decadencial e prescricional estabelecidos no Código Tributário Nacional (RE-86.595). Precedentes do STJ.

II. Os valores cuja repetição é postulada foram recolhidos no período compreendido entre 1977 a 1988, portanto durante a vigência da Emenda Constitucional 8/77, aplicando-se à hipótese dos autos o prazo prescricional de trinta anos de que trata o artigo 144 da Lei 3.807/1960.

III. Se houve alteração legislativa que acarretou danos diretos ao autor, que vinha contribuindo ao Iapas sobre a base de vinte salários-mínimos, para fins de posterior auferimento de um salário-de-benefício maior, impõe-se que seja a situação devidamente equacionada para que não haja enriquecimento sem causa do INSS, já que não lhe foram resguardados quaisquer direitos pela nova lei.

IV. Os recolhimentos efetuados pelo autor, com amparo em legislação então vigente, tornaram-se indevidos por força de situação superveniente, consubstanciada justamente na alteração daquela legislação e na ausência de disposições que dispusessem sobre o aproveitamento, para fins de cálculo do salário-de-benefício, dos valores anteriormente recolhidos pelo autor acima do novo teto.

V. Apelação provida.

Apelação Cível 2003.38.00.062854-0/MG

Relator: Juiz Federal Guilherme Doehler (convocado) – 7ª Turma

Publicação: *e-DJFI* de 4/9/2009, p. 1910.

**Previdenciário e Processual Civil. Execução Fiscal. Exceção de pré-executividade. Corresponsável. Fatos geradores do crédito tributário contemporâneos. Dissolução irregular da sociedade. Prescrição incorrente. Citação. Seguimento negado. Agravo interno não provido.**

I. A execução fiscal, espécie de *processo de execução*, é instruída com o título executivo (CDA) e nada mais. Decorre do direito de ação da exequente redirecionar a execução contra o sócio reputado, nos termos da lei, corresponsável tributário (solidário), ainda que seu nome não conste da CDA, não cabendo ao magistrado, nesse instante, nenhum juízo de valor, senão que, no momento próprio (embargos), resolver eventual recusa da *responsabilidade* em sede de contraditório (para ambas as partes), arcando o(a) exequente, se o caso, com os ônus de sua eventual incúria ou leviandade.

II. O art. 135 do CTN cuida da responsabilidade *pessoal*, em que *contribuinte* é o gerente que agiu com excesso de poderes por infração à lei, não a empresa, que sequer é executada.

III. Na hipótese de dívidas das pessoas jurídicas geradas no giro comercial regular, a citação dos seus gestores, gerentes, administradores (eventualmente até os demais sócios [inciso VII]) tem justa causa e comando normativo obrigatório outro (*ex vi* do parágrafo único do art. 121 do CTN [conceito de sujeito passivo da obrigação, ora *contribuinte*, ora *responsável*]): o art. 134 do CTN (que trata da *Responsabilidade de Terceiro*). A tributação, pois, dos atos societários usuais e legítimos induz a responsabilidade tributária objetiva do art. 134, III, do CTN (necessitando-se provar apenas que a sociedade não tem patrimônio hábil para assunção da obrigação).

IV. A citação do corresponsável cinco anos após a citação da empresa, devedora principal, só tem repercussão na prescrição intercorrente em caso de paralisação do feito por inércia do exequente.

V. Ocorrido atraso na citação em razão de múltiplas e frustradas tentativas de sua realização em decorrência da não-informação ao fisco das alterações de endereço da devedora, não há falar em inércia da exequente indutora de prescrição (Súmula 106/STJ).

VI. Agravo interno não provido.

VII. Peças liberadas pelo relator, em 31/8/2009, para publicação do acórdão.

Agravo Interno no Agravo 2009.01.00.021146-4/BA

Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – 7ª Turma

Publicação: *e-DJFI* de 11/9/2009, p. 360.



## **Repositórios oficiais de jurisprudência\***

- ★ 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 Saraiva: Jurisprudência Informatizada Saraiva;
- ★ 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 para 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 nas seções *Em foco* ou *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 nenhuma 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.gov.br](mailto:cojud-revista@trf1.gov.br) ou ao endereço: Setor de Autarquia 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 para 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 nove 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, sendo de sua inteira responsabilidade a estrutura e o 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.gov.br](mailto:cojud-revista@trf1.gov.br).

