

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Março 2009

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal Hilton Queiroz – Diretor

Coordenação de Edição

Coordenadoria de Jurisprudência e Documentação – COJUD

Júlio César Sousa Gomes – Coordenador

Setor de Apoio ao Gabinete da Revista

Denise Barbosa Mardini Lanzarini

Emérita Regina Cossão Oliveira

Leandro Arantes de Melo – estagiário

Marcos Aurélio Lustosa de Medeiros

Maria Elizabeth Rangel Nunes

Paulo Sérgio Farripas de Moraes Júnior – estagiário

Rejane Cristina Rodrigues de Araújo

Distribuição

Joilma de Oliveira Souza – prestadora de serviço

Sandra Aparecida M. Mousinho – prestadora de serviço

Zilda Maria Regina Dutra

Reprodução

Divisão de Serviços Gráficos – DIGRA/CENAG

Produção Editorial

Divisão de Produção Editorial – DIEDI

Francielle Marie Bernardes de Assis – Diretora

Editoração Eletrônica

Carmozina Vitorina Martins da Costa

Luciana Fernandes Menezes

Capa e Projeto Gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Controle de Texto e Padronização

Carmen Lucia Prata da Costa

Evanildes Carvalho Amorim

Magda Giovana Alves

Maria Benaurea Santos

Renato P. Cunha

Robson Taylor de Barros

Samuel Nunes dos Santos

Confecção de fotolitos

Dupligráfica Editora Ltda.

© Tribunal Regional Federal da Primeira Região
Setor de Autarquia Sul, quadra 4, bloco N – Edifício Funasa, 9º andar.
70070-040 – Brasília/DF
Telefones: (61) 3221-6675 – 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 6.583, de 25 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)

Ficha catalográfica elaborada pela Divisão de Biblioteca do TRF 1ª Região

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 *Carlos Fernando Mathias*

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 *Ítalo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *José Amílcar Machado*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *João Batista Moreira*

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*

Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*

Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*

Desembargadora Federal *Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Souza*

Desembargadora Federal *Neuza Maria Alves da Silva*

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*

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 *Carlos Fernando Mathias*

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 *José Amílcar Machado*

Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*

Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*

Desembargadora Federal *Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Souza*

1ª Seção

Desembargador Federal Antônio Souza Prudente – Presidente
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargador Federal José Amílcar Machado
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
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 Ítalo Fioravanti Sabo Mendes

3ª Seção

Desembargador Federal Antônio Souza Prudente – Presidente
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Desembargador Federal João Batista Moreira
Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida
Desembargador Federal Sebastião Fagundes de Deus
Desembargadora Federal Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues

4ª Seção

Desembargador Federal Antônio Souza Prudente – Presidente
Desembargador Federal Catão Alves
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa

1ª Turma

Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves –
Presidente
Desembargador Federal Carlos Olavo
Desembargador Federal José Amílcar Machado

2ª Turma

Desembargadora Federal Neuza Maira Alves da Silva – Presidente
Desembargador Federal Francisco de Assis Betti
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

3ª Turma

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

4ª Turma

Desembargador Federal Hilton Queiroz – Presidente
Desembargador Federal Mário César Ribeiro
Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes

5ª Turma

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

6ª Turma

Desembargadora Federal Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues –
Presidente
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

7ª Turma

Desembargador Federal Catão Alves – Presidente
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral

8ª Turma

Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias – Presidente
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
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 Cândido Ribeiro
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral
Desembargadora Federal Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues
Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa

Comissão de Jurisprudência

Desembargador Federal José Amílcar Machado – Presidente
Desembargador Federal João Batista Moreira – Efetivo
Desembargadora Federal Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues –
Suplente

Comissão de Regimento

Desembargador Federal Hilton Queiroz – Presidente
Desembargador Federal José Amílcar Machado – Efetivo
Desembargador Federal Antônio Souza Prudente – Efetivo
Desembargadora Federal Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues –
Suplente

Comissão de Acervo Jurídico

Desembargadora Federal Selene de Almeida – Presidente
Desembargador Federal Fagundes de Deus
Desembargadora Federal Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues
Desembargadora Federal Neuza Alves – Suplente

Comissão de Promoção

Desembargador Federal Olindo Menezes – Presidente
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Desembargadora Federal Neuza Alves
Desembargador Federal Tourinho Neto
Desembargador Federal Hilton Queiroz
Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira
Desembargadora Federal Maria Isabel Diniz Gallotti
Desembargador Federal Catão Alves
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias

Revista do Tribunal

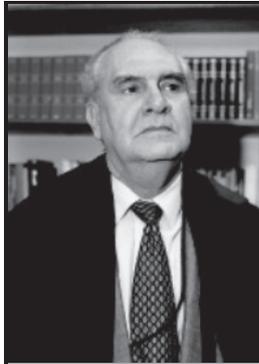
Desembargador Federal Hilton Queiroz – Diretor

Escola da Magistratura Federal da Primeira Região – ESMAF

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

Seccionais

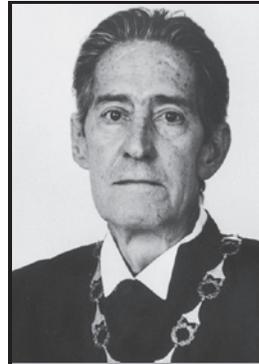
Seção Judiciária do Estado do Acre
Seção Judiciária do Estado do Amapá
Seção Judiciária do Estado do Amazonas
Seção Judiciária do Estado da Bahia
Seção Judiciária do Distrito Federal
Seção Judiciária do Estado de Goiás
Seção Judiciária do Estado do Maranhão
Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso
Seção 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



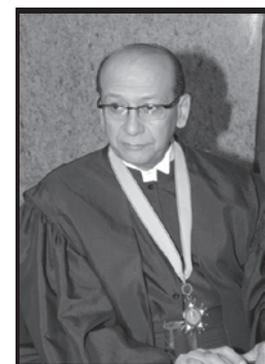
Desembargador Federal
Osmar Tognolo
maio/97 – maio/99



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
a partir de agosto/2007

Editorial, 13

Juramento dos acadêmicos em Direito, 15

Atualidades: ponto de vista, 17

Transfusão de sangue – Testemunhas de Jeová
Fagundes de Deus

Gastando o Latim, 21

Habeas Verbum: Língua do Direito, 23

Sintaxe de Colocação

Variedades, 27

Calendario

Artigos Doutrinários

O questionário no Plenário do Júri, 31
Fernando Tourinho Filho

Fundamentos jurídicos e pedagógicos do Estado democrático-participativo e da globalização política, 38
Rommel Madeiro de Macedo Carneiro

A efetivação de servidores precariamente empossados *sub judice* em cargos de provimento efetivo à luz da Constituição Federal, 53
Antonio Carlos Alencar Carvalho

Tópicos Jurídicos

O uso de algemas e a Súmula Vinculante 11 do Supremo Tribunal Federal – regra ou exceção?, 63
Paulo Fernando Silveira

Estrangeiros na faixa de fronteira: a vivificação como estratégia de Defesa Nacional, 68
Danilo Ribeiro Miranda

Acórdãos — Inteiros Teores

Corte Especial – Remanejamento de vaga da Seção do Distrito Federal para a Subseção Judiciária de Jequié/BA. Preenchimento alternadamente entre nomeação e remoção. Primeiro cargo vago na localidade. Preenchimento por nomeação. Resolução 630-05/TRF e edital do 4º concurso público do TRF 1ª Região, item 2, subitem 2.1. Ato da Administração Pública corrigindo erro ocorrido na destinação de vaga para o processo seletivo permanente de remoção. Princípio da autotutela. Inexistência de direito líquido e certo ao preenchimento da vaga por habilitado em processo de remoção, 73

Rel.: Desembargador Federal Hilton Queiroz

Mandado de Segurança 2008.01.00.034377-8/DF

1ª Seção – Aposentadoria por tempo de serviço. Acordo previdenciário Brasil-Argentina. Reconhecimento do tempo de serviço prestado em um país para contagem e averbação no outro. Desnecessidade de compensação entre os regimes na ordem constitucional anterior. Benefício de aposentadoria por tempo de serviço expressamente contemplado no acordo, 80

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

Embargos Infringentes na Apelação Cível 1997.01.00.064480-6/BA

2ª Seção – Ausência de nulidade quanto à atuação dos juízes convocados como desembargadores. Preliminar rejeitada. Voto vencido que manteve penalidades aplicadas a ex-secretários de saúde do Distrito Federal. Prestação de contas perante o Conselho de Saúde e Câmara Legislativa. Art. 12 da Lei Federal 8.689/1993. Ausência de marcação de audiências públicas na Câmara Legislativa. Ofício do conselho de saúde comunicando o cumprimento das exigências legais. Manutenção do voto vencedor, 85

Rel.: Desembargador Federal Hilton Queiroz

Embargos Infringentes 2003.34.00.003128-8/DF

3ª Seção – Nulidade de registros públicos. Pedido de rescisão da sentença integralmente substituída por acórdão proferido no segundo grau de jurisdição. Efeito substitutivo. Art. 512 do CPC. Carência da ação, 91

Rel.: Desembargadora Federal Selene de Almeida

Ação Rescisória 92.01.05977-9/DF

4ª Seção – Ação anulatória. Multa (Ibama). Transporte de carvão vegetal sem carimbo, na nota fiscal, do “Regime Especial de Transporte - RET”. Ausência de base legal, desinfluentes o art. 26, I, da Lei 4.771/1965 e o art. 4º, II, da Portaria Ibama 267-p/88. Prevalência do voto vencido, 96

Rel.: Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado)

Embargos Infringentes na Apelação Cível 2000.01.00.027494-9/MG

1ª Turma – Ação de concessão de parcelas atrasadas de benefício decorrente de acidente de trabalho. Incompetência da Justiça Federal, 102

Rel.: Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves

Apelação Cível 2005.01.99.061827-0/MT

2ª Turma – Servidor público. Médicos pesquisadores. Instituto Evandro Chagas – Fundação Nacional de Saúde. Ilegitimidade passiva da União. Criação de novo plano de carreiras. Opção pela manutenção da situação jurídica anterior. Alteração substancial do novo plano. Extensão aos servidores que a ele não haviam inicialmente aderido, 105

Rel.: Desembargadora Federal Neuza Alves

Apelação em Mandado de Segurança 2001.34.00.014616-4/DF

3ª Turma – Crimes de posse irregular, porte ilegal e disparo de arma de fogo, praticados pelos índios, em contexto de disputa sobre direitos indígenas sobre terras. Arts. 12, 14 e 15 da Lei 10.826/2003 c/c arts. 109, XI, e 231 da CF/1988. Inquérito. Competência da Justiça Federal, 110

Rel.: Desembargadora Federal Assusete Magalhães

Recurso em Sentido Estrito 2008.33.10.000297-1/BA

4ª Turma – Prisão administrativa para fins de deportação. Lei 6.815/1980. Ausência dos requisitos autorizadores da segregação cautelar. Liberdade vigiada. Concessão parcial da ordem de *habeas corpus*, 115

Rel.: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada)

Habeas Corpus 2008.01.00.065665-1/MT

5ª Turma – Ação reivindicatória. Terra arrecadada pela União. Qualificação. Propriedade. Legitimidade ativa do Incra. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Nulidades processuais. Não caracterização. Indenização de benfeitorias e direito de retenção. Inexistência, 120

Rel.: Juiz Federal Marcelo Albernaz (convocado)

Apelação Cível 2003.36.00.015967-1/MT

6ª Turma – Pretensão de criação, pelo Estado do Pará, de área de proteção e floresta estadual, e, pelo Ibama, de reserva extrativista (Resex). Conflito de interesses entre o Estado e o Ibama. Decisão que suspende a criação da Unidade de Conservação Estadual, 130

Rel.: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Agravo de Instrumento 2006.01.00.047135-0/PA

6ª Turma – Estabelecimentos comerciais. Prestação de serviços. Cobrança de acréscimo pecuniário (gorjeta). Portaria 4/1994 (Sunab). Violação ao princípio da legalidade e ao Código de Defesa do Consumidor, 136

Rel.: Desembargador Federal Souza Prudente

Apelação Cível 2001.01.00.037891-8/DF

7ª Turma – Imposto sobre lucro líquido sociedade anônima. Declaração de inconstitucionalidade com eficácia erga omnes por meio da Resolução 82/1996, do Senado Federal. Início compensação realizada em 2000. Prescrição (5+5). Art. 170-A, do CTN, de 10/01/2001: irretroatividade. Desnecessidade da exigência de trânsito em julgado da decisão que declara a inconstitucionalidade: Lei afastada do mundo jurídico pela Resolução 82 do Senado Federal, 143

Rel.: Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado)

Apelação Cível 2005.38.00.012909-8/MG

8ª Turma – PIS/Cofins. Não-cumulatividade. Art. 195, § 12, da CF/1988 — EC 42/2003. Leis 10.637/2002, 10.833/2003 e 10.925/2004. Vedação de tratamento desigual a contribuintes em situações equivalentes. Art. 150, II, da CF/1988, 147

Rel.: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Apelação Cível 2006.33.00.016639-0/BA

Decisões Monocráticas

Contratos de concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC. Termos aditivos. Conexão em banda larga (backhaul), 157

Rel.: Desembargador Federal Souza Prudente

Agravo de Instrumento 2008.01.00.067575-4/DF

Suspensão da exigibilidade de créditos tributários. Contribuição previdenciária. Participação dos empregados nos lucros ou resultados da empresa, 164

Rel.: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Agravo de Instrumento 2009.01.00.003064-4/MG

JEFs em Revista

Responsabilidade civil. Danos materiais e morais. Assalto. Agência dos correios, 167

Rel.: Juiz Federal Julier Sebastião da Silva

Processo 2005.36.00.912689-7/MT

Aposentadoria por idade. Prévio requerimento administrativo. Desnecessidade. Princípio constitucional. Inafastabilidade da jurisdição. Existência de contestação. Pretensão resistida caracterizada. Segurado. Interesse na demanda, 169

Rel.: Juiz Federal Julier Sebastião da Silva

Processo 2005.36.00.906694-6/MT

Pensão por morte. Óbito ocorrido antes da Lei 9.032/1995. Renda mensal inicial fixada segundo a lei vigente à época do fato gerador. Cálculo fixado segundo as fontes de custeio existentes à época. Irretroatividade da lei. Orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, 171

Rel.: Juiz Federal José Pires da Cunha

Recurso Cível 2006.36.00.902014-3/MT

Pressuposto de Constituição e desenvolvimento válido e regular do processo. Exigência desnecessária. Extinção sem resolução do mérito, 174

Rel.: Juiz Federal Carlos Augusto Tórres Nobre

Recurso Inominado 2008.35.00.906829-4/GO

Decisão denegou pedido de justiça gratuita. Recurso de apelação não recebido. Autor não tem condições de arcar com as custas do processo e os honorários de advogado sem ter prejuízo próprio ou da família, 175

Rel.: Juiz Federal José Pires da Cunha

Agravo de Instrumento 2008.36.00.902879-0/MT

Amparo social. Art. 20, § 3º, Lei 8.742/1993. Autora tem 9 anos de idade. Patologia grave –retocolite ulcerativa – e em estado evolutivo. Incapacidade total e permanente. Renda familiar *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo. Benefício devido, 177

Rel.: Juiz Federal José Pires da Cunha

Recurso Cível 2008.36.00.700385-0/MT

Breviário, 179

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

Tráfico internacional de seres humanos. Exploração sexual de mulheres. Art. 231 do CP. Consentimento da vítima.

Desacato. Art. 331 do CP. Dolo específico. Agressão e desprestígio à figura do policial federal.

Habeas corpus. Decretação de prisão preventiva. Fundamentação genérica. Credibilidade da Justiça e da segurança pública. Gravidade do crime.

Responsabilidade civil. Danos materiais e morais. Homicídio praticado por índios. Área de reserva indígena. Invasão para extração ilegal de madeira. Culpa exclusiva da vítima.

Medicamento. Registro provisório nos Estados Unidos e na União Européia. Ausência de registro na Anvisa.

Doença rara.

Estatística, 181

Repositórios Oficiais de Jurisprudência, 201

Normas de Envio de Artigos Doutrinários e Tópicos Jurídicos à Revista, 203

O Tribunal Regional Federal da Primeira Região, na sessão plenária de 18 de fevereiro de 2009, formou lista tríplice, a ser encaminhada à Presidência da República, para preenchimento da vaga do cargo de Desembargador Federal, decorrente da aposentadoria do Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, pelo critério de merecimento.

Foram sufragados os nomes dos Juízes Federais Reynaldo Soares da Fonseca, Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de Medeiros e Mônica Neves Aguiar da Silva, os mais votados no universo dos que concorreram à promoção, todos magistrados insignes, cuja probidade e competência enaltecem o quadro da primeira instância desta Região.

O Tribunal indicou, outrossim, o nome da Juíza Federal Ângela Maria Catão Alves, da 11ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, para preencher, pelo critério da antiguidade, a vaga do cargo de Desembargador Federal aberta com a aposentadoria do Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva.

Atendendo à previsão constitucional, a magistrada obteve a unanimidade dos que, em sessão plenária, votaram para sua indicação, no dia 4 de março de 2009.

Ainda no mês de março, em sessão plenária solene, ocorreu a posse do Desembargador Federal Antônio de Souza Prudente no cargo de Vice-Presidente do Tribunal, para completar o mandato do Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva. Auspicioso evento, que, realçado pela excelência dos que o abrilhantaram com suas presenças, não lhe faltaram os encômios devidos ao empossado, por seu preparo e reconhecido espírito público, vaticinando ao exercício de suas novas funções expressivos resultados em benefício do Tribunal.

Aos que protagonizaram esses fatos, os votos de que deles posam colher o melhor para suas realizações pessoais!

Desembargador Federal Hilton Queiroz
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”.

Transfusão de sangue – Testemunhas de Jeová

Fagundes de Deus*



A realização de procedimento terapêutico que inclua transfusão sanguínea em pacientes adeptos da religião intitulada "Testemunha de Jeová" é uma questão polêmica que há tempos preocupa médicos e instiga juristas. Os médicos trazem o dever de salvaguardar o direito, *prima facie*, mais essencial de qualquer ser humano: à vida. Por outro lado, os adeptos da religião entendem que a possibilidade de recusa por convicções religiosas tem como o fundamento a garantia de liberdade de consciência e de crença, um direito fundamental. Nesta entrevista, o Excmo. Des. Federal Fagundes de Deus esclarece aspectos envolvendo o tema que corroboraram em sua decisão nos autos do Agravo de Instrumento 2009.01.00.010855-6/GO.

Revista: O tema da recusa às transfusões de sangue por pacientes adeptos da religião "Testemunha de Jeová" envolve uma aparente colisão de preceitos fundamentais. De um lado, está o direito indisponível à vida e, de outro, o direito de recusa por convicções religiosas, ambos protegidos igualmente na nossa Constituição, isto é, o legislador constituinte não estabelece cláusula de reserva. Sendo assim, não havendo prevalência *in abstracto* por nenhum destes direitos fundamentais, como se proceder diante da colisão entre eles no plano concreto?

Fagundes de Deus: O exame do tema em foco requer abordagem sob a ótica da antinomia entre duas normas fundamentais inscritas na Constituição da República. Acham-se em confronto, no caso concreto, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, o direito à liberdade de culto, *lato sensu*. Feita essa colocação, passo a responder às perguntas propostas. Conquanto não haja prevalência, *in abstracto*, segundo estatuído no ordenamento jurídico constitucional, de nenhum direito fundamental sobre o outro, no momento em

que o julgador, no plano da concreção jurídica, deparar com aparente colisão de preceitos fundamentais, tais como o direito indisponível à vida e à saúde e o direito à liberdade de culto, em sentido amplo, cumpre-lhe, na qualidade de intérprete, averiguar a qual deles se deve atribuir maior relevância e, em consequência, dar-lhe preponderância, com base na ponderação dos bens jurídicos envolvidos.

Assim é que, em tal perspectiva, faz-se mister resolver os conflitos pelo emprego de um juízo de peso, que deve ser feito, necessariamente, sopesando os bens jurídicos em causa, com apoio nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e, assim, tendo presente as circunstâncias relevantes do caso em exame e os argumentos que existirem contra e a favor, concluirá o julgador pela preponderância de um princípio em relação ao outro, relativizando o de menor relevância.

Revista: O Senhor, no Agravo de Instrumento 2009.01.00.010855-6/GO, enfrentou esta questão. Além de entender que o bem da vida é um bem indisponível, o Senhor pode exemplificar no ordenamento jurídico onde esta importância fica ressaltada?

* Desembargador Federal do TRF 1ª Região.

Fagundes de Deus: A própria Constituição da República erige a vida como bem jurídico indisponível. Creio ser consensual que a vida é um dom divino, dádiva preciosa de que todos somos guardiães, cabendo a cada qual, como bons mordomos, dela cuidar, e não dela desistir. O direito à vida exsurge, assim, como princípio mais elevado, que rege as relações jurídicas tanto interpessoais como aquelas que se travam entre o Estado e os cidadãos. Dessarte, é certo que, em boa parte do ordenamento jurídico, é ressaltada a importância da defesa, conservação, restauração e prolongamento da vida humana, quando, em vários de seus capítulos e seções, a ordem constitucional positiva traça diretrizes basilares, *verbi gratia*, sobre temas específicos, como a seguridade social, e enuncia juízos de valor que conferem singular importância ao direito à vida.

Ao estabelecer que a filosofia da seguridade social está voltada a garantir a todos a saúde, a previdência e a assistência social, a meu ver, é fora de dúvida que está ela instituindo políticas públicas imbuídas do propósito essencial de conservar a vida. É o que se observa no regramento inscrito na Carta Constitucional, em seus artigos 196 (saúde como dever do Estado e direito assegurado a todos os cidadãos) e 203 (assistência social, que tem por objetivos a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, o amparo às crianças e adolescentes carentes, a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária, a garantia de salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que não possuir meios de prover a própria manutenção). Efetivamente, o legislador constituinte, ao instituir tais políticas públicas, está, com isso, sobrelevando a vida como fator a ser preservado e atribuindo a ela, portanto, inegável e expressiva projeção como garantia fundamental, instituída na Lei Maior. De outro lado, reforça essa argumentação a circunstância de a legislação infraconstitucional não admitir a eutanásia e, bem assim, reprimir o induzimento ou auxílio ao suicídio.

Revista: O direito à liberdade de consciência e de crença está assegurado pela Constituição, em seu art. 5º, VI, ao determinar a sua inviolabilidade. É razoável que o ordenamento jurídico permita a recusa de certo indivíduo à realização de determinado tratamento terapêutico — qual seja: transfusão sanguínea —, imprescindível à preservação de sua vida, por convicções religiosas?

Fagundes de Deus: Como se viu na resposta à pergunta anterior, parece-me seguro que não é razoável que se venha a interpretar normas do ordenamento jurídico como se elas contivessem permissão para que um indivíduo se recuse a realizar transfusão sanguínea por motivos de convicção religiosa, apesar de que pode haver abalizadas e respeitáveis opiniões jurídicas em contrário. Tomando-se como paradigma os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é de se reafirmar que o conflito entre os direitos à vida e à saúde e o direito à liberdade de crença há que ser resolvido pela natural constatação de que o direito à vida é primacial em face de outros direitos básicos integrantes da própria ordem jurídica. Nesse contexto, com a utilização da técnica de ponderação dos bens jurídicos envolvidos, conclui-se por sacrificar o direito de menor expressão no plano da juridicidade.

Em adição às considerações que acabo de fazer, não deixa de ser relevante ponderar que, se for permitido a alguém, de forma regular e aceitável, no plano constitucional, opor-se à transfusão sanguínea, achando-se ele na iminência de vir a óbito, quaisquer outras pessoas, também nessa situação, poderiam igualmente fazê-lo e, com isso, estar-se-ia admitindo, implicitamente, a eutanásia, o que é vedado em nosso país.

Revista: Pode o médico deixar de realizar a transfusão sanguínea com base na recusa manifestada pelo próprio paciente?

Fagundes de Deus: A missão do médico consiste, essencialmente, em ministrar o tratamento mais completo e adequado para salvar a vida do paciente e preservar-lhe a saúde. Enquanto o doente estiver sob os cuidados de instituição médica, a princípio, cabe-lhe sujeitar-se ao tratamento por ela sugerido, com o emprego dos meios mais científicos e adequados, salvo se ele, ou sua família, discordando do método terapêutico utilizado, ou de seus resultados, vir a escolher outro estabelecimento de saúde.

Revista: Se realizada a transfusão contra a vontade do paciente, pode este médico sujeitar-se às consequências de natureza civil e penal, pela intervenção não consentida no corpo do paciente? Qual seria a responsabilidade do médico no caso?

Fagundes de Deus: Em tese, não me parece legítimo condenar o profissional da área médica se está ele agindo no estrito cumprimento de seu dever legal de salvar

vidas, porém é óbvio que a decisão judicial depende das circunstâncias peculiares de cada caso concreto.

É certo que, a partir do momento em que o paciente se submete aos cuidados do médico, incumbe a este, por possuir os conhecimentos técnicos específicos, avaliar as possibilidades de tratamento e indicar aquele que julgar mais adequado. Assim, reputo que o médico, em rigor, somente pode ser responsabilizado civil e criminalmente, em função de sua atuação profissional, em caso de erro ou conduta contraveniente à ordem jurídica, que possa trazer consequências danosas à vida ou à saúde do doente.

De qualquer sorte, entendo que não lhe incumbe, *sponte sua*, compelir o paciente a se submeter a tratamento por este recusado. No entanto, ante a oposição do paciente e estando ele na contingência de salvar-lhe a vida, a meu ver, para ressaltar sua responsabilidade e não incorrer em omissão, deve ele, ou a instituição hospitalar, buscar solução jurídica perante o Poder Judiciário, aguardando, portanto, que este se pronuncie sobre o caso.

Revista: Verificamos no direito uma evolução rumo a uma “nova interpretação constitucional” com a valorização dos princípios, sua incorporação pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica da supremacia dos direitos fundamentais e da sua normatividade. O Judiciário está preparado para enfrentar todas essas questões, com cláusulas constitucionais de conteúdo aberto?

Fagundes de Deus: O Poder Judiciário nacional, integrado por órgãos e cortes de Justiça de diferentes graus de jurisdição, está plenamente consciente e imbuído de seu dever jurídico-constitucional de prestar a tutela jurisdicional em toda sua amplitude, com respaldo, especialmente, na Lei Magna da República, que estabelece a projeção mais elevada dos direitos e garantias fundamentais em prol da sociedade brasileira, de sorte que, sem dúvida, está ele inteiramente habilitado e preparado para enfrentar e deliberar sobre questões desse jaez.

Obiter dictum

“Coisa dita de passagem” ou “acessoriamente.”

Obscurum per obscurius

“(Explicar) o obscuro pelo mais obscuro.”

O.c. abreviatura de *opere citato*.

Oderint, dum metuant

“Odeiem-me, contanto que me temam.” Frase de Ácio no drama *Atreu*, citada por Cícero (*Dos Deveres*, Livro I, 28, 97). Segundo Suetônio, era o lema do imperador Calígula.

Omnia mea mecum porto

“Levo comigo tudo o que é meu.” Tradução latina das palavras de Bias, um dos Sete Sábios da Grécia, quando teve de fugir da sua cidade só com a roupa do corpo. Lembradas para exprimir o desprezo dos bens materiais. Cícero (*Paradoxos*, Livro I, 1, 8) cita-as nesta ordem: *Omnia mecum porto mea*.

“Wanderley era um político homem do mundo e um orador homem de espírito. Tudo nele era talento, espírito, agudeza, não devia nada aos livros. Sua bagagem intelectual era tão pequena quanto possível; não se carregava de livros, *omnia mea mecum porto*, podia ele dizer em qualquer debate que se levantasse.”

Joaquim Nabuco, *Um Estadista do Império*, I, 5.

Onus probandi

“O ônus da prova,” “A obrigação de provar.” Essa obrigação, em Direito, cabe ao acusador e não ao acusado.

Opere Citato

“Na obra citada.” Emprega-se para citar obra já citada antes (Abreviatura: *o.c.*)

Opus

“Obra.” Usa-se em relação à obra musical que foi classificada e numerada. Abreviatura: *op.*

O quanta species cerebrum non habet

“O quanta formusura, (mas) não tem cérebro!” Exclamação da raposa de Fedro (*Fábulas*, I, 8) ao contemplar uma máscara de teatro.

“Entrando no salão, deu o Dr. Passos com os olhos no grupo e endireitou para ele. Gostava de ser visto entre gente austera. Estava triunfante. A face corada e cheia expandia-se num riso fácil. Fora por ocasião semelhante que o senador Cotrim, velho feio e mordaz, lhe dissera numa roda de amigos: ‘Físico de mil contos, desperdiçado! *Quanta species!*, amansando, com uma palmadinha familiar no ombro, a malícia, aliás incompreendida.”

Afrânio Peixoto, *A Esfinge*, 2ª Parte, cap. IV.

Orbis pictus

“Mapa-múndi.”

Orbis terrarum

“O orbe das terras”, isto é, o globo terrestre.

Otia dant vitia

“Os ócios dão vícios”, ou melhor, “O ócio dá vícios” Provérbio.

Otium cum dignitate

“Lazer com dignidade” (Cícero, *Por P. Séxtio*, XLV). Ideal dos patrícios romanos retirados da vida pública. Nome de uma associação cultural existente no Rio fundada e presidida pelo Dr. Rolando Monteiro.

“Mas se ele (o Barão de Penedo) se recolhia ao *otium cum dignitate*, em harmonia com a cultura de humanista e compositor de versos latinos, não esqueceu o futuro do Brasil!”

Renato Mendonça, *Um Diplomata da Corte da Inglaterra*, XXIX.

(Expressões extraídas do livro *Não perca o seu Latim*, Paulo Rónai, 14ª impressão, Editora Nova Fronteira, p. 125-130.)

Posposição do Sujeito

Pospõe-se, habitualmente, o sujeito ao verbo nos seguintes casos:

- em orações adverbiais reduzidas de participio ou de gerúndio:

“De manhã, acabado o *almoço*, a cólera estourou.” (Machado de Assis)

“Caindo o *sol*, a costureira dobrou a costura para o dia seguinte.” (Machado de Assis)

Observação:

O sujeito pode anteceder o gerúndio quando este vier precedido da preposição em:

“Em ela sabendo que saíste de Lisboa, abençoa tua resolução.” (Camilo Castelo Branco)

- nas orações interrogativas iniciadas pelos advérbios interrogativos ou por um pronome interrogativo que não seja sujeito:

“Como é isso possível?” (Alexandre Herculano)

“Onde vai o guerreiro branco?” (José de Alencar)

“Donde vinham aqueles cavalos?” (Graciliano Ramos)

“Por que virá o conde quase de luto à festa?” (Rebello da Silva)

“Que deixara ele na terra do exílio?” (José de Alencar)

“Quem sou eu para ser digno da vida?” (Dante Milano)

“Como sabem eles distinguir a fruta nutritiva da venenosa?” (Carlos de Sá Moreira)

No entanto, antepõe-se o sujeito ao verbo:

- a) quando se interpõe a locução enfática *é que*:

“Onde *é que* este homem vai parar?” (Machado de Assis)

- b) se iniciarmos a frase com o sujeito:

Teu irmão, por que não veio?

- c) quando a palavra interrogativa encerra a frase:

Você viu isso *onde*?

Eles se retiraram *por quê*?

- nas orações optativas e imprecativas:

“E queira *Deus* que não te enganes, menino!” (Carlos de Laet)

“Possa o *sangue do mártir* remir o crime presbítero!” (Alexandre Herculano)

“Pudera *eu* dilatar-lhe a vida!” (Alexandre Herculano)

“Morra o *alienista!* Bradavam vozes mais perto.” (Machado de Assis)

Todavia, às vezes prefere-se a anteposição:

“*Bons ventos* o levem!” (Machado de Assis)

“O *Senhor* te ouça!” (Machado de Assis)

“*Deus* vos leve, defenda e traga.” (D. Francisco Manuel de Melo)

- em certas frases exclamativas:

“Como são belas *aquelas palmeiras!*” (Visconde de Taunay)

- nas orações imperativas:

Acompanha-o *tu*, guerreiro ilustre!

“Ouçam *todos* o mal que toca a todos.” (Luís de Camões)

* Texto extraído da obra *Novíssima Gramática da Língua Portuguesa*, Domingos Paschoal Cegalla, 46ª edição, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005, p. 531-534.

- nas orações interferentes:
 - “É falso, interrompeu o *presidente*.” (Machado de Assis)
 - “Rico, muito rico – pensava *Caúla* – quem possuía um barco como aquele!” (Adonias Freire)
- na voz passiva pronominal:
 - “Contavam-se dele *coisas muito bonitas*.” (Machado de Assis)
 - “Nas lanchas, ouvem-se *gritos, choros, pedidos de socorro*.” (Jorge Amado)

Contudo, a necessidade de pôr o sujeito em relevo leva-o, ocasionalmente, para o início da frase:

- Os louvores* recebem-se com agrado.
- “*As consciências* esclarecem-se e não se forçam.” (Alexandre Herculano)
- “*Vozes* não se escutam quase, só aquele murmúrio abafado.” (Raquel de Queirós)
- “*Muitas coisas* se dizem, que não deviam ser ditas.” (Carlos Drummond de Andrade)

• em orações como as seguintes, em que se realça a ideia expressa pelo predicativo, colocando-se este no início da frase ou depois do verbo:

- “Sábio era *ele*, mas faltava-lhe a prática do mundo.” (Camilo Castelo Branco)
- “Eram sólidos e bons os *móveis*.” (Machado de Assis)

Observação:

A posição do sujeito pode influenciar a concordância do verbo. Assim, por exemplo, vindo o sujeito composto depois do verbo, este poderá concordar com o núcleo mais próximo:

- “Acuso-vos disso *eu e todo o povo de Santarém*.” (Almeida Garrett)
- “De pouco lhe *valeu a astúcia e a coragem*.” (Rodrigues Lapa)

Antecipação de Termos na Oração

Não poucas vezes antecipamos, na frase, um termo que desejamos pôr em evidência, alguns casos mais frequentes:

- antecipação do sujeito na oração subordinada:
 - Meu pai*, sabes que não quer. [= Sabes que *meu pai* não quer.]
 - O mal* parece que se agravou. [= Parece que *o mal* se agravou.]
 - “*O rio*, nem sei se tem nome.” (Vivaldo Coaraci)
 - “*Aqueles Cavaleiros* vê-se que nos esperam.” (Alexandre Herculano)
 - “*Os filhos* parece que envelhecem a gente.” (Mário Barreto)
 - “Eu sei bem *o plantão dele* como é!” (Marques Rebelo)
 - “*Eles* parece que são muitos.” (Anibal Machado)
 - “*Esses anos de Juiz de Fora* parece mesmo que foram marcados de glória, para Luisinho.” (Raquel de Queirós)
 - “*Os homens* é assim que fazem.” (Camilo Castelo Branco)
 - “*A mocidade*, dizem que não cria ferrugem.” (Mário Quintana)
- antecipação do objeto direto:
 - Verdades* há que não se dizem.
 - “*Os exemplos* achou-os na História e em Itaguaí.” (Machado de Assis)
 - “*Animal mais inútil* nunca vossos olhos viram.” (Raquel de Queirós)
- antecipação do objeto indireto
 - De música* todo mundo gosta.
 - “*A esta pergunta* ninguém respondeu.” (Alexandre Herculano)
 - “*A Caribe* não faltavam astúcia e experiência.” (Jorge Amado)
 - “*A mim* o que me deu foi pena.” (Ribeiro Couto)

“*Da limpeza pública se encarregam uns elefantes artificiais, que aspiram tudo.*” (Paulo Mendes Campos)

- antecipação do predicativo do sujeito ou do objeto:

Impossível seria permanecer parado.

“*Mal-educado* eu sou, mas ingrato não.” (Paulo Mendes Campos)

“*Perigoso* é se o velho deixar se influenciar pelo filho.” (Ciro dos Anjos)

“*Bonitos* são (os quadros), mas estão manchados.” (Machado de Assis)

“*Doente*, todo mundo fica, João.” (Marques Rebelo)

“*Arquiteto do Mosteiro de Santa Maria*, já o não sou.” (Alexandre Herculano)

“Respirava com ruído e tinha *roxas* as orelhas grandes.” (Graciliano Ramos)

“Jorge soltou uma risada, tão *feliz* ficou.” (Raquel de Queirós)

- antecipação do adjunto adverbial:

Naquele país, ladrão não tem vez.

- antecipação do verbo da oração subordinada:

“Lembravam-se bem das notas, *eram* parece que verdes, grandes e frescas.” (Machado de Assis) [= parece que eram verdes...]

Colocação das Orações Subordinadas

As orações subordinadas substantivas, de acordo com a índole de nossa língua, pospõem-se, a geral, às principais.

Mas na linguagem enfática ou emotiva, é frequente antepor tais orações às principais, a fim de lhes dar realce. Exemplos:

“*De cumprir meu voto* ninguém poderá mover-me.” (Alexandre Herculano)

“*Se o mundo tinha razão*, não o diremos nós.” (Camilo Castelo Branco)

“*Vicência, se estava comovida pelo que acabava de ouvir*, não demonstrava.” (Luís Jardim)

“*Por que brigavam no meu interior esses entes de sonho* não sei.” (Graciliano Ramos)

“*Que passavam aperturas*, via-se claramente na pobreza da casa.” (Antônio Olavo Pereira)

As orações adjetivas pospõem-se ao substantivo ou pronome a que se referem, podendo vir intercaladas na oração principal, como vimos no estudo destas orações.

As subordinadas adverbiais são as orações que gozam de maior mobilidade dentro do período, podendo, conforme o caso, vir antes, no meio ou depois da oração subordinante.

Exemplos:

“*Onde me espetam*, fico.” (Machado de Assis)

“Dali via, *sem ser visto*, a sala de visitas.” (Lúcio de Mendonça)

“Iracema, *depois que ofereceu aos chefes o licor de Tupã*, saiu do bosque.” (José de Alencar)

“Eram quatro horas da manhã, *quando emergi do meu letargo*.” (Camilo Castelo Branco)

“*Quando dei por mim*, já passava de uma da madrugada.” (Ferreira Gullar)

Escrevendo, cumpre fugir à monotonia da ordem direta e assegurar à frase harmonia e variedade de ritmo, usando, com equilíbrio e bom gosto, ora uma, ora outra ordem.

Evitar-se-ão, sobretudo, construções malsoantes e cacofônicas, inversões violentas e transposições forçadas, que comprometem a clareza da expressão, dando margem a falsos sentidos.

Calendario* **

Segundo Varrão, a fundação de Roma foi levada a efeito em Abril do anno 3º da VI Olympiada, 753 annos antes de Christo, sendo a dita fundação o ponto de partida para a era romana. O anno, segundo o calendario juliano, tinha, como hodiernamente, doze meses, sendo-lhes titulos:

Januarius, Janeiro
Februarius, Fevereiro
Martius, Março
Aprilis, Abril
Maius, Maio
Junius, Junho
Quintilis ou *Julius*, Julho
Sextilis ou *Augustus*, Agosto
September, Setembro
October, Outubro
November, Novembro
December, Dezembro

No tempo em que o anno romano decorria de Março, havia razão para o emprego de *Quintilis*, *Sextilis*, *September*, etc., cujas traducções literaes são: *quinto mês*, *sexto mês*, *septimo mez*, etc.

Os dias da semana (*septimana* ou *hebdomada*) eram designados da seguinte feição:

– *Dies Solis*, Domingo.
– *Lunae*, Segunda Feira.
– *Martis*, Terça Feira.
– *Mercurii*, Quarta Feira.
– *Jovis*, Quinta Feira.
– *Veneris*, Sexta Feira.
– *Saturni*, Sabbado.

Os Romanos serviam-se das palavras *kalendae* – *calendas*, *nonae* – *nonas* e *idus* – *idos*, para indicar os tres dias principaes do mês.

1.º) *Kalendae* (*K.* ou *Kal.*) eram o primeiro dia de todos os meses.

2.º) *Nonae* (*non.*) eram o septimo dia nos meses de Março, Maio, Julho e Outubro, e o quinto nos demais.

3.º) *Idus* (*id.*) eram o decimo quinto dia nos meses de Março, Maio, Julho e Outubro, e decimo terceiro dia nos demais.

Para exprimir-se uma data em latim, emprega-se uma das tres palavras precedentes, conforme o prazo da occasião, no caso ablativo, seguida do nome do mês regularmente adjectivado; ex.: *kalendis martiis* – em 1º de Março; *nonis februariis* – em 5 de Fevereiro; *idibus decembribus* – em 13 de Dezembro.

O dia que immediatamente precede às *kalendae*, *nonae* e *idus* é expresso pela palavra *pridie*, seguida do accusativo; e o dia immediato às alludidas palavras é expresso, às vezes, por *postridie*, também seguido de accusativo; ex.: *pridie kalendas novembres* – em 31 de Outubro; *postridie nonas maias* – em 8 de Maio.

Para exprimir-se qualquer dos outros dias intermediarios, usam-se os ordinaes, contando-se em ordem retrogada o lapso das *kalendae*, *nonae* ou *idus* mais proximos, entrando no computo o dia donde se parte (*dies a quo*) e o dia a que se chega (*dies ad quem*); assim, do dia 3 ao dia 7 vão 5 dias; do dia 19 de Março ao dia 1º de Abril vão 14 dias. Isto posto, o dia 3 de Maio poderá ser indicado por *die quinto ante nonas maias*, ou *ante diem quintum nonas maias*, ou *quinto nonas maias*. O dia 19 de Março poderá ser indicado por *die quarto decimo ante kalendas apriles*, ou *ante diem quartum decimum kalendas apriles* ou *quarto decimo kalendas apriles*. Para facilitar as indicações das diferentes datas romanas apresentamos o quadro seguinte:

* Texto extraído da obra Gramatica Latina, Mendes de Aguiar e Gomes Ribeiro, 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922.

** Publicado conforme original.

Nossa data	I Março, Maio Julho, Outubro (31 dias)	II Janeiro, Agosto Dezembro (31 dias)
1	kalendis martiis	kalendis januariis
2	a. d. VI non mart	a. d. IV non. jan.
3	a. d. V " "	a. d. III " "
4	a. d. IV " "	pridie " "
5	a. d. III " "	nonis januariis
6	pridie " "	a. d. VIII id. jan.
7	nonis martiis	a. d. VII " "
8	a. d. VIII id. mart.	a. d. VI " "
9	a. d. VII " "	a. d. V " "
10	a. d. VI " "	a. d. IV " "
11	a. d. V " "	a. d. III " "
12	a. d. IV " "	pridie " "
13	a. d. III " "	idibus januariis
14	pridie " "	a. d. XIX kal. febr.
15	idibus martiis	a. d. XVIII " "
16	a. d. XVII kal. april	a. d. XVII " "
17	a. d. XVI " "	a. d. XVI " "
18	a. d. XV " "	a. d. XV " "
19	a. d. XIV " "	a. d. XIV " "
20	a. d. XIII " "	a. d. XIII " "
21	a. d. XII " "	a. d. XII " "
22	a. d. XI " "	a. d. XI " "
23	a. d. X " "	a. d. X " "
24	a. d. IX " "	a. d. IX " "
25	a. d. VIII " "	a. d. VIII " "
26	a. d. VII " "	a. d. VII " "
27	a. d. VI " "	a. d. VI " "
28	a. d. V " "	a. d. V " "
29	a. d. IV " "	a. d. IV " "
30	a. d. III " "	a. d. III " "
31	pridie " "	pridie " "

Nossa data	III Abril, Junho, Setembro Novembro (30 dias)	IV Fevereiro (28 dias)
1	kalendis aprilibus	kalendis februariis
2	a. d. IV non. april.	a. d. IV non. febr.
3	a. d. III " "	a. d. III " "
4	pridie " "	pridie " "
5	nonis aprilibus	nonis februariis
6	a. d. VIII id. april.	a. d. VIII id. febr.
7	a. d. VII " "	a. d. VII " "
8	a. d. VI " "	a. d. VI " "
9	a. d. V " "	a. d. V " "
10	a. d. IV " "	a. d. IV " "
11	a. d. III " "	a. d. III " "
12	pridie " "	pridie " "
13	idibus aprilibus	idibus februaris
14	a. d. XIX kal. mai.	a. d. XVI kal. mart.
15	a. d. XVIII kal. mai.	a. d. XV " "
16	a. d. XVII " "	a. d. XIV " "
17	a. d. XVI " "	a. d. XIII " "
18	a. d. XV " "	a. d. XII " "
19	a. d. XIV " "	a. d. XI " "
20	a. d. XIII " "	a. d. X " "
21	a. d. XII " "	a. d. IX " "
22	a. d. XI " "	a. d. VIII " "
23	a. d. X " "	a. d. VII " "
24	a. d. IX " "	a. d. VI " "
25	a. d. VIII " "	a. d. V " "
26	a. d. VII " "	a. d. IV " "
27	a. d. VI " "	a. d. III " "
28	a. d. V " "	pridie " "
29	a. d. IV " "	
30	a. d. III " "	
	pridie " "	

Querendo-se reduzir a data romana à vulgar, sendo assumpto nonas ou idos, junta-se 1 ao dia em que recaem as ditas nonas ou idos; tratando-se porem de kalendas, juntam-se 2 ao numero dos dias do mez anterior às alludidas kalendas; das sommas obtidas pelos dois processos expostos, subtráe-se a *data romana*, sendo que o resto da subtracção indicará a *data vulgar*; ex.:

A. d. III. Non. April = $5+1-3 = 3$ de Abril.

A. d. V. Id. Aug. = $13+1-5 = 9$ de Agosto.

A. d. XIX Kal. Febr. = $31+2-19 = 14$ de Janeiro.

Querendo-se reduzir a data vulgar à data romana, subtrae-se da somma alludida a *data vulgar* e o resto da subtracção indicará a *data romana*; ex.:

$5+1-3 =$ *ante diem tertium Nonas Apriles.*

$13+1-9 =$ *ante diem quintum Idus Augustas.*

$31+2-14 =$ *ante diem undevicesimum Kalendas Februarias.*

O questionário no Plenário do Júri

Fernando Tourinho Filho*

A Lei 11.689/2008, alterando o procedimento relativo aos processos da competência do Júri, na formulação e ordem dos quesitos, pretendeu emprestar uma simplificação que a nosso ver, de certo modo faz sentido: abolir aquela série de perguntas que serviam apenas para confundir os jurados, os quais nem sempre têm o mesmo discernimento, o mesmo grau de cultura. Na verdade o que houve foi uma simplificação na formulação dos quesitos, mas nem por isso ficará o Juiz-Presidente desobrigado de explicar o significado de cada uma das teses defensivas e acusatórias, à dicação do parágrafo único do art. 484 do CPP. Se haverá essa explicação, parece-nos que respeitante ao quesito “o réu deve ser absolvido?”, certamente o Juiz-Presidente não vai explicar o que significa “absolver”... deverá expressar ao Conselho de Sentença, em linguagem que lhe seja bem acessível, bem simples, cada uma das teses defensivas.

Noutras palavras: o Juiz-Presidente deve tornar bem inteligível a tese (ou teses) defensiva em palavras que não sejam intransponíveis à compreensão de qualquer pessoa, nem pronunciadas com a eloquência do orador, mesmo porque seria uma estultice sem nome, devesse o Juiz-Presidente após o questionário sobre materialidade e autoria, indagar: “o réu deve ser absolvido?” *A mens legislatoris* não chegaria a tamanha insensatez.

Assim, no caso de legítima defesa, p. ex., deve a Defesa deixar bem explicada a excludente e procurar demonstrar que naquela hipótese em julgamento o réu agiu em legítima defesa e deve ser absolvido. Concluídos os debates, quando da votação do questionário, cumprirá ao Juiz-Presidente falar sobre a excludente, explicando-a em termos de fácil compreensão, em linguagem simples, inteligível, compreensível enfim. Assim, dadas as explicações e após indagar dos jurados se eles estão aptos a responder à questão, pergunta: “o acusado deve ser absolvido?”.

No fundo, embora não haja mais aquela série imensa de quesitos para saber se houve ou não, p. ex., legítima defesa, caberá ao Juiz, por duas vezes, no Plenário do Júri e na Sala Secreta, em linguagem sóbria, deixar as questões bem explicadas, para em seguida indagar: “o acusado deve ser absolvido?”. Haverá simplesmente profunda redução dos quesitos. Observe-se que na legítima defesa, o Juiz indagava: 1) o réu se defendeu de uma agressão? 2) essa agressão foi injusta? 3) foi atual? 4) foi iminente? 5) os meios empregados na repulsa eram necessários? 6) o réu usou moderadamente desses meios? 7) o réu se excedeu dolosamente? 8) o réu excedeu, culposamente, os limites da legítima defesa?

Agora, não. Simplesmente pergunta: “o réu deve ser absolvido?” É como se ele estivesse substituindo todas aquelas oito perguntas por uma só. Daí a necessidade da explicação. Se por acaso forem duas ou mais teses, cumprirá ao Juiz-Presidente dar as devidas explicações a respeito de cada uma delas. Se o quesito sobre a “absolvição” (abrangendo todas as teses) devesse ser respondido afirmativamente, haveria certa dificuldade para a Acusação demonstrar, em eventual recurso de apelo, possível desacerto dos jurados. Assim, nessas hipóteses, será preferível dever o Juiz-Presidente submeter à votação o quesito da “absolvição”, tese por tese. Certo que o quesito único torna-se mais cômodo para o Juiz-Presidente, mas acima da sua comodidade está o interesse social, bem maior. Mais ainda: sabendo-se qual a tese que ensejou a absolvição não haverá maior dificuldade para a propositura da ação civil *ex delicto*.

Nem se diga que na hipótese de duas, três ou “n” teses, deva haver um só quesito sobre a absolvição. O legislador, a nosso aviso, não chegaria a tanto. Explicando o Juiz-Presidente as três teses, para em seguida indagar do Conselho de Sentença se o réu deve ser absolvido, os jurados podem se confundir. Melhor será, repetimos, o quesito da “absolvição” ser formulado tantas vezes quantas forem as teses defensivas.

não nos parece deva o Juiz-Presidente, após os debates, num julgamento de homicídio (simples ou qualificado), sustentando-se a tese da legítima defesa ou de outra excludente, após os quesitos sobre mate-

* Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Araraquara (Uniarq).

rialidade e autoria, limitar-se a indagar ao Conselho de Sentença se ele o absolve. Seria um simulacro de julgamento, uma verdadeira tartufice.

Exemplos de Quesitação

Homicídio

Tratando-se de homicídio, devem os quesitos ser assim formulados:

1º) No dia 16 de maio de ..., às 14:00 horas, em frente ao prédio 18 da rua Benjamin Constant, nesta cidade, a vítima (Fulana de Tal) recebeu ferimentos produzidos por instrumento perfurocortante (ou o instrumento usado: contundente, cortocontundente, etc), descritos no laudo de fls. ...?

2º) Essas lesões deram causa à morte da vítima?

3º) O autor desses ferimentos foi o réu Sigismundo da Silva?

Se for negativa a resposta quanto ao primeiro quesito ou ao pertinente à autoria, o réu estará absolvido. Se as respostas quanto à materialidade e autoria forem positivas, o Juiz indagará “o acusado deve ser absolvido?”. Nesse momento, deverá o Juiz dar as devidas explicações sobre a tese (excludente de ilicitude, de culpabilidade ou outra qualquer) e, a seguir, indagando se ficaram os jurados bem esclarecidos, formular aquela pergunta. Positiva a resposta estará o réu absolvido.

Respondido negativamente, formulam-se eventuais quesitos *sobre diminuição de pena*, segundo as teses levantadas pela Defesa (homicídio privilegiado; no caso de excesso culposo, indagar se o réu agiu culposamente, e outras eventuais causas de especial diminuição etc.). Se for o caso, se o excesso foi inevitável. Depois, se houver, os pertinentes a eventuais qualificadoras ou causas de especial aumento. Evidente que todas essas perguntas deverão ser precedidas dos devidos esclarecimentos. Na hipótese de qualificadora do motivo fútil, p. ex. cabe ao Juiz-Presidente, em linguagem simples, transmitir aos jurados, qual o sentido da expressão “motivo fútil”. Não convém dar exemplos, mesmo porque pode acontecer de os jurados entenderem que a hipótese dos autos não se assemelha aos exemplos... A seguir formulará a questão: “o réu agiu

por motivo fútil, tal seja o de a vítima ter dito que o réu não sabia surfar?”.

Se o Júri reconhecer o homicídio privilegiado, dizíamos nós, não poderiam ser formulados quesitos sobre possíveis qualificadoras, uma vez que não existe a figura do homicídio privilegiado-qualificado. E, assim pensávamos, em face da advertência de Euclides Custódio da Silveira, no sentido de que, “quem mata sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima, não pode fazê-lo insidiosamente, à traição, de emboscada ou mediante dissimulação, porque senão tratar-se-ia de vingança ou desforço tardio (*Direito penal*, São Paulo, Max Limonad, 1959, p. 72). Melhor meditando, parece-nos que a melhor lição provem do magistério de Heleno Cláudio Fragoso e que tem preponderado na jurisprudência: “não será possível considerar a hipótese de concurso em relação às circunstâncias subjetivas de qualificação do homicídio, ou seja, quando o crime é praticado mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; por motivo fútil, ou para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime. Todavia, em relação às circunstâncias objetivas, que dizem respeito aos meios ou modos de execução (art. 121, § 2º, III e IV) pode haver concurso com as circunstâncias que autorizam a diminuição de pena (art. 121, § 1º), as quais deverão prevalecer, pois são preponderantes”(Lições de Direito Penal, Parte Especial I, São Paulo, José Bushatsky, Editor, 1978, p. 61). No mesmo sentido Paulo José da Costa Júnior: desde que a circunstância qualificadora seja objetiva, nada impede seu concurso com as circunstâncias subjetivas (Comentários ao Código Penal, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 364). A incompatibilidade haverá se ambas forem subjetivas: matar por motivo fútil e alegar a violenta emoção logo em seguida à injusta provocação da vítima. Mas, se matar por asfixia (qualificadora), alegando relevante valor social ou moral, as duas circunstâncias são compatíveis: uma objetiva e outra subjetiva.

Tentativa de homicídio

Se o quesito sobre a materialidade e autoria forem positivos, formula-se o relativo à tentativa: “o réu, assim agindo, deu início à execução de um crime de homicídio que não se consumou por circunstância alheia à sua vontade?” ou assim: “o réu tentou matar a vítima?”. Veja-se, no particular, o § 5º do art. 483 do

CPP. Positiva a resposta, o Juiz-Presidente atento à tese defensiva, e após explicá-la, formula o quesito: “o réu deve ser absolvido?”. Se a resposta for “SIM”, estará absolvido. Se a resposta for negativa, haverá desclassificação, aplicando-se a regra do art. 492, §1º, do CPP.

Se a lesão for grave e a Defesa, nos debates, sustentou lesão culposa ou fortuita, ou alguma causa de diminuição da pena, formulam-se quesitos a respeito. Se a lesão remanescente for leve ou culposa, após o trânsito em julgado os autos devem ser remetidos ao Juizado Especial Criminal, sem embargo do previsto na parte final do § 1º do art. 492 do CPP, salvo se na comarca não houver Juizado Especial Criminal, como acontece na maioria das comarcas do Estado de São Paulo. Nesse caso, cumpre ao próprio Juiz-Presidente observar o disposto nos arts. 69 e seguintes da Lei 9.099/1995. E assim entendemos porque a competência do Juizado é fixada em razão da matéria e tem sede constitucional.

Tentativa branca

Se, por acaso, a tentativa for branca (quando a vítima sai incólume), os quesitos (após os pertinentes à materialidade e autoria) deverão ser formulados da seguinte maneira:

1º) No dia 16 de maio de ..., às 14:00 horas, em frente ao prédio 18 da rua Benjamin Constant, nesta cidade, foram desfechados dois tiros de revólver contra a vítima, sem provocar-lhe ferimentos?

2º) O autor desses disparos foi o réu Fulano de Tal?

Se o primeiro e o segundo quesitos forem positivos, formula-se o da tentativa (por sinal já analisado no exemplo anterior). Se a resposta for afirmativa, indaga-se sobre a “absolvição”. Negativa esta, se a Defesa sustentou ter havido culpa ou caso fortuito, causa de diminuição de pena, formulam-se os quesitos, e se for o caso, os jurados serão indagados sobre qualificadoras e causas de especial aumento previstas na pronúncia.

“Aberratio ictus”

1) No dia 16 de maio de ..., por volta das 14:00 horas, em frente ao prédio situado à rua Benjamin Constant 18, nesta cidade, houve disparos de arma de fogo em direção a B?

2º) Os projéteis, desviando-se da direção visada pelo atirador, atingiram a vítima Antônio Sigismundo, produzindo-lhe as lesões descritas no laudo de fls. 4?

3º) Essas lesões deram causa à morte da vítima?

4º) O autor desses disparos foi o réu Fulano de Tal?

Em seguida, o quesito sobre absolvição. Negativa a resposta, os quesitos da Defesa (diminuição de pena), e, por derradeiro, os da Acusação. Nada sobre agravantes e atenuantes.

Se a pessoa visada foi atingida, sem embargo do que dispõe o § 6º do art. 483 do CPP, formula-se uma série distinta de quesitos.

Induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio

1º) No dia 16 de maio de ..., no interior do prédio situado nesta cidade, à rua Benjamin Constant 18, Fulano de Tal foi induzido, instigado ou auxiliado a suicidar-se?

OBS: se a pronúncia cuidou do induzimento, o quesito a ele se limitará. Diga-se o mesmo na hipótese de instigação ou auxílio.

2º) Em consequência dessa conduta, a vítima consumou o suicídio? Ou, então: em consequência desse induzimento, instigação ou auxílio, resultou para a vítima lesão corporal de natureza grave?

3º) Foi o réu, Fulano de Tal o autor do induzimento, instigação ou auxílio?

4º) O réu deve ser absolvido?

Nota: se for o caso, negativo o quesito obrigatório da absolvição, formulam-se os defensivos e, por último, eventuais quesitos como:

3º) O réu, assim agindo, foi impelido à prática do crime por motivo egoísta?

4º) Era a vítima menor de idade?

5º) Tinha a vítima diminuída, por qualquer causa, a sua capacidade de resistência?

Infanticídio

1º) No dia 16 de maio de ..., por volta de 14:00 horas, no interior do prédio 18 da rua Benjamin Cons-

tant, nesta cidade, foram praticadas as lesões descritas no laudo de fls. contra um recém-nascido?

2º) Quem as praticou estava, durante ou logo após o parto, sob a influência do estado puerperal?

3º) Essas lesões (ou esses atos agressivos) ocasionaram a morte da vítima?

4º) Foi a ré Fulana de Tal a autora desses atos agressivos?

5º) Ela deve ser absolvida?

Negativa a resposta, formulam-se eventuais quesitos defensivos (causa de diminuição de pena) e acusatórios (eventuais qualificadoras e causas de especial aumento apontadas na pronúncia).

Nota: se foi denunciada por homicídio e a Defesa sustentou infanticídio, após a resposta afirmando a autoria, formula-se o quesito da defesa: “a ré estava, durante ou imediatamente após o parto, sob a influência do estado puerperal?”. Trata-se, à evidência de desclassificação de um crime da competência do Júri para outro que também o é. A propósito o § 5º do art. 483 do CPP. Positiva ou negativa, indagar-se-á: a ré deve ser absolvida? Negativa a resposta, seguem-se eventuais quesitos de acordo com os itens I e II do § 3º do art. 483 do CPP.

Quando se tratar de tentativa de infanticídio, após os quesitos da materialidade e da autoria, indaga-se: “a ré, assim agindo, deu início à execução de um crime de infanticídio que não se consumou por circunstância alheia à sua vontade?”. Positiva a resposta, responderá pelos ferimentos, aplicando-se o art. 492, § 1º do CP. Negativa, responderá por tentativa, indagando o Juiz-Presidente “a ré deve ser absolvida?” Negativa, serão observados, se for o caso, os itens I e II do § 3º do art. 483 do CPP.

Nota: se alguém incentivou a infanticida ou colaborou na prática dos atos executórios, a despeito da regra do art. 30 do CP, responderá por homicídio, e os quesitos poderão ser assim formulados:

1º) No dia tal em tal local e hora, um recém-nascido foi vítima das lesões (ou atos agressivos) descritas no laudo de fls.?

2º) Essas lesões acarretaram-lhe a morte?

3º) O réu Fulano de Tal instigou, induziu ou colaborou com Fulana de Tal para a prática desses atos?

4º) O réu deve ser absolvido?

Seguem-se eventuais quesitos sobre diminuição de pena alegada pela Defesa e eventuais qualificadoras ou causas de especial aumento reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram possível a acusação.

Aborto provocado pela gestante

1º) No dia 16 de maio de ..., por volta das 14:00 horas, no interior do prédio situado nesta cidade, à rua Benjamin Constant 18, houve uma interrupção de gravidez?

2º) Dessa interrupção resultou a morte do feto?

3º) Foi a ré, Fulana de Tal, quem provocou essa interrupção?

4º) Ela deve ser absolvida?

Se a resposta ao 4º quesito for negativa, formulam-se os quesitos defensivos e, depois, os da Acusação, se houver (itens I e II do § 3º do art. 483 do CPP).

Aborto provocado com o consentimento da gestante

(são feitas séries distintas: uma para ela e outra para ele)

1º) No dia 16 de maio de ..., por volta das 14:00 horas, no interior do prédio situado nesta cidade, à rua Benjamin Constant n. 18, houve uma interrupção de gravidez?

2º) Dessa interrupção resultou a morte do feto?

3º) A gestante era Fulana de Tal?

4º) Ela consentiu que terceira pessoa nela praticasse manobras tendentes a provocar aborto?

5º) Ela deve ser absolvida? Negativa a resposta, seguem-se eventuais quesitos defensivos e acusatórios (itens I e II do § 3º do art. 483 do CPP).

Aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante

(quesitos relativos ao terceiro)

1º) No dia 16 de maio de ..., por volta das 14:00 horas, no interior do prédio situado nesta cidade, na

rua Benjamin Constant n. 18, houve uma interrupção de gravidez?

2º) Dessa interrupção resultou a morte do feto?

3º) O réu Fulano de Tal praticou, na gestante Fulana de Tal, com o seu consentimento, manobras tendentes a provocar-lhe o aborto?

4º) Deve ele ser absolvido?

Se negado o 4º quesito, formulam-se eventuais quesitos defensivos e acusatórios (itens I e II do § 3º do art. 483 do CPP).

Aborto provocado sem o consentimento da gestante

1º) No dia ..., por volta das 14:00 horas, no interior do prédio n. 18, situado nesta cidade, na rua Benjamin Constant, houve uma interrupção de gravidez?

2º) Essa interrupção resultou na morte do feto?

3º) O autor das manobras que resultaram na interrupção da gravidez foi o réu Fulano de Tal?

4º) A gestante deu o seu assentimento para a realização daquelas manobras abortivas?

5º) O réu deve ser absolvido?

Negativa a resposta ao 4º quesito, formulam-se eventuais quesitos defensivos e acusatórios (itens I e II do § 3º do art. 483 do CPP).

Aborto qualificado

Tratando-se de aborto qualificado (art. 127), logo após os quesitos da materialidade e autoria, e negado o da absolvição, seguem-se os defensivos e os atinentes especiais causas de aumento a que se refere o art. 127 do CP. Assim:

a) Em consequência do aborto, sofreu a gestante a lesão corporal de natureza grave descrita no laudo de fls.?

b) Em consequência do aborto, veio a gestante a falecer, conforme laudo de fls.?

Aborto terapêutico

Cuidando-se de aborto terapêutico (art. 128, I e II do CP), após os quesitos atinentes à materialidade e autoria, cumprirá ao Juiz-Presidente, antes de indagar sobre a absolvição, explicar aos jurados o que foi sustentado pela Defesa, no sentido de que “o aborto foi praticado como único meio de salvar a vida da gestante”, ou, se for o caso: “a gravidez de Fulana de Tal foi resultante de estupro e houve assentimento da gestante (e na hipótese de ser ela menor, se houve assentimento do seu representante legal)”. Perguntando, em seguida às explicações, se os jurados absolvem a ré. Se a resposta for negativa, formulam-se eventuais quesitos de diminuição de pena e, se for o caso, sobre eventuais causas de aumento de pena. Se a defesa sustentou a tese de aborto eugênico (embora sem previsão legal), antes de indagar sobre a absolvição, explicar aos jurados a tese defensiva, no sentido de que “havia malformação física ou psíquica do feto” e que “em face dessa situação de anormalidade não seria lícito exigir da gestante suportar a gravidez até o seu termo final”. Em seguida, se a resposta ao quesito “se os jurados absolvem a ré” for negativa, observar-se-á o questionário do aborto terapêutico.

Inimputabilidade (art. 26 do CP)

Evidente que se na fase da pronúncia, a única tese da Defesa for “alegação de inimputabilidade”, o Juiz-Presidente pode proferir absolvição sumária nos termos do art. 415, parágrafo único, do CPP, aplicando a medida de segurança. Mas, se entender que o réu era imputável, pronuncia-lo-á e, se no Plenário do Júri, a Defesa mantiver a mesma tese serão formulados os seguintes quesitos:

1º) Sobre a materialidade (que pode ser desdobrado). Se a resposta for negativa, haverá absolvição, não podendo o Juiz-Presidente aplicar medida de segurança.

2º) Sobre a autoria. Se resposta for negativa, haverá absolvição, sem possibilidade também, de aplicação de medida de segurança. Se positiva será formulado o quesito da “absolvição”. Se a resposta for positiva, o Juiz-Presidente proferirá sentença absolutória, mas imporá medida de segurança, nos termos do art. 97 do Código Penal.

Se a Defesa arguir também outra tese (digamos, legítima defesa), e sem embargo do que dispõe o § 6º do art. 483 do CPP, devem ser formuladas duas séries de questionário. Explica-se: havendo um só questionário, ante a pergunta sobre a “absolvição”, positiva a resposta, não se saberia se os jurados absolveram porque entenderam ter havido legítima defesa ou inimputabilidade e, nesse caso, o Juiz-Presidente não poderia saber se seria cabível a aplicação da medida de segurança. Daí entendermos a necessidade das duas séries:

1ª série:

sobre a materialidade do fato (podendo ser desdobrado);

sobre a autoria;

sobre absolvição.

Negada a absolvição, significa que os jurados recusaram (no exemplo dado) a legítima defesa. Nesse caso formulam-se quesitos sobre a inimputabilidade:

2ª série:

Após o Juiz-Presidente dizer que os jurados já reconheceram o fato e a autoria, explica a segunda série (sobre a inimputabilidade), dados os devidos esclarecimentos, postos também em realce pela Defesa quando dos debates, indaga:

“o réu deve ser absolvido?”.

Se a resposta for positiva estará o réu absolvido, mas sujeito à medida de segurança, nos termos do art. 97 do CP. Se a resposta for negativa, formulam-se eventuais quesitos sobre causas de especial diminuição da pena e, eventualmente também, sobre especiais causas de aumento ou qualificadora.

Entendemos que nas exclusivas hipóteses da inimputabilidade previstas no art. 26, *caput*, ou no art. 28, § 1º, ambos do CP, ou do art. 45 da Lei 11.343/2006, as questões respectivas devem ser formuladas da mesma forma: 1) materialidade; 2) autoria e 3) se o réu deve ser absolvido.

Semi-imputabilidade (parágrafo único do art. 26 do CP)

Nessa hipótese, se afirmados os quesitos sobre fato e autoria, cumpre ao Juiz renovar a explicação sobre a semi-imputabilidade, formulando o quesito sobre

a “absolvição”. Se positiva, encerra-se o julgamento, devendo o Juiz-Presidente atentar para o parágrafo único do art. 26 e para o art. 98 ambos do Código Penal.

Havendo duas teses, uma sobre a legítima defesa, p.ex., e outra sobre a semi-imputabilidade, negada a excludente de ilicitude, o Juiz passa a formular o quesito atinente à semi-imputabilidade, deixando de formular os atinentes à materialidade e autoria, visto já terem sido respondidos. Esta a indagação: “O réu deve ser absolvido?”. Vale dizer, aplica-se a mesma regra já por nós examinada quando há excludente de ilicitude e inimputabilidade.

Embriguez completa ou a hipótese do art. 45 da Lei 11.343/2006

1º) materialidade;

2º) letalidade, se for o caso;

3º) autoria;

4º) se deve ser absolvido.

Se a resposta for positiva, estará o réu absolvido. Se negativa, formulam-se os quesitos sobre eventuais causas de diminuição (art. 28, § 2º do CP) e aumento da pena ou qualificadoras.

Quando da formulação dos quesitos essas regras, a nosso juízo, são importantes:

1ª regra: em todo e qualquer caso, mesmo em se tratando de inimputabilidade ou semi-imputabilidade, os quesitos serão sempre estes: 1) materialidade do fato (pode ser desdobrado como no exemplo dado do homicídio); 2) autoria; 3) se o réu deve ser absolvido. Quando da formulação deste quesito, sem deixar entrever seu convencimento pessoal, deve o Juiz-Presidente explicar em que consiste a tese. Assim, p.ex., se for inimputabilidade, esclarecê-la bem à luz do art. 26 do Código Penal, expressando em outras palavras o sentido das frases “era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato” e “era inteiramente incapaz de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Dizendo, p.ex., quanto à primeira expressão: “em virtude de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, (se os Senhores acharem que ele, à época do fato, apresentava esse quadro), indaga-se: em virtude dessa doença ou desse desenvolvimento incompleto ou retardado, ele era inteiramente incapaz de saber que aquilo que ele fizera era contrário à lei e, ainda que soubesse, era ele inteiramente inca-

paz de, mesmo sabendo que aquilo era ilícito, abster-se de praticá-lo? Acrescentando, ainda, que qualquer das duas situações o absolve.

Se por acaso a tese da Defesa for exclusivamente negativa de autoria, afirmativos os quesitos da materialidade e da autoria, ainda assim o Juiz-Presidente deve formular o último: “o réu deve ser absolvido?”. Se a resposta for sim, e o Ministério Público não se conformar com a decisão, uma vez que as provas dos autos, estremes de dúvida, mostraram a inexistência de qualquer excludente de ilicitude ou excludente de culpabilidade (legais ou supralegais) nada o impede de interpor apelação com fulcro no art. 593, III, *d*, do CPP.

2ª regra: negativo o quesito atinente à absolvição, se for o caso, formulam-se quesitos sobre causas de diminuição da pena (dês que alegadas pela Defesa ou no interrogatório) e, ainda se for o caso, quesitos sobre causas de aumento de pena ou qualificadoras previstas na pronúncia ou sobre agravantes arguidas durante os debates.

3ª regra: se os jurados responderem por 4 votos negando o fato, ou negando a autoria, o réu estará absolvido, restando apenas a sentença a ser prolatada pelo Juiz-Presidente. Se for afirmativa a resposta sobre a absolvição (também por 4 votos), estará o réu absolvido, sujeitando-se, entretanto, à medida de segurança na hipótese de inimputabilidade ou redução de pena tratando-se de semi-imputabilidade.

4ª regra: se a tese defensiva objetivar desclassificar o crime da competência do Júri para outro que não o seja, será ou serão formulados os respectivos quesitos, logo após o da autoria. Se forem negados, o Juiz-Presidente simplesmente indagará se o réu deve ser absolvido. Negativa a resposta, seguem-se eventuais quesitos previstos nos itens I e II do § 3º do art. 483 do CPP.

5ª regra: tratando-se de tentativa, como tese da Acusação ou da Defesa, os quesitos respectivos serão formulados após o relativo à autoria. Se forem negados, indagar-se-á se o réu deve ser absolvido, de acordo com a tese sustentada. Negativa a resposta ao quesito sobre absolvição, seguem-se eventuais quesitos nos termos dos itens I e II do § 3º do art. 483 do CPP. Suponha-se tenha a pronúncia reconhecido uma tentativa de homicídio e um estupro. Bem pode a Defesa sustentar a tese de um estupro tentado. Negada a tentativa, seguem-se o quesito sobre a absolvição e os demais segundo a tese da Defesa e da Acusação.

6ª regra: procedimento idêntico ao previsto na regra anterior será observado se a tese objetivar desclassificar o crime da competência do Júri para outro que também o seja (exemplo: de homicídio para infanticídio).

7ª regra: se houver crimes conexos, e dès que haja absolvição ou condenação quanto ao crime que exerceu a *vis attractiva*, o Conselho de Sentença continuará competente para apreciá-los, nos termos do art. 81 do CPP (não contrariada pelo § 2º do mesmo estatuto com a redação dada pela Lei 11.689/2008), devendo ser formulados questionários para cada uma das infrações.

8ª regra: Se a Defesa entender ter havido concurso formal ou crime continuado, não pode Juiz-Presidente formular quesito a respeito, mesmo porque o assunto desborda da alçada do Conselho de Sentença, por se tratar de matéria afeta à aplicação da pena, da competência funcional do Juiz-Presidente. Note-se que crime continuado não é tipo de crime, como bem o disse Manoel Pedro Pimentel (Do crime continuado, p. 71).

Finalmente, seja qual for o quesito, se a resposta for por unanimidade, cumprirá ao Juiz registrar apenas “sim” ou “não” por 4 a 3. Nessa hipótese de unanimidade, seria até melhor que o Juiz-Presidente, ao iniciar a contagem, parasse na quarta cédula. Nem ele mesmo saberia se houve ou não unanimidade. Aí está a garantia dos jurados. Da mesma forma que o Bacharel em Direito, sem aquelas garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, não ingressaria na Magistratura, e se o fizesse, ser-lhe-ia preocupante condenar alguém influente da comarca, também os jurados, que apenas contribuem graciosamente com a administração da Justiça, ser-lhes-ia por demais desastroso proferir uma decisão que contrariasse interesses de políticos, amigos e parentes. Daí a necessidade do sigilo *da* votação, como diz o inciso XXXVIII do art. 5º da Constituição, e não o sigilo *na* votação de que trata o art. 487 do CPP. Deve o Juiz-Presidente explicar aos jurados que mesmo que a votação seja unânime, serão considerados apenas 4 votos (SIM ou NÃO), de sorte que o sigilo *do voto* será respeitado e ninguém saberá quem votou *sim* e quem votou *não*. Ante essa explicação, os jurados se sentem mais soltos, mais libertos, mais tranquilos, para julgar de acordo com a sua íntima convicção, sem qualquer receio de represálias ou inimizades, muito comuns nas comarcas interioranas de todo o Brasil.

Fundamentos jurídicos e pedagógicos do Estado democrático-participativo e da globalização política

Rommel Madeiro de Macedo Carneiro*

1 Introdução

Em acurada análise acerca da globalização econômica, Abili Lázaro Castro de Lima a conceitua como “uma crescente interconexão em vários níveis da vida cotidiana em diversos lugares longínquos do mundo”¹. Trata-se de um processo com forte viés econômico, marcado por uma complexa rede de relações entre empresas, no que se configura uma verdadeira transnacionalização dos mercados.²

No presente artigo, analisar-se-á o influxo exercido pela hodierna globalização econômica — calcada no pensamento neoliberal — sobre o Estado Democrático de Direito consagrado pela Constituição Federal de 1988. Tal análise terá por fio condutor o pensamento juspolítico de Paulo Bonavides, sem se relegarem, por óbvio, as idéias de outros destacados autores acerca do tema. Será, outrossim, estudada a pregação do referido doutrinador em prol do Estado democrático-participativo e da globalização política, instrumentos de resistência à globalização econômica neoliberal.

A primeira parte deste estudo tratará da contraposição entre globalização econômica neoliberal e Estado Democrático de Direito. Partindo de noções introdutórias acerca do Estado-nação e adentrando aos influxos por este sofrido no bojo do referido processo de globalização, serão traçadas as bases para a etapa seguinte deste artigo, na qual se analisará a globalização política como movimento calcado numa concepção participativa de democracia.

Numa terceira parte deste artigo, será abordada a intrínseca relação entre a globalização política e universalidade dos direitos humanos, analisando-se, em

seguida, a essencialidade de uma educação democrática e voltada para o exercício da cidadania nos diversos níveis de participação política (do local ao supranacional).

2 Estado democrático-participativo e globalização política

2.1 O Estado-nação em face da globalização econômica neoliberal

2.1.1 Breve análise da concepção de Estado-nação

Segundo Bonavides, nação não é apenas raça, religião, idioma, sendo conceito, sobretudo, de ordem moral, cultural e psicológica, em que se somam todos estes fatores, “podendo cada um deles entrar ou deixar de entrar em seu teor constitutivo. A nação existirá sempre que tivermos síntese espiritual ou psicológica, concentrando os sobreditos fatores, ainda que falte um ou outro dentre os mesmos”.³

A idéia de Estado-nação, num sentido político, surge justamente quando o “grupo nacional busca seu coroamento no princípio da autodeterminação, organizando-se sob a forma de ordenamento estatal”⁴. O Estado, assim, converte-se numa “organização jurídica da nação”, numa concepção que se desenvolve desde a Revolução Francesa até a atualidade. É, por sinal, no mencionado período revolucionário que emerge a doutrina da “soberania nacional, que postulava a origem de todo o poder na nação, única fonte capaz de legitimar o exercício da autoridade política”.⁵

Como bem expõe Abili Lázaro Castro de Lima:

* Advogado da União e Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

¹ LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e direito – Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 127.

² Neste sentido, consultar: FARIA, José Eduardo Machado de. *O Direito da economia globalizada*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000, passim.

³ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 82.

⁴ *Ibidem*, p. 86.

⁵ *Ibidem*, p. 86.

Tendo como pano de fundo a nação, os Estados passam, sobretudo a partir da Revolução Francesa, a defender os valores, costumes e interesses próprios, não admitindo que sejam objeto de agressão, utilizando a soberania como argumento legitimador para consolidar sua autodeterminação em relação às outras nações. O espaço físico para a proteção será o definido pelos limites do território onde se encontra a nação.⁶

Partindo da concepção de Estado como organização jurídica da nação, chega-se à idéia de soberania estatal. Conforme exara Bonavides, a soberania “expressa o mais alto poder do Estado, a qualidade de poder supremo (*suprema potestas*)”⁷. Pode ser entendida tanto enquanto soberania externa (independência do poder de um Estado frente aos demais), como enquanto soberania interna (império do Estado sobre o seu território e sua população, assim como um poder político estatal superior aos demais poderes sociais, os quais se sujeitam ao império do Estado).

Acerca da concepção soberana de Estado, comenta Bobbio:

Do ponto de vista de uma definição formal e instrumental, condição necessária e suficiente para que exista um Estado é que sobre um determinado território se tenha formado um poder em condição de tomar decisões e emanar os comandos correspondentes, vinculatórios para todos aqueles que vivem naquele território e efetivamente cumpridos pela grande maioria dos destinatários na maior parte dos casos em que a obediência é requisitada. *Sejam quais forem as decisões*⁸ (grifo nosso).

Conforme explicita Dallari, a concepção de Estado Moderno parte justamente da “busca da unidade, que afinal se concretiza com a afirmação de um poder soberano, no sentido de supremo, reconhecido como o mais alto de todos dentro de uma precisa delimitação territorial”⁹.

Neste estudo, adotar-se-á justamente o conceito de Estado como organização jurídica da nação (ou seja, a concepção de Estado-nação), tendo por elementos constitutivos o povo, o território e um poder soberano. Sobre esta concepção de Estado é que se analisarão, a seguir, de forma sucinta, os principais fluxos econômicos, políticos e jurídicos exercidos pela globalização econômica.

2.1.2 A globalização econômica neoliberal e seu influxo sobre o Estado-nação

Segundo observa Bonavides, houve, na história da humanidade, vários processos de globalização. Como exemplos mais notórios, podem-se elencar: os impérios orientais, os povos helênicos, o Império Romano, a expansão do cristianismo (globalização do monoteísmo hebraico) e o colonialismo¹⁰. O que estes processos têm de diferente, tanto entre si, como em relação ao atual processo de globalização, é o modelo de globalização que foi utilizado.

Hodiernamente, observa-se um processo de globalização econômica, calcada na ideologia neoliberal — cujos expoentes, Friedrich Hayek¹¹ e Milton Friedman¹², pregam a redução das funções do Estado, devendo este proteger o livre mercado¹³. Com a transnacionalização da economia, tem sido abalada a existência do Estado-nação, o qual tem seu poder crescentemente tolhido pela influência dos mercados. Conforme acentua Bonavides, a atual globalização tem

⁶ LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e direito* – Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 77-78.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 110.

⁸ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2003, p. 95.

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 60.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do País constitucional ao País neocolonial (a derrubada da Constituição e a reconquista pelo golpe de Estado institucional)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 15.

¹¹ HAYEK, Friedrich August Von. *O Caminho da Servidão*. 2. ed. Trad. Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1977. Nesta obra, o autor consagrou a valorização da liberdade e da concorrência, contrariamente à planificação estatal.

¹² FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. *Liberdade de escolher*. Trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro Record, 1980. Neste livro, defende-se que a liberdade política está condicionada à liberdade econômica, adotando-se uma posição favorável ao comércio internacional, como fator de paz e harmonia, e contrária aos programas de bem-estar, considerados uma tutela estatal sobre os cidadãos.

¹³ Segundo Bonavides, o discurso político neoliberal prega o fim das ideologias e da história. Com o neoliberalismo, as sociedades se contraem nos países em desenvolvimento e o Estado, por omissão, deixa de cumprir o programa social dos direitos fundamentais, não se havendo falar num verdadeiro Estado de Direito. O discurso político neoliberal se mostra, assim, radicalmente contrário às noções de Estado, nação e soberania.

provocado, nos países subdesenvolvidos, a gradativa perda da soberania e da identidade nacional, a recessão econômica, a diminuição do Estado por intermédio de privatizações, enormes desigualdades sociais e um expressivo aumento da dívida externa.

Similar constatação é feita por José Eduardo Faria¹⁴, para quem a transnacionalização dos mercados tem provocado uma desconstitucionalização dos direitos individuais, dos direitos políticos e dos direitos sociais; têm-se, ademais, posto em xeque princípios como soberania, separação dos poderes e coisa julgada, num contexto em que o econômico se sobrepõe ao político e no qual os Estados perdem a autoridade substancial sobre seus territórios, mantendo uma autoridade meramente formal (condicionada aos ditames de um mercado transnacionalizado). Segundo Faria, a hodierna globalização econômica se tem caracterizado pela “crescente diferenciação estrutural e funcional dos sistemas produtivos e pela subsequente ampliação das redes empresariais, comerciais e financeiras em escala mundial, atuando de modo cada vez mais independente dos controles políticos e jurídicos ao nível nacional”.¹⁵

No mesmo sentido, Celso Furtado ressalta que a globalização tem debilitado os sistemas econômicos nacionais, de modo que as atividades estatais tendem a se circunscrever às áreas sociais e culturais. A esfera econômica vem sendo crescentemente dominada pelas empresas internacionalizadas, as quais balizarão o espaço a ser ocupado por atividades de âmbito local e/ou informais. A importância relativa dessas últimas definirá o grau de subdesenvolvimento de cada região: áreas desenvolvidas e subdesenvolvidas estarão assim estruturalmente imbricadas numa compartimentação do espaço político que cristaliza as desigualdades sociais.¹⁶ Neste cenário, as economias latino-americanas

têm sido submetidas a pressões crescentes para desregular seus mercados, o que acarretará efeitos diversos, devido à grande heterogeneidade entre elas.

Boaventura de Sousa Santos, por sua vez, aduz que o atual capitalismo global, na medida em que desestrutura os espaços nacionais de conflito e negociação, acaba por minar a capacidade financeira e reguladora do Estado, fazendo-as ultrapassar os limiares de uma gestão nacional viável.¹⁷ A sobreposição dos interesses do mercado aos interesses do Estado e da comunidade (melhor seria empregar a expressão “sociedade”) é igualmente criticada por Amatai Etzioni, em sua concepção de terceira via¹⁸. Ainda contra esta absoluta liberdade do mercado, insurge-se Amartya Sen, para quem “os abrangentes poderes do mecanismo de mercado têm de ser suplementados com a criação de oportunidades sociais básicas para a equidade e a justiça social”.¹⁹

fundada no consenso social com condições objetivas que poucos países subdesenvolvidos reúnem atualmente. Para Furtado, deter o processo de concentração de renda e de exclusão social é um imperativo para países como Brasil e México, sob pena de as tensões sociais os conduzirem à ingovernabilidade. O aludido autor elenca ainda algumas outras mudanças de maior relevo na configuração do quadro global, ocorridas nos últimos tempos:

- 1) a busca das indústrias estadunidenses por novos mercados, mediante, por exemplo, a zona de livre comércio México-EUA-Canadá (Nafta);
- 2) o surgimento da União Européia;
- 3) o processo de conversão à economia de mercado e de democratização dos países do Leste europeu, que se tem revelado mais traumático do que se cogitava;
- 4) as grandes transformações sofridas pelas nações asiático-orientais, em particular a China, as quais possuem uma grande disciplina social, forte investimento no fator humano e formidáveis reservas de mão-de-obra, tendo um crescente peso nos mercados mundiais. Nesses países, a regulação dos salários tem por base as exigências do mercado internacional.

¹⁴ FÁRIA, José Eduardo Machado de. *O Direito da economia globalizada*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000, passim.

¹⁵ FÁRIA, José Eduardo Machado de. *O Direito da economia globalizada*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 52.

¹⁶ FURTADO, Celso. *O capitalismo global*. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001, passim. Segundo este autor, a estrutura internacional de poder evoluiu para assumir a forma de grandes blocos de nações sedes de empresas transnacionais que dispõem de rico acervo de conhecimentos e de pessoal capacitado. O intercâmbio internacional de serviços, particularmente os financeiros e tecnológicos, cresce em detrimento do de bens tradicionais. Tende a manter-se o dualismo desenvolvimento/subdesenvolvimento, o que requer dos países subdesenvolvidos uma vontade política

¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. In: *Sociedade e Estado em transformação*. PEREIRA, Luiz Carlos; Wilhelm, Jorge; SOLA, Lourdes (organizadores). São Paulo: Editora Unesp; Brasília: Enap, 1999, p. 243-271.

¹⁸ Propondo um equilíbrio entre o governo, o setor privado e a comunidade, afirma Etzioni: “*The good society is a partnership of three sectors – government, private sector, and community. Each one reflects and serves a distinct facet of our humanity. Only by serving all three, rather than fragmenting them or setting one against the other, can we achieve a society that encompasses the whole person, essential for their being treated as ends in themselves*” (ETZIONI, Amatai. *The third way to a good society*. Londres: Redwood books, 2000, p. 41).

¹⁹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 170.

Conforme aduz Bonavides, com a atual globalização neoliberal, os povos dos países subdesenvolvidos têm perdido sua identidade enquanto nação (concebida como uma “síntese espiritual”²⁰), dissipando-se sua soberania. Tal globalização tem, portanto, representado uma verdadeira recolonização dos países subdesenvolvidos, na medida em que se calca no menosprezo ao sentimento nacional, na extirpação das raízes culturais, na materialização dos valores, na submissão dos povos à tirania do lucro das bolsas de valores e na dissolução das resistências espirituais.²¹

Em suma, pode-se dizer que a globalização econômica neoliberal, ao subjugar o Estado ao mercado, ao sobrepor o econômico ao político, tem abalado a tradicional concepção de Estado-nação, provocando severas críticas por parte daqueles que, como Bonavides, consagram o princípio da soberania popular e a primazia dos direitos fundamentais, tão afrontados no atual cenário global.

2.2 O Estado Democrático de Direito frente à globalização econômica neoliberal

Segundo a Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito. Deste modo, percebe-se que a Norma Ápice não consagrou apenas um Estado de Direito, indo além para a este incorporar o princípio democrático.

Para Bonavides, o Estado de Direito não é forma de Estado nem forma de governo. Trata-se, em verdade, “de um *status quo* institucional, que reflete nos cidadãos a confiança depositada sobre os governantes como fiadores e executores das garantias constitucionais, aptos a proteger o homem e a sociedade nos seus direitos e nas suas liberdades fundamentais”.²² Segundo o referido autor, em épocas pretéritas o Estado concedia aos cidadãos direitos fundamentais e se auto-

limitava. Hoje, os direitos fundamentais se expandem e, onde há democracia e Estado de Direito, eles tendem a submeter o Estado ao seu império. Portanto, não há Estado de Direito sem a observância dos direitos fundamentais.

Del Vecchio diferentemente de Kant (para quem o Estado tem por fim exclusivo a custódia do Direito) remete-se à expressão Estado de Direito num sentido diverso, querendo dizer “que o Estado deve operar fundado no Direito e na forma do Direito. Pode e deve o Estado submeter a si qualquer atividade; pode e deve promover universalmente o Bem. Contudo só pode e deve fazê-lo na forma do Direito; e de tal sorte que cada um dos seus atos tenha sempre por fundamento a lei como manifestação da vontade geral”.²³

Segado, por sua vez, entende que o Estado de Direito se assenta sobre um conjunto de valores, sobre uma ordem axiológica determinada, sendo seu elemento nuclear a garantia da liberdade e da segurança individuais. Ele reconhece a consagração da pessoa e de sua dignidade (ou seja, a dignidade da pessoa humana) como o fundamento de toda a ordem jurídica e também princípio vetor supremo do ordenamento jurídico.²⁴

Bonavides adota a concepção de democracia consagrada por Lincoln, como sendo um governo do povo, pelo povo e para o povo. Percebe-se, portanto, que a noção de democracia defendida pelo constitucionalista brasileiro está umbilicalmente ligada à idéia de soberania popular.²⁵ Para ele, a democracia é “o mais valioso dos direitos fundamentais”, na medida em que incorpora os princípios da igualdade e da liberdade, abraçados ao dogma da justiça, constituindo — ao lado do direito à informação e do direito ao pluralismo — um direito fundamental de quarta dimensão²⁶.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 82.

²¹ Idem. *Do País constitucional ao País neocolonial (a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, passim.

²² BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição, a democracia, o federalismo e a crise contemporânea*. 2.ed. Fortaleza: Edições Imprensa Oficial do Ceará, 1987, p. 250.

²³ DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5.ed. Trad. Antônio José Brandão. Coimbra: Armênio Amado - Editor, Sucessor, 1979, p. 500.

²⁴ SEGADO, Francisco Fernandez. *El sistema constitucional español*. Madrid, Dykinson, 1992, p. 114-115.

²⁵ Segundo o mencionado autor, o termo povo, em sua acepção jurídica, “exprime o conjunto de pessoas vinculadas de forma institucional e estável a um determinado ordenamento jurídico” (BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 76).

²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 525.

Ao abordar o Estado Democrático, Segado adota, assim como Bonavides, a concepção de governo democrático consagrada por Lincoln, como sendo governo do povo, pelo povo e para o povo. O cerne desta definição se encontra, para Segado, na expressão “pelo povo”, que designa uma forma democrática de atuação. Outrossim, para que exista um Estado Democrático se fazem necessários: um modo específico e peculiar de se conceber o poder, uma estrutura social e a mesma dinâmica do sistema político, além do que se mostra imperiosa uma democracia enquanto norma, enquanto princípio de convivência.²⁷

Consoante afirma Carlos Britto, trata-se a democracia de um “megaprincípio”, vez que repassa sua materialidade sobre os demais princípios constitucionais, encontrando-se, destarte, na ontologia destes princípios. Com efeito, traduz-se a democracia tanto nos fundamentos da República Federativa do Brasil – insertos no art. 1º da Norma Ápice, como também nas cláusulas pétreas explícitas no art. 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988.²⁸

Para José Afonso da Silva, a Constituição de 1988, ao consagrar um Estado Democrático de Direito, possibilita “concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana”.²⁹ Segundo o mencionado autor, “todas as normas e princípios constitucionais têm uma única direção qual seja a de garantir o primado da dignidade da pessoa humana, que, por seu lado, resume todas as manifestações dos direitos humanos”. A dignidade da pessoa humana “não é apenas princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional”³⁰

A dignidade da pessoa humana é também considerada por Eros Grau como núcleo essencial dos direitos humanos e princípio impositivo, com base no qual se deve dinamizar a ordem econômica traçada pela

Constituição de 1988³¹, caracterizada por um modelo de bem-estar³². Já para Bonavides, o princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta a “totalidade dos direitos humanos positivados como direitos fundamentais no ordenamento jurídico-constitucional”. É o referido princípio “o espírito mesmo da Constituição, feita primordialmente para o homem e não para quem governa”; é ele “o valor dos valores na sociedade democrática e participativa”, consubstanciando “por inteiro o teor axiológico e principiológico dos direitos fundamentais das quatro dimensões”.³³

Neste sentido, conforme demonstra Abili Lázaro Castro de Lima³⁴, com a democratização ocorrida nos séculos XIX e XX, a democracia se tornou fator de legitimação do governo, num cenário em que o nacionalismo emerge conjuntamente com a concepção de Estado-nação. Para Lima, na medida em que o espaço político vai sendo delimitado territorialmente com o

²⁷ SEGADO, Francisco Fernandez. El sistema constitucional español. Madrid, Dykinson, 1992, p. 114-115.

²⁸ BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 183.

²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 124.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. Interpretação da Constituição e democracia. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. *Direito Constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 446.

³¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 179-182. Este autor explana acerca de dois sentidos que pode assumir a expressão “ordem econômica”: a) primeiro significando o conjunto de relações econômicas (“mundo do ser”); b) segundo como sendo uma parcela da ordem jurídica (“mundo do dever-ser”), que é a ordem econômica da qual cogita o autor, representando o conjunto de preceitos que institui determinada ordem econômica. Promovendo uma interpretação principiológica do texto constitucional, conclui Eros Grau que a ordem econômica na Constituição de 1988 define a opção por um sistema econômico, o sistema capitalista.

³² Quanto ao modelo econômico adotado pela Norma Ápice, Eros Grau conclui que não se trata de um modelo acabado – que veicula uma ideologia fechada em si mesma – sendo, por outro lado, um modelo que apresenta apenas pontos de proteção contra modificações externas, conferindo, ao legislador ordinário, um largo campo para a tomada de decisões. Tal modelo é descrito pelo autor como sendo um modelo de bem-estar. Encontra-se no *interesse social* a base de toda a exposição proferida por Eros Grau, conforme ele mesmo aduz expressamente ao final de sua obra. Tal visão se harmoniza com a concepção de um Direito Econômico voltado à satisfação do interesse social. Acerca do modelo de bem-estar, importante consultar: ESPING-ANDERSEN, Gosta. *As três economias políticas do Welfare State*. In: Lua Nova. São Paulo: CEDEC, n. 24, set. 1991, p. 85-116. WITKER, Jorge. *Antologia de estudos sobre Derecho Económico*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, passim. CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito Econômico: aplicação e eficácia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001 passim. CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockman. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, passim.

³³ BONAVIDES, Paulo. *Do País constitucional ao País neocolonial (a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 10.

³⁴ LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e direito – Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, passim.

Estado nacional, advém uma maior participação política e um conseqüente incremento na conquista e defesa dos direitos. Todavia, com a globalização econômica e a conseqüente transnacionalização do espaço político, tem ocorrido a perda de poder do Estado, na medida em que as decisões são tomadas no âmbito internacional, impostas por organismos como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial (BIRD).

Em tal contexto, diminui o poder local (desterritorialização) e os cidadãos se resumem à condição de meros consumidores, esquecidos da vida pública, despidos do sentimento de pertencerem à uma nação — dentro de um espaço territorial — e imersos num processo de grande apatia política. Tem a globalização econômica, assim, implicado uma crise da democracia representativa, atrelada à concepção de Estado-nação e calcada em um espaço de cidadania, nos termos do que também observa José Eduardo Faria³⁵. Matias Pereira, igualmente, constata que a globalização vem ameaçando os próprios processos democráticos, na medida em que tolhe o Estado nacional, no qual a autoridade política e a aplicação das decisões se concretizam.³⁶

Vê-se, portanto, que a globalização econômica neoliberal se tem revelado contrária à concepção de Estado Democrático de Direito consagrada pela Constituição Federal de 1988, na medida em que abala não somente o poder estatal, como também a participação política que, num contexto democrático, deve dar sustentação a esse poder. Desta constatação deriva toda a pregação de Bonavides em prol de um Estado democrático-participativo e de uma globalização política, que será posteriormente tratada neste artigo.

3 A Emergência do Estado democrático-participativo e da globalização política

Para Bonavides, como forma de resistir à globalização econômica neoliberal, mostram-se necessários:

³⁵ FARIA, José Eduardo Machado de. *O Direito da economia globalizada*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000, passim.

³⁶ Para Matias Pereira, no contexto de mudanças provocado pela globalização, “fica evidente a necessidade de uma redefinição em nível mundial das regras que regem o relacionamento internacional, especialmente nas áreas econômica, financeira, política, trabalhista, social e ecológica” (MATIAS PEREIRA, José. *Finanças públicas: a política orçamentária no Brasil*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 25).

a) uma soberania legítima, sob a forma de soberania da Constituição; b) uma democracia popular, sob a forma de uma democracia participativa; c) um verdadeiro Estado de Direito, sob a forma de um Estado de Direito da proteção e da execução dos direitos fundamentais.

Deve-se observar que, bem antes de sua obra *Teoria constitucional da democracia participativa (por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)*, Bonavides já identificava a crise do sistema representativo brasileiro. Tal sistema, a seu ver, tem implicado uma ruptura entre Estado e sociedade, entre o cidadão e seu representante, entre os governantes e os governados, entre legalidade e legitimidade.³⁷

O mencionado autor propõe, assim, a implementação de uma verdadeira democracia participativa (prevista no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal), cuja estrutura organizacional se assenta em quatro princípios cardeais³⁸:

a) *dignidade da pessoa humana*: este é o “espírito da Constituição”, alicerçando a totalidade dos direitos fundamentais;

b) *soberania popular*: fonte de todo poder que legítima a autoridade e que se exerce nos limites consensuais do contrato social;

c) *soberania nacional*: consubstanciada na independência do Estado Brasileiro frente aos demais Estados;

d) *unidade da constituição*³⁹, compreendendo:

³⁷ BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 25.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa (por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 10-12.

³⁹ Acerca deste princípio, exara Luís Roberto Barroso: “O ordenamento jurídico é um sistema, o que pressupõe unidade, equilíbrio e harmonia. Em um sistema, suas diversas partes devem conviver sem confrontos inarredáveis. (...) Na colisão de normas constitucionais, especialmente de princípios — mas também, eventualmente, entre princípios e regras e entre regras e regras — emprega-se a técnica da ponderação. Por força do princípio da unidade inexistente hierarquia entre normas da Constituição, cabendo ao intérprete a busca da harmonização possível, *in concreto*, entre comandos que tutelam valores ou interesses que se contraponham. Conceitos como ponderação e concordância prática são instrumentos de preservação do princípio da unidade, também conhecido como princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 372).

d.1) unidade lógica (formal): manifesta-se através de uma unidade de normas dispostas em sequência hierárquica;

d.2) unidade axiológica (material): manifesta-se por meio de uma unidade material de valores e princípios, que são a essência da constituição.

A adoção de uma democracia participativa implica, portanto: a) um Direito Constitucional de liberdade e luta; b) uma repolitização da legitimidade⁴⁰, a qual não se calca em meras normas, mas em princípios; c) uma nova hermenêutica constitucional, na qual os juízes, legisladores de terceiro grau⁴¹, são a “boca da Constituição” e não a “boca da lei”, são os juízes da legitimidade e não os juízes da legalidade⁴².

A democracia participativa se opera por meio de mecanismos de exercício direto da vontade geral e democrática, vindo a restaurar e repolitizar a legitimidade do sistema⁴³. Acerca da noção de legitimidade, cumpre transcrever a elucidativa explanação de Duverger:

[...] todo poder repousa largamente sobre as crenças. Os governados acreditam que é preciso obedecer, e que é preciso obedecer aos governan-

tes estabelecidos de uma certa forma. A noção de “legitimidade” é assim uma das chaves do problema do poder. Em um dado grupo social, a maior parte dos homens acredita que o poder deve ter uma certa natureza, repousar sobre certos princípios, revestir uma certa forma, fundar-se sobre uma certa origem; é legítimo o poder que corresponde a essa crença dominante. A legitimidade, tal como a entendemos, é uma noção sociológica, essencialmente relativa e contingente. Não existe uma legitimidade, mas várias legitimidades, segundo os grupos sociais, os países, as épocas, etc.⁴⁴

Assim, como aduz Duverger, “o poder legítimo não tem necessidade de força para se fazer obedecer. A força só intervém nos casos-limites [...]. Se a legitimidade é sólida, o poder pode ser suave e moderado”.⁴⁵

Como saída para um quadro em que impera uma democracia tão-somente formal, Bonavides propõe uma democracia direta, a qual não possui os mesmos contornos daquela que se fazia presente na Grécia. Trata-se, em verdade de uma democracia na qual o essencial é que:

[...] o povo tenha ao seu imediato dispor, para o desempenho de uma desembaraçada e efetiva e soberana participação, os instrumentos de controle dessa participação, sem o que ela poderá ser sempre ilusória, e o é nas chamadas democracias representativas do Terceiro Mundo, onde representam o biombo atrás do qual se ocultam as mais opressivas ditaduras sociais de confisco da liberdade humana.⁴⁶

Deste modo, para Bonavides, não basta a mera adoção de um sistema democrático, devendo-se, também, dinamizar a democracia por meio dos mecanismos de participação popular. Como bem aduz esse doutrinador:

A participação é o lado dinâmico da democracia, a vontade atuante que, difusa ou organizada, conduz no pluralismo o processo político à racionalização, produz o consenso e permite concretizar,

⁴⁰ Bonavides atrela a legitimidade ao direito natural, ao poder constituinte e à soberania, crendo que a legitimidade deve ser analisada à luz de uma reflexão filosófica e sociológica. Para o referido autor, a legitimidade é inseparável da ideologia. Deste modo, “a legitimidade enquanto crença ou valor fundamental de sustentação do poder com base no consenso dos governados é conceito histórico, aberto, de conteúdo variável, dotado sempre de crucial atualização”. Segundo Bonavides, “a legitimidade, considerada pura legalidade ou pura aplicação procedimental, conforme deflui respectivamente do decisionismo de Schmitt ou do formalismo processualista de Luhmann, seria incompatível com a concretização de uma ordem jurídica democrática, aberta, pluralista, atada a uma tábua consensual de valores, com variações alternativas ao exercício do poder por formações dispostas ao compromisso, ao respeito mútuo, à preservação da identidade do regime” (BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 31-49).

⁴¹ Observe-se que, segundo Bonavides, o constituinte é o legislador de primeiro grau, e o legislador ordinário é o legislador de segundo grau.

⁴² BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa (por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 21-22. Nesta obra, Bonavides prega uma atuação mais democrática do Poder Judiciário, desgarrada da dogmática jurídica tradicional, segundo a qual o juiz é um mero aplicador das leis. O referido autor defende uma atuação do Judiciário calcada num “legitimismo principiológico e material, onde o direito vivo, se a realidade e os princípios falarem mais alto, decreta sua prevalência sobre a regra oxidada do direito vigente de vestes formais”.

⁴³ Ibidem, p. 22.

⁴⁴ DUVERGER, Maurice. *Ciência Política - teoria e método*. Trad. Heloisa de Castro Lima. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976, p. 15.

⁴⁵ DUVERGER, Maurice. *Ciência Política - teoria e método*. Trad. Heloisa de Castro Lima. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976, p. 15.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Os poderes desarmados - À margem da Ciência Política, do Direito Constitucional e da História - Figuras do passado e do presente*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 27.

com legitimidade, uma política de superação e pacificação de conflitos. A participação é o diálogo do cidadão com o Poder, da Sociedade com o Estado, do homem com sua categoria política e social, contribuindo, direta ou indiretamente, para a formação da vontade governativa. Onde há participação e liberdade, há responsabilidade, há democracia. A participação é direito e dever, colaboração e solidariedade, sufrágio e representação.⁴⁷

Prega Bonavides, assim, um Estado democrático-participativo, dotado de efetiva legitimidade, no qual existam harmonia e equilíbrio entre os poderes, o Poder Judiciário venha a ser um democrático instrumento de defesa da Constituição e o povo chegue ao poder, “a sociedade à regeneração e o Estado e a Nação, abraçados com a cidadania, à execução e observância do contrato social”.⁴⁸ Tal Estado consagrará os princípios da liberdade⁴⁹ e da igualdade, com vistas à efetivação do valor supremo sobre o qual se assenta a Constituição: a dignidade da pessoa humana.

Bonavides enxerga no Estado democrático-participativo, portanto, um meio de consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana, uma forma de repolitizar o conceito de legitimidade, tão olvidado nestes tempos em que a lógica dos mercados se sobrepõe à vontade popular. Ao contrário da apatia, o legítimo exercício da vontade popular; ao contrário da sobreposição do Poder Executivo — cooptado pelos grupos dominantes — sobre os demais Poderes, observa-se o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes; ao contrário de um Estado fraco e sujeito aos ditames do mercado internacional, emerge, com a democracia participativa, um Estado que é o próprio povo organizado e soberano.

Com a democracia participativa, reforçam-se as instituições. Tal reforço tem sua origem no mais legítimo instrumento de que uma democracia dispõe: o livre exercício da vontade popular. E aqui Bonavides não deseja uma vontade sujeita aos desvios existentes no sistema representativo, mas sim uma vontade que

ecoe de forma direta, base de um Estado democrático-participativo que “libertará povos da periferia, transformando-se em trincheira de sobrevivência, desafio e oposição às infiltrações letais da diátese globalizadora que mina o organismo das sociedades” dos países subdesenvolvidos.⁵⁰

Vê-se, pois, que Bonavides, embora partindo da realidade brasileira, formulou um pensamento acerca do Estado democrático-participativo que se aplica aos demais povos dos países subdesenvolvidos, os quais, cada qual a seu modo, vêm sofrendo os influxos do processo de globalização econômica neoliberal. Ao pregar o Estado democrático-participativo, o referido autor busca avançar um passo além na evolução dos direitos fundamentais, efetivando uma democracia realmente participativa e conduzindo, legitimamente, à supremacia dos princípios constitucionais. Como contraponto à supremacia dos mercados sobre o Estado, propõe-se a legitimação do Estado pelo exercício da soberania popular, repolitizando a legitimidade e fazendo emergir um Direito Constitucional de luta e resistência, bem como uma nova hermenêutica constitucional.

Indo além na sua humanística e libertária luta pela efetivação dos direitos fundamentais, Bonavides chega mesmo a pregar uma globalização política que se contraponha à globalização econômica (calcada na “perpetuidade do *status quo* de dominação”). Resistindo à globalização econômica, esta globalização política se assentará na teoria dos direitos fundamentais. Com efeito, “globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. Só assim auferir humanização e legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir”.⁵¹

Pode-se, em suma, afirmar que o pensamento de Bonavides — assentado que está na teoria dos direitos fundamentais e na soberania popular — projeta-se contra os abalos sofridos pelo Estado de Direito e pela democracia neste cenário de globalização econômica. Tendo a politização como maior arma, Bonavides resiste aos maléficos efeitos dessa globalização (em verdade,

⁴⁷ Idem. *Política e Constituição: os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 509-510.

⁴⁸ Idem. *Teoria constitucional da democracia participativa (por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 23.

⁴⁹ Um importante ensaio acerca da “liberdade”, encontramos em: MILL, John Stuart. *A liberdade; utilitarismo*. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa (por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 20.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 524.

“recolonização”). O caminho para fugir a esta situação de dominação do povo, que não se resume apenas ao Brasil, é enxergando pelo referido doutrinador no Estado democrático-participativo e na globalização política, os quais ressoam como inequívocos instrumentos de repolitização, num cenário marcado pelo império do econômico sobre o político.

4 Globalização política e universalidade dos direitos humanos

Ao discorrer acerca da globalização, Carlos Alberto Torres demonstra que tal expressão assume diversas “formas”, cumprindo destacar, por serem mais pertinentes a este estudo, as seguintes:

Uma *primeira forma de globalização*, vista no geral como “globalização de cima”, está enquadrada por uma ideologia que *descrevemos como neoliberal*.

[...]

Uma *segunda forma de globalização representa a antítese da primeira*. Esta forma de globalização é normalmente descrita como *globalização de baixo* ou *antiglobalização*, designação que consideramos errônea dado que, de um modo geral, os distintos grupos e movimentos dirigidos a desafiar versões neoliberais da globalização não se opõem a uma maior integração. A *globalização de baixo* manifesta-se sobretudo na presença dos indivíduos, instituições e movimentos sociais ativamente opostos aquilo que é percebido como *globalismo corporativo*. Para estes indivíduos e grupos, o lema é: “não há globalização sem representação”. Nos distintos Institutos Paulo Freire decidimos impulsionar a noção de *planetarização* para designar este modelo de integração planetária que não está sob o controle das corporações, mas dos cidadãos do mundo.

[...]

Uma *quarta manifestação da globalização* que emerge da crescente integração internacional e que responde mais aos direitos das pessoas que aos mercados é a *globalização dos direitos humanos*. Com a crescente ideologia dos direitos humanos que se apoderam do sistema e da lei internacional, muitas práticas tradicionais endêmicas ao tecido das sociedades particulares ou às culturas (desde as práticas religiosas até às práticas esotéricas) estão a ser questionadas, desafiadas, esquecidas, ou até mesmo proibidas. A ascensão das democracias cos-

mopolitas e a cidadania plural é o tema desta versão da globalização⁵² (grifo nosso).

A globalização política de que fala Paulo Bonavides, além de calcar-se na evolução dos direitos humanos e em seu caráter universal, é também um contraponto à globalização econômica neoliberal. Tal noção, portanto, concilia os elementos que constituem tanto a “globalização de baixo” como a “globalização dos direitos humanos” às quais se refere Carlos Alberto Torres.

Como bem demonstra Fábio Konder Comparato⁵³, a evolução dos direitos humanos, a partir de 1945, foi marcada por importantes instrumentos, dos quais se destacam a Declaração Universal de Direitos Humanos (de 10 de dezembro de 1948) e a Convenção Internacional sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (aprovada em 09 de dezembro de 1948 no quadro da Organização das Nações Unidas). Trata-se de verdadeiros marcos inaugurais de um período histórico caracterizado pela internacionalização dos direitos humanos. Além dos direitos individuais (de natureza civil e política) e dos direitos econômicos e sociais, novas espécies de direitos humanos passaram a ser consideradas, tais como os direitos dos povos e os direitos da humanidade.⁵⁴

Comparato foge à concepção positivista de que não há direito fora da organização estatal, ou do concerto de Estados no plano internacional.⁵⁵ Para o referido autor, deve-se encontrar um fundamento para a vigência dos direitos humanos além da organização estatal, fundamento este que “só pode ser a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos

⁵² TORRES, Carlos Alberto. *Globalização, cidadania multicultural e política*. Disponível em: <<http://www.isecure.com.br/anpae/61.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2008.

⁵³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁵⁴ Como direitos reconhecidos neste novo período histórico, Comparato aponta os direitos à preservação de sítios e monumentos, considerados parte integrante do patrimônio mundial (Convenção relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972), à comunhão nas riquezas minerais do subsolo marinho (Convenção sobre o Direito do Mar, de 1982) e à preservação do equilíbrio ecológico do planeta (Convenção sobre a Diversidade Biológica, de 1992).

⁵⁵ Cf. Kelsen, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais”.⁵⁶ Entende Comparato que:

Surge agora à vista o termo final do longo processo de unificação da humanidade. E, com isso, abre-se a última grande encruzilhada da evolução histórica: ou a humanidade cederá à pressão conjugada da força militar e do poderio econômico-financeiro, fazendo prevalecer uma coesão puramente técnica entre os diferentes povos e Estados, ou construiremos enfim a civilização da cidadania mundial, com o respeito integral aos direitos humanos, segundo o princípio da solidariedade ética.⁵⁷

Trata-se da “cidadania universal, da qual emanam direitos e garantias internacionalmente assegurados”, no dizer de Flávia Piovesan.⁵⁸ O ser humano deixa de ser objeto para se tornar sujeito de direito internacional (posição antes ocupada apenas pelos Estados). Como bem demonstra tal doutrina, no caso de conflito entre regras internacionais e internas no campo dos direitos humanos, há uma tendência atual de fazer prevalecer aquela mais favorável ao sujeito de direito, vez que a proteção da dignidade da pessoa humana é o fim último e a razão de ser de todo o ordenamento jurídico.

No Brasil, um importante passo no sentido de proporcionar uma mais eficaz proteção aos direitos humanos, reconhecendo-lhes o caráter internacional, foi o advento da Emenda Constitucional 45, de 2004, a qual incluiu os seguintes parágrafos no art. 5º da Constituição de 1988:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.⁵⁹

⁵⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 59.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 57.

⁵⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. XXIV.

⁵⁹ Com o advento do transcrito § 3º do art. 5º, Flávia Piovesan adota o entendimento de que surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais (é a regra válida para todos os tratados desta natureza), que são suscetíveis de denúncia por parte do Estado; b) os material e formalmente constitucionais (aqueles equivalentes às emendas constitucionais, aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.⁶⁰

Vê-se, portanto, que a Constituição Brasileira, embora já reconhecesse, em seu art. 5º, § 2º, os direitos e garantias expressos em tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja parte, passou também a prever o *status formalmente* constitucional dos tratados aprovados, pelo Congresso Nacional, com *quorum* similar ao das emendas constitucionais.

Destarte, ao prever a sujeição do Brasil ao Tribunal Penal internacional, a Carta Magna dá um passo além no reconhecimento do caráter universal dos direitos humanos, cuja proteção deve ser assegurada da forma mais eficaz, em nível supranacional.

Em tal cenário, percebe-se o quão premente é a adoção de mecanismos efetivos de democracia participativa no Brasil, a fim de que o povo possa diretamente tomar as mais relevantes decisões políticas. Não se pode pretender que a universalidade dos direitos humanos seja uma realidade sentida por todos os cidadãos se a estes sequer é garantida uma maior participação na vida política de seu próprio País. Tal participação é condição inafastável para que haja uma verdadeira cidadania universal, na qual os seres humanos se respeitem mutuamente num espaço de convivência calcado nos direitos humanos, vez que de nada adianta pretender uma participação ativa do cidadão

dos votos dos respectivos membros), que não são suscetíveis de denúncia (PIOVESAN, Flávia. *Reforma do Judiciário e direitos humanos*. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 72-73).

⁶⁰ O Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional (TPI), foi ratificado pelo Brasil em 20/06/2002. Não cabe ao Estado brasileiro afastar a jurisdição do TPI. O Estatuto de Roma se mostra consoante com o ordenamento jurídico interno brasileiro por ao menos três razões, elencadas por Flávia Piovesan: a) por adotar regras de direito material em parte já reconhecidas em outros tratados internacionais ratificados pelo Brasil (como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, dentre outros); b) o Estatuto dispõe acerca de um mecanismo internacional de proteção a direitos humanos que não é em todo diferente daquele previsto para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual já teve sua jurisdição reconhecida pelo Brasil; c) a Constituição de 1988, no art. 7º do ADCT, deixa claro que o Brasil envidará esforços no sentido de se criar um tribunal internacional de direitos humanos (PIOVESAN, Flávia. *Reforma do Judiciário e direitos humanos*. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 76-77).

em escalada global se a este é negada a definição dos rumos do próprio local em que vive.

É preciso dotar de efetividade os conceitos ora analisados, algo apenas possível na medida em que a democracia deixe de ser vista como abstração e passe a ser encarada como uma *praxe*; é preciso que a democracia seja *praticada no cotidiano* dos indivíduos, constituindo um *hábito* na vida de todos e de todas, e não apenas um ideal; é preciso, numa visão interdisciplinar, que os juristas se conscientizem de que é chegada a hora de conferir um novo enfoque à abordagem da democracia, menos preocupado com seu acabamento teórico (já tão desenvolvido ao longo dos séculos) e mais voltado ao estudo das *condições necessárias à sua efetividade*.

De nada adianta pretender que as pessoas de comportem de forma democrática se a democracia não se encontra em suas consciências e não permeia seus ideais. E qual é o mais importante mecanismo de que dispõe a humanidade na formação de consciências e na propagação de ideais? De que modo os mais caros valores humanos são verdadeiramente assimilados? Como uma geração, pretendendo ver uma mais democrática realidade no futuro e uma efetiva integração entre os povos (mediante a globalização política), pode pretender que as gerações futuras concretizem tal ideal?

A resposta às indagações acima é encontrada na educação, mais eficaz meio de *difusão* e de *construção* de valores humanos. No capítulo que segue, será analisada a fundamental importância de um processo educacional democrático para a efetivação da democracia participativa e para o alcance de uma globalização verdadeiramente política.

5 Educação democrática – o caminho para a globalização política

Traçadas todas as considerações acima, deve-se frisar que de nada vale pregar a participação do indivíduo nas mais relevantes decisões políticas — mediante instrumentos de democracia direta — se tal participação não é fomentada pelos métodos educacionais, os quais devem construir o conhecimento por meio de relações dialéticas e não unilaterais.

Na complexa realidade global contemporânea, não se pode olvidar a importância do processo educa-

cional em toda e qualquer teoria que vise ao desenvolvimento humano. Assim, doutrinas em prol da democracia participativa e de uma globalização de caráter humanístico e democrático (que se contraponha à globalização neoliberal) não podem relegar a importância da educação, sob pena de se tornarem discursos sem efetividade. Em tal contexto, o pensamento de Paulo Freire ganha relevo, tendo em vista sua pregação no sentido de que a ação do educador:

[...] identificando-se, desde logo, com a dos educandos, deve orientar-se no sentido da humanização de ambos. Do pensar autêntico e não no sentido da doação, da entrega do saber. Sua ação deve ser infundida na *profunda crença nos homens*. Crença no seu poder criador.

Isto tudo exige dele que seja companheiro dos educandos, em suas relações com estes⁶¹ (grifo nosso).

Neste cenário de profundas mudanças, a educação que conduz à democracia participativa e à globalização política deve ser assentada na liberdade, no diálogo, num aprendizado recíproco entre docentes e alunos, representando a harmonização entre a sede de mudanças das novas gerações e o conhecimento intelectual dos educadores. Verdadeira educação sem diálogo não há, e é do entendimento conjunto, do encontro de idéias e do respeito à divergência de opiniões que surge a verdadeira democracia. É deste processo que emergem os valores que formarão a dimensão axiológica do Direito, aqui encarado da forma tridimensional tão bem desenvolvida por Miguel Reale.⁶²

A máxima de Voltaire segundo a qual “posso até não concordar com nenhuma das palavras que dizes, mas defenderei até a morte teu direito de dizê-las” — frase esta que é símbolo da liberdade iluminista — é diariamente renegada pelo formalismo do ensino aplicado, na medida em que se relega a inteligência e a cognição do aluno a segundo plano. Por mais fundamentadas que sejam as palavras do docente e por mais democráticas que sejam as lições proferidas, esbarram estas no silêncio de quem apenas ouve, retirada que lhe foi a voz. Assim, num contexto que se diz democrático mas que não adota a democracia nos métodos de ensi-

⁶¹ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p. 62.

⁶² REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1968.

no, observa-se um paradoxo entre a liberdade na teoria e o autoritarismo na prática. O processo educacional, em vez de proporcionar o surgimento de novas idéias, torna-se sinônimo de continuísmo.

Para a emersão de uma verdadeira democracia participativa, deve-se ter em mente que não há leis sem homens que as formulem, não há prática que se firme sem idéias, não há fins sem princípios, não há oposição sem causa. A democracia não deve ser interpretada de forma legalista, espelhada na crença da norma como motor social. A força-motriz é, por outro lado, a participação popular, a qual somente será efetiva e transformadora na medida em que os componentes do grupo social tenham uma visão ativa de sua cidadania, enxergando-se como verdadeiros motores do desenvolvimento da sociedade e não como meros sujeitos passivos frente à ação estatal e dos grupos privados.

Assim, ao falar da educação para a cidadania num mundo globalizado, Dina Lida Kinoshita expõe uma gama de novas idéias e valores que põem em xeque conceitos tradicionais e que demonstram a inequívoca importância do processo educacional na contemporaneidade:

Observa-se, em muitas partes do mundo, uma busca de novos valores, novas visões e novos princípios de vida que vão se conformando nesse novo paradigma que pode ser caracterizado por:

- um reconhecimento crescente da integridade e interdependência de todos os aspectos da realidade e da experiência;
- esforços no sentido de um desenvolvimento em consonância com os princípios ecológicos e limites ambientais;
- uma nova solidariedade com o abandono de abordagens baseadas na cobiça ou escassez em favor de elementos que levem em conta a suficiência de recursos e a preocupação com o outro;
- uma globalização da consciência e das comunicações através do desenvolvimento de redes de comunicações;
- uma descentralização do poder e novos modos de auto-organização de comunidades, que exige a revitalização da sociedade civil e instituições globais adequadas ao novo paradigma;
- substituição de um modelo de competição e confronto desenfreados por um regido pela cooperação e a parceria em todas as esferas da vida sócio-econômica e política;

– um despertar da espiritualidade e da consciência.⁶³

Para que o povo possa se inserir num verdadeiro processo de globalização política, calcado numa cidadania exercida em nível planetário (ou global, ou mundial, conforme a terminologia adotada por cada doutrinador), é necessário que haja, primeiramente, condições para o pleno exercício da cidadania no próprio Brasil. Neste sentido, sintomáticas são as palavras de Moacir Gadotti:

De toda maneira, diante deste cenário incerto, podemos apostar que a mundialização é mais provável do que a fragmentação, pois ela se configura como a tendência mais forte. Mas continua sendo a mesma aposta de tantos do passado. A diferença é que agora ela está sendo possibilitada pela tecnologia, embora acessível ainda a muito poucos. “A história é possibilidade e não fatalidade”, costumava nos dizer Paulo Freire.

À primeira vista parece que hoje a cidadania, a tecnologia e a globalização estão caminhando juntas. Contudo, precisamos distingui-las, analisando seus limites e possibilidades. Daí a nossa preocupação pedagógica em colocar aqui algumas questões finais para a reflexão:

1ª *Como construir uma cidadania planetária num país globalizado onde sequer foi ainda construída a cidadania nacional?* Essa não é apenas uma pergunta que deve ser dirigida aos educadores, mas também aos políticos, aos comunicadores etc.⁶⁴ (grifo nosso)

Neste contexto, elucidativas de mostram as palavras de Maria Victoria Benevides em defesa de uma educação para cidadania na democracia contemporânea:

Três elementos são indispensáveis e interdependentes para a compreensão da educação para a cidadania, ou para a democracia:

1. *a formação intelectual e a informação* - da antiguidade clássica aos nossos dias trata-se do desenvolvimento da capacidade de conhecer para melhor escolher. Para formar o cidadão é preciso

⁶³ KINOSHITA, Dina Lida. *Educação para a cidadania em um mundo globalizado*. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/iea/tematicas/educacao/basica/conceitosvalores/kinoshitaeducacaoparaacidania.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2008.

⁶⁴ GADOTTI, Moacir. *Cidadania planetária: pontos para reflexão*. Disponível em: <http://www.paulofreire.org/twiki/pub/Institucional/MoacirGadottiArtigoslt0040/Cidadania_Planetaria_1998.pdf>. Acesso em: 08 set. 2008.

começar por informá-lo e introduzi-lo às diferentes áreas do conhecimento, inclusive através da literatura e das artes em geral. A falta, ou insuficiência de informação reforça as desigualdades, fomenta injustiças e pode levar a uma verdadeira segregação. No Brasil, aqueles que não têm acesso ao ensino, à informação e às diversas expressões da cultura *lato sensu*, são, justamente, os mais marginalizados e “excluídos”. O direito à educação fundamental é um direito humano inalienável, de responsabilidade do Estado.

2. *a educação moral*, vinculada a uma didática dos valores republicanos e democráticos, que não se aprendem intelectualmente apenas, mas, sobretudo pela consciência ética, *que é formada tanto de sentimento quanto de razão*; é a conquista de corações e mentes.

3. *a educação do comportamento*, desde a escola primária, no sentido de enraizar hábitos de *tolerância* diante do diferente ou divergente, assim como o aprendizado da cooperação ativa e da subordinação do interesse pessoal ou de grupo ao interesse geral, ao *bem comum*. Sem participação dos interessados no estabelecimento de metas e em sua execução, como já afirmava Dewey, não existe possibilidade alguma de bem comum.

De maneira resumida, a educação do cidadão, na concepção democrática, exige conhecimentos básicos da vida social e uma correspondente formação ética.⁶⁵

Segundo Maria Victoria Benevides, tal educação para a cidadania (ou para a democracia) se deve assentar em: a) valores republicanos, englobando o respeito às leis e ao bem público (acima do interesse privado), bem como o sentido de responsabilidade no exercício do poder; b) valores democráticos, envolvendo o reconhecimento da igualdade, o respeito integral aos direitos humanos e o acatamento da vontade da maioria legitimamente formada (respeitados, por óbvio, os direitos das minorias). Destacam-se, em tal pregação, os seguintes valores: liberdade, igualdade e solidariedade.

A efetividade das normas que tratam dos direitos humanos, cujo caráter universal se tem firmado ao longo de sucessivos tratados internacionais, depende, fundamentalmente, de um processo educacional de natureza humanista, calcado na dignidade da pessoa

humana. Não é por outra razão que o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, é claro ao exaltar a importância da educação no sentido de promover o respeito aos direitos e liberdades nela previstos.

6 Conclusão

A globalização econômica tem colocado em xeque concepções jurídicas tradicionais, como bem observa José Eduardo Faria⁶⁶, exigindo assim uma redefinição dos conceitos, premissas e categorias tradicionais do pensamento jurídico.

Partindo da constatação de que a globalização econômica neoliberal tem afrontado a democracia e o Estado de Direito não somente no Brasil, Paulo Bonavides crê que se faz necessária a efetivação de um Estado democrático-participativo. Somente por meio do exercício da democracia participativa, o povo poderá recuperar sua soberania e resgatar a supremacia constitucional, do que emergirá um Estado de Direito revigorado, cuja legitimidade se assenta no princípio democrático, combatendo as mazelas ocasionadas pela referida globalização.

A globalização neoliberal, submetendo o político ao econômico, tolhe o poder estatal e diminui a participação popular. Neste cenário, em que o econômico se sobrepõe ao político, o que faz então Bonavides? Calcado numa longa evolução dos direitos fundamentais, em cuja última dimensão se encontra o direito à democracia, o referido doutrinador desenvolve toda uma pregação em prol de uma repolitização. É com base nisso que prega um Estado democrático-participativo; é com esse espírito que busca humanizar e legitimar

⁶⁵ BENEVIDES, Maria Victoria. Educação para a cidadania na democracia contemporânea. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/iea/tematicas/educacao/basica/conceitosvalores/benevideseducacaocidadania.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2008.

⁶⁶ FARIA, José Eduardo Machado de. *O Direito da economia globalizada*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000, passim. Segundo Faria, a globalização econômica tem levado à erosão do monismo jurídico para dar lugar a um pluralismo, exigindo assim uma redefinição dos conceitos, premissas e categorias tradicionais do pensamento jurídico. Partindo do conceito de paradigma adotado por Kuhn, José Eduardo Faria observa a exaustão do paradigma da dogmática jurídica frente à atual globalização econômica. Diante desta realidade, o referido autor comenta as instituições, regulações e culturas jurídicas surgidas com a globalização. Dentre as linhas que apontam caminhos para o Direito, na perspectiva de interação entre sistemas autorregulados ou cadeias produtivas autônomas, destacam-se os comentários desse autor acerca: a) do “direito reflexivo” e da “democracia organizacional”; b) do “direito social”.

7 Referências

o conceito de globalização, contrapondo-se aos maléficis efeitos da globalização econômica e propondo uma globalização política. Eis, em suma, a revigorada crença de que “todo poder emana do povo”, estampada numa inovadora concepção de Estado (o Estado democrático-participativo) e numa verdadeira universalização dos direitos fundamentais (insita à globalização política).

Todavia, inócua se mostra uma democracia que resida apenas nos diplomas normativos internos e nos tratados internacionais. Inócua uma globalização política situada apenas nos anseios legítimos dos que desejam uma cidadania em escala global, amparada na universalidade dos direitos humanos.

Não há como dotar de efetividade a democracia se esta não se revela nos métodos de ensino, se não é observada na realidade de quem educa, se não é despertada desde os primeiros anos de vida. Daí a pregação de Paulo Freire no sentido de que se faz necessário plantar a semente da educação para, no futuro, colher os frutos da cidadania.⁶⁷ Deve-se, portanto, compreender a educação como prática da liberdade e da igualdade inseridas num contexto dialógico, para que o Direito, sob o prisma normativo, não seja apenas princípio de uma democracia inerte, mas fruto de uma contínua democratização das relações sociais. Somente assim se concretizarão os ideais há tanto exaltados por filósofos como Ihering, para quem “não só o homem letrado, como também o homem do povo deveria ter oportunidade de perceber o que ambos, Estado e Direito, fazem por cada um”.⁶⁸

⁶⁷ Cf. FREIRE, Paulo. *Ação cultural para a liberdade e outros escritos*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

_____. *A importância do ato de ler: em três artigos que se complementam*. São Paulo: Cortez, 1987.

_____. *Cartas a Guiné-Bissau*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

_____. *Pedagogia da autonomia – saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

_____. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

_____. *Política e educação*. São Paulo: Cortez, 1993.

FREIRE, Paulo, GUIMARÃES, Sérgio. *Sobre educação* (diálogos). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

⁶⁸ IHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, v. 1, p. 297.

BENEVIDES, Maria Victoria. Educação para a cidadania na democracia contemporânea. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/iea/tematicas/educacao/basica/conceitosvalores/benevideseducacaocidadania.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Constituinte e Constituição, a democracia, o federalismo e a crise contemporânea*. 2. ed. Fortaleza: Edições Imprensa Oficial do Ceará, 1987.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Do País constitucional ao País neocolonial (a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros.

_____. Interpretação da Constituição e democracia. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. *Direito Constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. *Os poderes desarmados - À margem da Ciência Política, do Direito Constitucional e da História - Figuras do passado e do presente*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Política e Constituição: os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa (por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 20.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito Econômico: aplicação e eficácia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001

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

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockman. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Tratados internacionais na Emenda Constitucional 45. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005.

- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5.ed. Trad. Antônio José Brandão. Coimbra: Armênio Amado - Editor, Sucessor, 1979.
- DUVERGER, Maurice. *Ciência Política - teoria e método*. Trad. Heloisa de Castro Lima. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.
- ESPING-ANDERSEN, Gosta. *As três economias políticas do Welfare State*. In: Lua Nova. São Paulo: CEDEC, n. 24, set. 1991.
- ETZIONI, Amatai. *The third way to a good society*. Londres: Redwood books, 2000.
- FARIA, José Eduardo Machado de. *O Direito da economia globalizada*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FREIRE, Paulo. *Ação cultural para a liberdade e outros escritos*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
- _____. *A importância do ato de ler: em três artigos que se complementam*. São Paulo: Cortez, 1987.
- _____. *Cartas a Guiné-Bissau*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.
- _____. *Pedagogia da autonomia – saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- _____. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.
- _____. *Política e educação*. São Paulo: Cortez, 1993.
- FREIRE, Paulo, GUIMARÃES, Sérgio. *Sobre educação (diálogos)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. *Liberdade de escolher*. Trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro Record, 1980.
- FURTADO, Celso. *O capitalismo global*. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- GADOTTI, Moacir. *Cidadania planetária: pontos para reflexão*. Disponível em: <http://www.paulofreire.org/twiki/pub/Institucional/MoacirGadottiArtigosIt0040/Cidadania_Plenataria_1998.pdf>. Acesso em: 08 set. 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- HAYEK, Friedrich August Von. *O Caminho da Servidão*. 2. ed. Trad. Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1977.
- HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 69.
- IHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979. v. 1.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KINOSHITA, Dina Lida. *Educação para a cidadania em um mundo globalizado*. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/iea/tematicas/educacao/basica/conceitosvalores/kinoshitaeducacaoparaacidadania.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2008.
- LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e direito – Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- MATIAS PEREIRA, José. *Finanças públicas: a política orçamentária no Brasil*. São Paulo: Atlas, 1999.
- MILL, John Stuart. *A liberdade; utilitarismo*. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. Reforma do Judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. In: *Sociedade e Estado em transformação*. PEREIRA, Luiz Carlos; Wilhelm, Jorge; SOLA, Lourdes (organizadores). São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, 1999.
- SEGADO, Francisco Fernandez. *El sistema constitucional español*. Madrid, Dykinson, 1992.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TORRES, Carlos Alberto. *Globalização, cidadania multicultural e política*. Disponível em: <<http://www.isecure.com.br/anpae/61.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2008.
- WITKER, Jorge. *Antología de estudios sobre Derecho Económico*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978.

A efetivação de servidores precariamente empossados *sub judice* em cargos de provimento efetivo à luz da Constituição Federal

Antonio Carlos Alencar Carvalho*

Palavras-chave: Efetivação de servidores *sub judice* em cargos de provimento efetivo. Teoria do fato consumado. Inaplicabilidade. Natureza precária da investidura, determinada por ordem judicial provisória, passível de cassação ou revogação. Princípio constitucional da ampla acessibilidade aos cargos públicos. Exigência de concurso público para provimento de cargos em caráter permanente.

Resumo: O artigo procura demonstrar que a Administração Pública não pode efetivar candidatos não aprovados em todas as etapas e provas de concurso público específico, que apenas foram nomeados em cargo público de provimento efetivo por força de decisões judiciais provisórias, mais tarde cassadas ou revogadas. A permanência no serviço público depende do êxito dos demandantes nos processos judiciais em que discutem a reprovação no certame concursal. A investidura permanente de candidatos sucumbentes nas causas judiciais não pode ser realizada por força da teoria do fato consumado, sob pena de violação ao princípio constitucional do concurso público.

1. Introdução

A questão sobre a qual se ocupa este artigo é a recorrente situação de candidatos de concurso público, reprovados em uma ou mais provas ou etapas do procedimento seletivo, que obtêm provimento judicial provisório para nomeação e posse precária no cargo público e que, posteriormente, com a cassação ou revogação da ordem judiciária anterior, se recusam a deixar o serviço público, tentando invocar, em seu socorro, a teoria do fato consumado como forma de legitimar uma inconstitucional “efetivação” no posto de provimento efetivo sem o lastro de aprovação em certame concursal público.

* Procurador do Distrito Federal, Procurador-Chefe da Procuradoria de Pessoal da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, especialista em Direito Público e Advocacia Pública pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP.

2. Não cabimento da teoria do fato consumado no caso

A teoria do fato consumado foi concebida pela doutrina, sendo endossada pela jurisprudência, com vistas a justificar, em hipóteses excepcionais, a manutenção dos efeitos de atos administrativos inválidos em consideração à justa e à legítima expectativa dos administrados, tendo como fundamento o princípio da segurança jurídica.

A teoria do fato consumado visa a preservar situação ilegal consolidada no tempo, em consideração à justa e à legítima expectativa dos administrados, o que não se afigura, contudo, nas hipóteses em que candidatos participaram de concurso público e tomaram posse no cargo público por força de liminar, ante a precariedade da decisão, a qual se submete aos riscos da reversibilidade do julgamento.

De fato, seria no mínimo contraditório e temerário que a Administração Pública, ainda que ao fundamento de eficiência e de economicidade quanto à pretensão de permanência no posto de provimento efetivo de candidatos reprovados em concurso público precariamente empossados por força de decisões judiciais provisórias, viesse a consolidar situações ainda precárias e pendentes de provimento jurisdicional definitivo, quando a própria jurisprudência dos Tribunais pátrios, sobretudo do excelso Supremo Tribunal Federal, passou a rechaçar a tese do fato consumado, comumente invocada por candidatos excluídos de certames em virtude do não-preenchimento dos requisitos contidos no edital, o qual, por sua vez, deve espelhar as exigências constitucionais e legais para o ingresso nos cargos públicos.

Calha citar notícia jurídica (www.conjur.com.br) recente de acórdão prolatado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação da teoria do fato consumado:

Nomeação em concurso: Fato consumado não se aplica se decisão pode ser mudada.

A teoria do fato consumado não pode ser aplicada nas hipóteses de nomeação de candidatos em concurso por decisão precária – sujeita à modificação. A conclusão é da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que acolheu Recurso Especial do estado de Alagoas. Assim, o Estado está desobrigado de nomear candidatos que permaneceram em concurso para delegados apenas por força de liminares.

O concurso foi feito para preencher cargos de delegado de Polícia. Foram convocados 129 candidatos para a segunda etapa — teste de aptidão física, número correspondente a três vezes o total de vagas oferecido no edital.

Apesar de não figurarem na lista de convocação para a fase seguinte, os candidatos entraram na Justiça com ação cautelar. Alegaram aprovação na prova subjetiva e pediram a participação nas fases subsequentes do concurso. Em 30 de novembro de 2001, a liminar foi concedida pela 2ª Vara da Fazenda Pública estadual, assegurando a permanência no concurso até decisão do mérito da causa.

A liminar foi confirmada na sentença de mérito, garantindo aos candidatos a participação nas demais fases e etapas subsequentes do certame previstas no edital, inclusive o Curso de Formação Policial, em igualdade de condições com os demais candidatos aprovados.

O estado apelou. O Tribunal de Justiça negou o recurso e determinou a adoção das medidas cabíveis para nomeação, no prazo de cinco dias úteis, de oito candidatos nos cargos de delegado de Polícia. Em Embargos de Declaração propostos pelo estado, o Tribunal afastou, ainda, a alegação de *reformatio in pejus* (reforma para pior) da sentença.

Para o tribunal estadual, a decisão não extrapolou os limites do pedido. No Recurso Especial dirigido ao STJ, o estado pediu o reconhecimento da reforma para pior, alegando ocorrência da ofensa ao art. 515 do Código de Processo Civil.

A 5ª Turma acolheu parte do argumento. “Resta patente a *reformatio in pejus*, porquanto a determinação de nomeação dos candidatos pelo Tribunal de origem, sem que houvesse pedido por parte dos candidatos, que sequer apelaram, extrapolou os limites da sentença monocrática, a qual determinou apenas e tão-somente que os candidatos participassem das demais fases”, considerou a relatora do caso, ministra Laurita Vaz.

A relatora afirmou, ainda, que sequer constou da inicial da medida cautelar pedido para nomeação, mas apenas a participação nas etapas e fases seguintes. “É imperioso esclarecer que o processo principal foi extinto sem julgamento de mérito, por ausência de interesse de agir, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, uma vez

que os candidatos ou não frequentaram o Curso de Formação, ou não participaram das etapas subsequentes”, acrescentou.

A ministra concluiu que não pode ser aplicada ao caso a teoria do fato consumado. “Ora, os argumentos aventados não lhes garantem direito líquido e certo à manutenção do exercício dos cargos, tendo em vista que os atos de nomeações se deram de forma precária, por força de decisão judicial precária”.

Ainda segundo a relatora, ao julgar a ação principal, o tribunal de origem afastou o pretensão direito, pois, apesar de terem alcançado a tutela jurisdicional, os candidatos não participaram integralmente do certame, uma vez que não foram levados às etapas subsequentes dadas as suas módicas classificações, ou seja, não cumpriram ou não foram aprovados em todas as etapas do concurso. “Assim, entendo que o caso ora examinado não se subsume à teoria do fato consumado, de modo a reconhecer o direito à nomeação de candidato aprovado *sub judice*”, concluiu Laurita Vaz.

REsp 662.711

Revista Consultor Jurídico, 29 de outubro de 2008

Julgou ainda o colendo Superior Tribunal de Justiça:

Processual Civil e Administrativo. Embargos de declaração. Art. 535 do CPC. Ausência dos pressupostos. Concurso público. Delegado de polícia. Homologação final. Prescrição. Candidato no exercício do cargo. Aplicação da “teoria do fato consumado”. Inadmissibilidade. Precedentes. Embargos rejeitados.

III – A eg. Terceira Seção possui entendimento no sentido de afastar a aplicação da “Teoria do Fato Consumado” nas hipóteses em que os candidatos tomaram posse sabendo que os seus processos judiciais ainda não haviam findado, submetendo-se aos riscos da reversibilidade do julgamento.¹

¹Brasil. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no Ag 74072/MG ; Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2006/0016130-5, Rel. Min. Gilson Dipp, Órgão Julgador: 5ª Turma, data do julgamento: 17/10/2006, data da publicação/Fonte: DJ 13/11/2006, p. 288. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. “A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos.” Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Calha acrescentar o teor da recente decisão do e. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios², *in verbis*:

Direito Administrativo. Ação declaratória. Concurso público. Agente penitenciário. Candidato matriculado em curso de formação profissional na condição sub judice. Pontuação mínima necessária à aprovação. Pretensão satisfeita na via administrativa. Perda superveniente do interesse processual. Nomeação e posse. Ausência de provimento jurisdicional definitivo favorável. Prazo de validade do certame expirado.

1. (...)

2. Tratando-se de candidato que participou de Curso de Formação Profissional, na condição *sub judice*, e expirado o prazo de validade do certame, a sua nomeação e posse fica condicionada a comprovação da obtenção, em definitivo, de provimento jurisdicional garantindo-lhe o direito ao prosseguimento nas etapas do concurso ou mesmo a prorrogação/revigoração do prazo de validade do certame.

Impende corroborar que situações fáticas decorrentes de nomeações realizadas por ordem judicial, de caráter precário, não têm o condão de convalidar administrativamente situações ilegítimas pelo mero decurso do tempo.

3. Precariedade da investidura determinada por ordem judicial provisória

Ainda sobre a matéria, calha trazer à baila a prudente doutrina de José dos Santos Carvalho Filho:

Trata-se de concurso público em que, a despeito de o candidato não preencher algum requisito para a aprovação (reprovação em exame, ausência no dia da prova, exame físico etc.), consegue, em ação judicial (normalmente o mandado de segurança), ser beneficiado com a concessão de medida liminar na qual se determina que o Poder Público dê posse ao candidato.

Esse tipo de decisão cautelar in limine é totalmente inconstitucional e carece de qualquer técnica jurídica. A medida cautelar pode, quando muito, ordenar a reserva de vaga, mas nunca impor a formação da relação funcional pela investidura, por-

que isso ofende diretamente a prerrogativa da presunção de legitimidade de que são dotados os atos da Administração. Se o juiz vem a acolher o pedido do candidato, todos os efeitos do erro administrativo deverão ser reparados, inclusive, se for o caso, a responsabilização funcional da autoridade. Mas daí não se pode extrair a conclusão de que o órgão judicial possa ordenar que a posse seja ultimada.

O certo é que, em virtude dessa grave errônea técnica, dezenas e até centenas de candidatos são empobrecidos e só após a lenta tramitação do processo é que o Judiciário decide o litígio em desfavor dos candidatos. Por causa do tempo já decorrido a partir da ilegítima investidura, postulam eles a convalidação de sua situação. Pedido em tal direção é nitidamente injurídico (quando não eivado de má-fé), de modo que o único desfecho possível no caso é o desfazimento da posse através da anulação, sem qualquer direito ao candidato que não cumpriu requisito para a aprovação do certame.

Nesses casos, é mister destacar, inexistente qualquer motivo para invalidar o concurso. A Administração deve, isto sim, diligenciar no sentido da anulação das nomeações ilegítimas e prematuras, tão logo o Judiciário reconheça ter sido improcedente a pretensão dos candidatos.³ (*grifamos*)

O eminente administrativista tem razão, porquanto as consequências da ordem judicial precária, no sentido da nomeação de candidatos reprovados em concurso público, mas que pretendem discutir os atos administrativos reprobatórios em juízo, podem ser difíceis para os próprios autores das demandas judiciais, os quais (*apesar de terem ciência de que ingressaram nos quadros administrativos na condição sub judice e com a possibilidade de serem desinvestidos dos postos ocupados a qualquer momento, na hipótese de cassação ou revogação da ordem judicial determinante da investidura temporária e incerta*) passam a desfrutar dos benefícios da vida funcional, da remuneração do cargo administrativo, todavia podem sofrer, sim, subitamente, revés na via judicial, por cujo efeito tenham que *deixar definitivamente* o serviço público, não como resultado de uma punição ou de um ato decisório da Administração, mas como estrita *consequência do insucesso na causa judicial aforada*, o que causa transtornos pessoais e justifica o natural desejo dos interessados, a despeito de saberem que não mais possuem qualquer direito a

² Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 3ª Turma Cível, APC 2002 01 1 108356-3, Des. Relatora Dra. Nibia Corrêa Lima

³ CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 494-495.

tanto, de continuar na função pública, o que não pode ocorrer, todavia, já que *não possuem indispensável título de aprovação válida em concurso público justificador de sua nomeação e posse ou persistência no posto administrativo*.

De fato, impende consignar que, no caso de sucumbência nas ações judiciais aforadas por candidatos reprovados em concurso público, precariamente empossados por força de decisão judicial provisória, proferida nos autos de demanda em que o autor discute a validade dos atos administrativos pelos quais se verificou a sua reprovação no procedimento seletivo, a Administração Pública fica obrigada, sim, a promover o desfazimento do vínculo jurídico/funcional, constituído como foi de forma precária, por força de *decisum* não mais existente no mundo jurídico, porque cassado por decisão judiciária posterior ou definitiva.

Disso deriva o efeito de que o administrador público (uma vez que a nomeação em cargo de provimento efetivo constitui ato administrativo vinculado, condicionado à efetiva *aprovação válida em certame concursal público*) não mais dispõe de motivo de fato e de direito para motivar a nomeação outrora promovida, a qual somente tinha respaldo em *determinação judicial* primeira posteriormente cassada e que ficara dependente do desfecho do feito em curso na Justiça para fins de manutenção, ou não, do candidato nos quadros da Administração Pública, mérito que refoge à esfera de apreciação discricionária da autoridade administrativa e que fica, inevitavelmente, condicionado ao teor do veredicto judicial derradeiro proferido, seja no sentido da exoneração do candidato autor de demanda judicial em que foi sucumbente, seja na efetivação nos quadros administrativos, uma vez que o Poder Judiciário proclame que o cidadão foi aprovado no concurso público cuja etapa ou prova discutira e que deve ser nomeado.

A firme orientação quanto à imperatividade de exoneração de candidatos na condição *sub judice* é medida ordinariamente recomendada a todos os órgãos da Administração Pública em casos idênticos à espécie, sem exceção, e constitui estrito cumprimento do dever legal dos órgãos administrativos como um todo, haja vista que não existe possibilidade de alguém que não foi aprovado em concurso público específico (seja assim proclamado quando da homologação administrativa do resultado final do certame ou quando do

desate de processo judicial) possa ingressar ou permanecer como ocupante de cargo de provimento efetivo, sob pena de improbidade administrativa, violação do princípio da impessoalidade, da moralidade e do preceito republicano do amplo acesso aos cargos públicos a todos os habilitados, laureados pela sagração no procedimento concursal seletivo pertinente.

Por isso, em que pese a compreensível dificuldade pessoal ocasionada para candidatos nomeados *sub judice*, fato é que os autores de demandas judiciais infrutíferas assumiram o cargo público em caráter precário, condicionados em sua permanência nos quadros administrativos à *manutenção válida dos efeitos da ordem judicial provisória* que lhes favoreceu com a nomeação, enquanto da discussão das etapas do concurso público, e ainda ao desfecho favorável do processo judicial, modo pelo qual, cassada a eficácia jurídica da decisão da Justiça que justificara a investidura dos interessados, em face da superveniência de posterior veredito judiciário superior ou definitivo, realmente não há mais supedâneo de direito para a ocupação dos postos públicos pelos aludidos candidatos reprovados no certame concursal, desamparados, como estão, de ordem judiciária ainda vigente pela sua continuidade nos quadros administrativos.

4. Caráter vinculado da nomeação em cargos de provimento efetivo e irrelevância do interesse administrativo na permanência dos candidatos empossados *sub judice* no serviço público

Efetivamente, ainda que fosse noticiado possível interesse administrativo quanto à permanência dos interessados no exercício do cargo em que foram transitoriamente investidos por força da decisão judicial provisória, hoje já cassada e não mais existente no mundo jurídico, o direito positivo brasileiro *não* conferiu, contudo, margem discricionária ao administrador público para o preenchimento de cargos de provimento efetivo, na medida em que a nomeação constitui *ato administrativo vinculado*, condicionado à aprovação válida em concurso público, em todas as suas etapas. Trata-se de adoção do sistema do mérito pelo legislador constituinte, como anota José Afonso da Silva: “O princípio da acessibilidade aos *cargos e empregos públicos* visa

essencialmente realizar o princípio do mérito que se apura mediante *investidura por concurso público*.⁴

Ninguém pode permanecer em cargo de provimento efetivo sem gozar do respaldo de aprovação válida em concurso público específico para preenchimento do posto, sob pena de violação ao capitulado no art. 37, II, da Carta de Direitos de 1988. Vale transcrever a cátedra de Odete Medauar: “A exigência de concurso público para ascender a postos de trabalho no serviço público atende, principalmente, ao princípio da igualdade e ao princípio da moralidade administrativa”.⁵

Ora, suprimida a eficácia jurídica da ordem judicial em cujo estrito cumprimento a autoridade administrativa nomeou os interessados, por força da cassação da decisão provisória por acórdão definitivo prolatado pelo egrégio órgão colegiado judiciário superior ou mesmo em caso de sentença desfavorável ao particular demandante, é inquestionável que o efeito necessário é, sim, a *exoneração* dos candidatos nomeados na condição *sub judice*, os quais tinham ciência de que sua permanência nos quadros da Administração Pública era vinculada, a título de *conditio sine qua non*, à manutenção dos efeitos da decisão determinante da investidura.

A nomeação dos interessados não foi decisão da autoridade administrativa competente, mas mero cumprimento de ordem provisória do Poder Judiciário, porquanto o Chefe do Poder Executivo, Judiciário ou Legislativo não poderia investir nenhum candidato não aprovado — ainda assim só durante o prazo de validade do certame — em todas as etapas e provas do concurso público específico para ingresso no cargo administrativo objeto de provimento em caráter efetivo, por força do disposto no art. 37, II, da Constituição Federal, razão por que, de igual razão, não lhe é dado manter nos quadros administrativos, mesmo que exista eventual interesse público no preenchimento de carência administrativa da função policial, quem não foi aprovado em procedimento concursal específico e apenas foi investido no posto por força de decisão judicial precária, passível de cassação como sucedeu na espécie.

É que o *motivo de fato e de direito* para a legalidade de investidura em cargo público de provimento efetivo é a *aprovação válida em concurso público de provas e títulos, em todas as suas etapas*, ressalvadas a hipótese de candidato que obtém título judicial determinante da sua investidura em caráter definitivo nos quadros da Administração Pública, além da precariedade da situação dos candidatos que discutem sua reprovação no certame concursal e eventualmente conseguem, como verificado na hipótese vertente, o direito de nomeação e posse no cargo, provisoriamente, sob o risco de *imediate desinvestidura* na hipótese de cassação da decisão judicial que os amparava, não como medida ou punição administrativa, porém como mero efeito jurídico necessário e inevitável da cassação do *decisum* ao qual deviam seu ingresso temporário e sua permanência incerta nos quadros administrativos, vinculados como eram ao êxito no processo em curso na Justiça e à manutenção da ordem provisória.

A nomeação sub judice perde seus efeitos juntamente com a cassação pelo próprio Poder Judiciário da ordem judicial que outrora ordenou a investidura dos candidatos, na condição de partes de um processo judicial cujo desfecho presidirá a permanência, ou não, dos demandantes nos quadros administrativos, no caso frustrada pelo teor de sentença ou acórdão desfavorável aos autores das ações judiciais.

A situação é a mesma do servidor público demitido que, por efeito de liminar em mandado de segurança ou de antecipação de tutela⁶, é reintegrado em cumprimento de ordem judicial provisória; sobrevindo resolução de mérito desfavorável, o efeito necessário é, sim, a exoneração do impetrante autor, ainda que houvesse interesse administrativo em que ele permanecesse nos quadros da Administração.

O problema é que a única hipótese de os interessados continuarem no serviço público seria em caso de

4 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22.ed. rev. e atual, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 659.

5 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007P. 263

⁶O Supremo Tribunal Federal já consignou que não ofende o decidido na ADC4 o mero restabelecimento de situação jurídica anterior, como no caso de servidor público reintegrado, o qual torna apenas a ocupar o posto e a perceber os vencimentos que já auferia, sem gerar novas despesas para o erário. O STF também admite a tutela antecipada contra a Fazenda Pública em caso de ordem judicial para nomeação e posse de candidatos aprovados dentro do limite de vagas abertas para concurso público de ingresso em determinada carreira (Rcl 6155 MC / CE – Ceará-Medida Cautelar na Reclamação, Relatora: Min. Cármen Lúcia, julgamento: 22/08/2008, Publicação DJe-166, divulg. 03/09/2008, public. 04/09/2008.

ato administrativo específico de *nomeação* nos cargos de provimento efetivo, a qual, todavia, pressupõe *aprovação válida em todas as etapas do concurso público específico* como *conditio sine qua non* do ato administrativo vinculado de investidura, por força do mandamento expresso do inciso II do art. 37 da Carta Magna de 1988, razão jurídica que, da mesma forma, impede, por força de lei, a permanência dos candidatos nos postos ocupados precariamente, na condição *sub iudice*, ainda que exista conveniência e oportunidade administrativas nesse sentido, porque, no caso, o administrador público, no direito positivo brasileiro, não tem ensejo para, ainda que em nome de interesse público, prover cargos efetivos ou manter atos de provimento anteriormente exarados em mero cumprimento de ordem judicial provisória já cassada, não mais existente no mundo jurídico, haja vista que se trata — ressalta-se — de hipótese de rigorosa *vinculação administrativa*, e não de discricionariedade — a nomeação no cargo permanente da carreira policial civil requer a presença do motivo de fato indispensável da aprovação válida em procedimento concursal público específico, o que não existe na espécie.

Sendo assim, com a devida vênia, embora se compreenda a natural vontade dos interessados de permanecerem nos postos administrativos e os motivos acalentados por eles e eventualmente pelo órgão administrativo, a solução da hipótese, entretanto, é questão jurídica regrada pelo direito administrativo, processual civil e constitucional e que *ultrapassa a esfera da discricionariedade do administrador público, situando-se no plano da vinculação do ato administrativo e do caráter precário e passível de cassação futura* da nomeação *sub iudice* de candidato reprovado em concurso público, *cujá sorte fica atrelada ao desfecho do processo judicial e também da persistência dos efeitos jurídicos da decisão provisória da Justiça que determinou a investidura nos cargos públicos*, motivo por que não se pode recomendar medida diversa da exoneração dos candidatos dos cargos de provimento efetivo por eles ocupados na hipótese de cassação da ordem judicial outrora determinante da investidura precária no posto público.

Destarte, é forçoso reconhecer a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado das decisões do Poder Judiciário para se efetivar em definitivo a situação funcional de servidores cujo ingresso no serviço público tenha se dado de forma precária.

5. O princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos de provimento efetivo pela via do certame concursal como preceito constitucional

Restam subjacentes, na espécie, os consectários do princípio do amplo acesso aos cargos públicos por parte de todo cidadão que anseie ingressar nos quadros do funcionalismo estatal, desde que preencha os requisitos legais para ocupação do posto administrativo e, especialmente, se sagre aprovado em certame concursal público de provas ou de provas e títulos (art. 37, I e II, Constituição Federal de 1988). Lembra, nessa toada, Hely Lopes Meirelles:

O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo.⁷

Em virtude do princípio da isonomia, no sentido de que todos são iguais perante a lei (art. 5º, *caput*, Constituição Federal de 1988), não pode a Administração Pública prover cargo público ou nele manter quem não tenha sido completa e regularmente aprovado em todas as etapas e provas de concurso público específico, sob pena de violação não só da própria Carta Magna como ainda dos ditames das Leis de Crimes de Responsabilidade (art. 4º, V, Lei federal 1.079/1950⁸; art. 101, V, Lei Orgânica do Distrito Federal) e de Improbidade Administrativa (art. 11, V, Lei federal 8.429/1992: “frustrar a licitude de concurso público”). A esse respeito, pontificam Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz⁹:

O ato atentatório ao concurso público, em face de sua natureza de princípio constitucional especial, foi corretamente enquadrado como espécie da categoria “atos de improbidade que atentam

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 413.

⁸ Art. 4º São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra: (...)
.V - A probidade na administração.

⁹ MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 34 ss.

contra os princípios da administração pública”. Com efeito, o art. 11, V, da Lei 8.429/1992 estabelece como ato de improbidade administrativa conduta do agente público que “frustrar a licitude do concurso público”. [...] Se o agente público frustrar a licitude de concurso público, ainda que tal conduta não cause lesão ao erário ou não importe enriquecimento ilícito, será enquadrado como ímprobo.

Não é desconhecido que muitos cidadãos anelam pelo sonho de lograr êxito em certame público concursal para fins de gozar dos benefícios da titularidade de cargo de provimento efetivo e da estabilidade no serviço público, ainda mais em se cuidando de postos bem remunerados, como são aqueles componentes de algumas carreiras de maior expressão no cenário da Administração Pública, com retribuição pecuniária superior, como nos casos de Polícia Civil, Militar, Defensoria e Advocacia Pública, Auditoria Tributária e outras de maior magnitude funcional.

Na verdade, milhares de jovens e adultos debruçam-se penosamente nos estudos, por conta própria, ou arcam com os vultosos custos de preparação de cursinhos para concursos, por causa do sonho de pertencer às carreiras efetivas do funcionalismo estatal e de desfrutar de boa remuneração e da proteção da estabilidade contra a perda do cargo público, inexistente no âmbito da atividade privada.

Sendo assim, seria violar o tratamento igualitário que a Administração Pública deve dispensar a todos os cidadãos, sem dúvida, permitir que pessoas não aprovadas em todas as provas e etapas de concurso público, porque o Poder Judiciário abonou sua reprovação administrativa no certame, pudessem ingressar ou permanecer no quadro do funcionalismo estatal, apenas pelo fato de que obtiveram provimento judicial provisório para lhes assegurar a posse no cargo administrativo, posteriormente cassado por decisão judiciária definitiva. *Seria o mesmo que dispensar, em última instância, a exigência constitucional de aprovação em concurso público para certos cidadãos pelo mero fato de que tomaram a iniciativa de discutir judicialmente, ao final sem sucesso, sua reprovação no certame concursal.* São pertinentes os escritos de Edmir Netto de Araújo a esse propósito:

O direito dos cidadãos de acesso aos cargos públicos (CF, art. 37, I) decorre do princípio fundamental dos regimes democráticos, que é o da igualdade (art. 5º) de todos perante a lei, nas mesmas

condições. Se todos são iguais perante a lei, também o são perante a Administração, e por isso, nas mesmas condições, o que abrange o atendimento aos requisitos legais, todos os brasileiros possuem o direito de acesso aos cargos públicos.¹⁰

Se alguém que somente tomou posse em cargo público precariamente, lastreado em ordem judicial provisória que foi posteriormente cassada, pudesse, entretanto, permanecer no posto por força de inusitado e inconstitucional ato administrativo de “apostilamento”, a despeito da insubsistência de qualquer provimento jurisdicional determinante da permanência dos interessados no posto administrativo, à míngua, em particular, da indispensável aprovação válida em todas as etapas e provas do concurso público, ter-se-ia a indireta *abolição* do pressuposto da sagração em certame concursal como requisito para ingresso em cargo efetivo no serviço público, o que é temerário e inconstitucional.

Mais ainda, inúmeros cidadãos que prestaram o mesmo concurso, mas foram reprovados na mesma etapa ou prova na qual também não teve sucesso o candidato que ingressou em juízo e obteve decisão judicial provisória (posteriormente cassada) para tomar posse no cargo (enquanto discutia sua reprovação na aludida etapa ou exame) serão tratados de forma desigualitária pela Administração Pública, sem o reconhecimento do direito de ocupar o posto administrativo, apesar de todos, inclusive o autor da ação judicial fracassada, não terem sido aprovados no certame concursal.

Se, no final das contas, nem uns nem outros se saíram exitosos no procedimento de seleção pública, por que o demandante vencido do processo judiciário, que igualmente foi reprovado no procedimento, teria direito a gozar da investidura permanente em cargo administrativo, enquanto seu co-reprovado cidadão não lograria o igual benefício? Outros cidadãos que não prestaram o concurso, por receio de reprovação nas etapas e provas respectivas, também almejavam desfrutar da condição de servidor público, ocupante de posto de provimento efetivo e com estabilidade no serviço público, sem sujeição aos requisitos de aprovação válida em concurso. Por que favorecer uns e não outros e como assim pro-

¹⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 266.

ceder em face dos ditames dos princípios da impessoalidade e da isonomia?

Calham as lições de Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz:

O Estado, ao mesmo tempo em que impõe deveres, limitações administrativas, sacrifícios a direitos subjetivos e prescrição de sanções em desfavor dos membros do corpo social, também concede prerrogativas aos administrados, outorgando-lhes um benefício econômico, social ou profissional. Em face dos postulados fundamentais da indisponibilidade do interesse público, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência e diante da circunstância de que o número de administrados interessados em obter determinadas prerrogativas públicas é invariavelmente maior do que a sua oferta social, o Estado deverá abrir mão de um procedimento concorrencial, em ordem a compatibilizar o princípio da isonomia com a necessidade de se estabelecer um padrão mínimo e razoável de exigências, a fim de se cumprir excelentemente o interesse público. [...] O concurso público constitui uma das formas de concreção do princípio da igualdade.¹¹

Sob a ótica do administrador público, é de se enfatizar, *a nomeação, como ato administrativo, pressupõe um motivo de fato e de direito existente*: a aprovação ainda válida em concurso público. Incidiria, no caso, o prescrito na Lei de Ação Popular:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

(...)

c) ilegalidade do objeto;

d) inexistência dos motivos;

(...)

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

(...)

c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

A *matéria de fato* (aprovação válida em concurso pública ainda com prazo de validade vigente) não existe na hipótese e impossibilita, em consequência, a nomeação de candidatos.

Sob outro prisma, ter-se-ia *ilegalidade do objeto* porque a investidura em cargo de provimento efetivo de pessoa que não dispõe de aprovação válida no certame concursal, porque já expirado seu prazo de validade, configuraria ofensa ao próprio texto constitucional e ao da Lei de Improbidade Administrativa (art. 11, V, Lei federal 8.429/1992).

Em se cuidando de *conditio sine qua non* para a investidura permanente no serviço público, a exigência de aprovação em todas as provas e etapas de concurso específico de provimento do cargo administrativo não pode ser relevada em hipótese alguma, por se cuidar de exigência constitucional, não socorrendo o argumento de que os candidatos sucumbentes na Justiça, precariamente empossados no posto público por força de decisão judicial provisória, posteriormente cassada por outro provimento jurisdicional em contrário, teriam mesmo concluído o curso de formação, pois se cuida de hipótese em que preponderam os princípios da igualdade, isonomia e da moralidade: os cidadãos ocupantes de cargo efetivo na Administração dos três Poderes estatais adquiriram o benefício de serem contratados como pessoal pelo Estado porque, diferindo das demais pessoas igualmente interessadas em serem empregadas pelo Poder Público, se sagraram aprovadas em certame concursal específico.

Certo número de advogados até poderia, quiçá, desempenhar as funções inerentes ao cargo de Procurador do Estado, auditor tributário, promotor de justiça, juiz de direito, se porventura a Administração os nomeasse, sem prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, para os postos públicos em comento — alguns até poderiam concluir com êxito o estágio probatório inicial para confirmação na carreira.

Não obstante, o administrador público não poderia (ainda que tivesse deixado de observar o mandamento constitucional de realizar certame concursal, para contratar profissionais do direito com maior celeridade, sem os entraves e morosidade decorrentes do procedimento administrativo público seletivo) investir nem menos ainda efetivar no cargo efetivo quem não foi laureado pela chancela concursal constitucional.

¹¹ MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 22 ss.

Talvez até conviesse ao Estado — e muitas pessoas poderiam se revelar aptas ao exercício dos postos — contratar diretamente pessoal, todavia a Constituição Federal, em atenção às cláusulas da democracia, da República, da igualdade, da moralidade administrativa, ordenou que a única forma de provimento de cargos efetivos na Administração é a sagração em concurso público.

Não se questiona que muitos cidadãos, precariamente empossados em cargos públicos efetivos à conta de decisões judiciais provisórias, podem revelar aptidão para o exercício dos cargos (da mesma forma que outros que não prestaram as provas de seleção concursal ou foram em algumas delas reprovados o poderiam), mas a única forma de os autores de demandas judiciais, reprovados administrativamente em alguma etapa ou prova do concurso de ingresso na carreira, serem efetivados nos postos é a constituição de provimento jurisdicional definitivo que lhes seja favorável e que os declare aprovados e determine ou confirme o empossamento no cargo público.

Cuida-se, como demonstrado *quantum satis*, de inexorável exigência constitucional acerca da contratação de pessoal no serviço público para investidura em cargos de provimento efetivo: os candidatos deverão ter sido aprovados em concurso público, sob pena de inconstitucionalidade.

6. Conclusões

Do exposto, infere-se que:

a) a teoria do fato consumado não pode ser invocada para ensejar a permanência em cargo de provimento efetivo de candidatos reprovados em etapas e provas de concurso público que, empossados precariamente, com fundamento em decisão judicial provisória, têm sua sorte atrelada ao desfecho dos processos judiciários;

b) a investidura em cargos de provimento efetivo é ato administrativo vinculado, modo por que a Administração Pública não tem poder discricionário de, à guisa de alegado interesse administrativo ou pessoal dos candidatos reprovados no certame concursal, sucumbentes nos processos judiciais em que discutiam sua reprovação no procedimento seletivo, efetivar ou manter nos postos permanentes pessoas que não se sa-

graram aprovadas em concurso público de provas ou de provas e títulos;

c) o princípio da isonomia e da ampla acessibilidade aos cargos públicos de provimento efetivo impede que os cidadãos precariamente empossados nos postos administrativos sejam efetivados no serviço público, se reprovados no certame concursal específico.

Referências

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22.ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2003.

O uso de algemas e a Súmula Vinculante 11 do Supremo Tribunal Federal – Regra ou exceção?

Paulo Fernando Silveira

Disciplinando o uso de algemas pela polícia, recentemente, em 22/08/2008, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 11, do seguinte teor: *Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.*

A Excelsa Corte, por seu plenário, invocou, como suporte de sua decisão, vários preceitos constitucionais, entre eles o que coloca a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e os que, resguardando os direitos fundamentais, proíbe o tratamento desumano e degradante do indivíduo, a violação da imagem das pessoas e o que assegura ao preso o respeito à sua integridade física e moral (CF-art.1º, III e art. 5º, III, X e XLIX).

Em nível infraconstitucional, baseou-se, entre outros dispositivos, no artigo 284, do Código de Processo Penal (*Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso*) e no art.350, do Código Penal, que cuida do crime de exercício arbitrário ou abuso de poder (*Ordenar ou executar medida privativa de liberdade, sem as formalidades legais ou com abuso de poder*) e na Lei 4.898/1965, que trata do abuso de autoridade (*Art. 4º. Constitui também abuso de autoridade: a) – ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder*).

Nesse passo, o Supremo Tribunal, ao impor a igualdade negativa (como regra ninguém pode ser algemado), retrocedeu à tradição de nosso vetusto direito, sob a égide da Corte Imperial, que outorgou impositivamente, debaixo dos canhões, a Constituição de 1824

(oferecida e jurada por Sua Majestade o Imperador), colocando nas mãos deste, ao lado do poder executivo, o poder moderador, fonte de privilégios espúrios para os homens ricos do país (eles nomeavam os senadores para o exercício vitalício do cargo, nomeava e destituía os juizes de direito) e para o clero, cujos bispos eram também por eles nomeados e os membros da Igreja eram remunerados pelo Estado, como se fossem funcionários públicos (CF-1824, arts.101 e 102).

Dentro desse contexto, não é de admirar o acolhimento, na época, pelo menos na lei formal, das denúncias do marquês de Beccaria (o criminalista italiano Cesare Bonesana – 1738-1794), quanto aos cruéis tratamentos dispensados aos criminosos nos presídios, impondo-se sanção ao funcionário que conduzisse o preso “*com ferros, algemas ou cordas*”, salvo o caso extremo de segurança, justificado pelo condutor (art. 28, do Decreto 4.824, de 22/11/1871, que regulamentou a Lei 2.033, de 20/09/1871). Já imaginou um barão, um conde, um duque ou um padre sendo algemado? Seria loucura! Além do mais, naquele tempo a criminalidade e a violência eram mínimas: era normal deixar as portas das casas abertas durante o dia.

O Supremo Tribunal Federal resolveu editar a súmula vinculante em face do vácuo legislativo, isto é, da ausência de norma específica na Constituição de 1988 e de legislação própria sobre o uso de algemas, eis que o comando, expresso no art. 199, da Lei de Execução Penal – Lei 7.210, de 11/07/1984 (*O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal*) não foi, até o momento, cumprido pelo Poder Executivo.

Todavia, a meu ver, com todo o respeito, a Excelsa Corte de Justiça não foi feliz nessa sua surpreendente e inovadora iniciativa.

Digo surpreendente porque até então, durante toda a vigência do Código de Processo Penal em vigor, que é de 1941, o uso de algemas sempre foi considerado ato discricionário do policial que efetuava a prisão. A discricção, na verdade, era de fato duvidosa. Primeiro, porque o agente geralmente não tinha algema para ser empregada. Seu uso com mais intensidade só está

* Juiz Federal aposentado. Advogado. Escritor. Membro da Academia de Letras do Triângulo Mineiro – ALTM.

acontecendo nos dias atuais. Depois, porque a algema, como regra, só era aplicada na prisão de pessoa pobre, considerada como elemento perigoso e violento, e raramente — se é que houve algum caso — em gente rica e poderosa.

Coincidência ou não, a Súmula Vinculante 11, de agosto de 2008, foi editada logo após a prisão de um banqueiro e de um ex-prefeito da capital paulista, em que ambos foram algemados. Foram ignorados os surdos clamores de uma sociedade saturada de injustiças no sentido de ser implementado, seriamente, o princípio constitucional da igualdade. Ao contrário, optou-se, nos moldes dos tempos imperiais, por uma igualdade negativa, de difícil, senão impossível, realização.

Portanto, até o advento dessa súmula vinculante, a utilização da algema, no ato da prisão, constituía ato discricionário do agente encarregado da missão. Agora, a súmula proibiu o seu emprego, exceto nos restritos casos a que se refere. Logo, presentemente, a vedação da prática do ato de prevenção e contenção constitui a regra. E a excepcionalidade da medida ficou vinculada aos parâmetros autorizados por lei. Em suma, a discricionariedade foi extinta de vez, só restando o ato vinculado referente aos casos excepcionais autorizados por lei, em que o policial está autorizado a algemar o preso, desde que justifique, por escrito, as razões da tomada da medida extrema.

Entendo, porém, ao contrário, que — numa interpretação realística, que venha ao encontro das sentidas necessidades atuais de igualdade e de segurança da população — perante nossa constituição federal, a utilização da algema, quando da prisão em flagrante delito ou por ordem judicial, deve constituir a normalidade, figurando como exceção a sua não utilização. Há valores maiores em jogo. O direito à vida e à segurança e proteção à integridade física do agente e de terceiro são garantidos pela constituição federal. O emprego da algema visa, fundamentalmente, preservar esses valores.

Mesmo no caso de comparecimento do preso a juízo — e todas as vezes que o detento estiver fora da cela, em ambiente público — também deve ser algemado. Durante a audiência, o magistrado, se achar conveniente, pode mandar liberá-lo, ouvindo-se, antes, o agente policial sobre a periculosidade do réu.

A meu ver, o uso de algema no ato da prisão se impõe porque vivemos tempos modernos, de ostensiva violência pública, em que os marginais, isolados ou

em quadrilhas organizadas, como regra, têm demonstrado pouco respeito pela vida alheia, não se podendo esperar deles que atendam, pacífica e mansamente, à voz de prisão e se disponham, sem reação, a ser conduzidos, ordeiramente, à delegacia de polícia. Mesmo os que acatam a ordem devem ser algemados para segurança e proteção do agente e de terceiros.

Assim, o emprego da algema, no ato da prisão, *data venia*, se torna imprescindível por várias razões, evidentes por si, a saber: a) — para proteção e segurança da integridade física do policial encarregado da diligência contra possíveis e inesperados atos de agressão do preso; b) — para resguardar a incolumidade física de terceiros, ante atos de rebeldia do prisioneiro; c) — para evitar a fuga do preso; d) — para evitar a destruição de provas; e, finalmente, e) — para proteção do próprio preso, que pode, inclusive, em desespero, atentar contra sua própria vida (suicídio).

Aliás, se o preso não for algemado e acontecer danos a terceiros, o policial responderá civil e criminalmente por negligência e o Estado por danos materiais.

Por isso mesmo, não se compreende porque, em se tratando a prisão de um ato tão perigoso, o uso de algema seja negativamente disciplinado, *a priori*, por quem não corre qualquer risco de vida ou de ferimento. Ocorre-me a figura do almirante que, em terra firme, quer dispor, por meio de regulamento, sobre a conveniência de o capitão de um navio — que se encontra em alto mar, em vias de naufragar, ao enfrentar uma violenta borrasca — atirar a carga ao mar ou arriar as velas.

Não se está dizendo que os eventuais excessos no uso da algema (por exemplo, a duração por tempo maior do que o necessário ou depois que o detido já estiver dentro da cela) não possam ser declarados inconstitucionais, mas isso numa análise do caso concreto, posteriormente à ocorrência do fato. Quanto à exposição do preso pela mídia, a televisão, a meu ver, pode mostrar o ato da prisão e a condução do preso algemado, desde que as tomadas sejam feitas na via pública, sendo proibidas dentro do distrito policial. Inconstitucional, também, se me afigura a permissão de entrevista do preso no recinto da delegacia, mormente sem a presença do advogado de defesa.

É obvio que o emprego da algema constitui uma intrusão menor na privacidade do indivíduo do que o próprio ato da prisão. Este, sim, atenta contra sua

liberdade, sua dignidade, sua integridade moral e sua imagem pública. Decorre daí que, se o ato da prisão for legal, seja em flagrante delito ou por ordem judicial, o uso da algema é constitucionalmente permitido, eis que, além de se tratar do uso moderado de força contra o preso, autorizada por lei, visando proteger interesses maiores, como o direito à vida e à integridade física do agente policial e de terceiros, causa menos constrangimento do que a própria prisão.

O interesse do Estado (agindo *publicae utilitatis causa*) de evitar risco de vida, ou de danos pessoais, de seus agentes policiais ou de terceiros – que autoriza o uso de algema – sobrepuja, de muito, o individual (*jus libertatis*), e mais ainda relativamente à pretensa ofensa – pelo só fato do emprego da algema – à dignidade e imagem daquele que é preso.

Há de se reconhecer que, inerente ao ato da prisão, encontra-se a autorização legal do emprego de força coercitiva necessária à sua realização – Quem pode refutar isso? – por parte do agente que o executa. Logo, o ato de algemar se insere, naturalmente, como meio moderado e imprescindível à implementação da medida, para que ela ocorra, eficazmente, sem risco de vida ou de ferimentos para o policial, para terceiros e para o próprio preso.

Evidentemente, o risco de vida que corre o policial que executa a diligência merece maior proteção constitucional do que uma inexistente agressão, reflexa e indireta, ao direito de privacidade (ou intimidade) do preso pelo uso da algema, quando, na realidade, o constrangimento que sofre decorre, precisamente, do ato ostensivo da prisão, em princípio legal e legítima. É o preço que o indivíduo paga para o resguardo, a proteção e o bem da sociedade. Como é a prisão que causa o constrangimento, se esta for, no futuro, tida como ilegal, o indivíduo tem direito a receber do Estado a indenização pelos danos morais que sofreu em decorrência dela. Mas não pelo fato, por si só, da utilização da algema. Todavia, se a prisão for legal, não haverá constrangimento pessoal juridicamente protegido, eis que decorrerá, não da prisão, mas do delito praticado, do qual há fortes indícios de que o algemado foi o seu autor.

Portanto, a meu ver, o uso das algemas (atividade meio), longe de ser uma agressão contra a dignidade do indivíduo, ou degradar a sua imagem – eis que ele vai legalmente, afinal, ser aprisionado, isto é, ficar tranca-

fiado atrás das grades (objeto-fim) – constitui um dever para o agente policial, que deve empregar, indistintamente, o instrumento de prevenção e de contenção em todas as pessoas, sempre que ocorrer a prisão, a fim de se dar cumprimento ao princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CF-art.5º, *caput*).

Nos Estados Unidos, a *U. S. Supreme Court*, ao julgar o caso *Muehler v. Mena* (2005)¹ considerou constitucional o uso de algemas numa simples busca e apreensão domiciliar determinada pela justiça, sem especificação dos nomes dos eventuais ocupantes da casa, que foi mencionada apenas pelo endereço.

Iris Mena foi algemada numa garagem por duas a três horas, durante o curso da diligência, enquanto dois policiais, autorizados por um *search warrant* judicial, faziam a busca de armas letais e procuravam por evidências de formação de quadrilha (*gang membership*) na residência ocupada por ela e mais quatro elementos, todos não identificados previamente.

Falando por uma Corte unânime, o *Chief Justice Rehnquist* enfatizou que “A jurisprudência firmada sob a quarta emenda² (a que autoriza a busca domiciliar ou pessoal, semelhante à prevista nos arts. 242 a 250, do Código de Processo Penal brasileiro, também condicionada à existência de fundadas razões que a autorizem), há muito reconhece que o direito de se fazer uma prisão ou uma parada investigatória carrega consigo o direito do uso de algum grau de coerção física ou a ameaça de efetivá-la.” (*Fourth Amendment jurisprudence has long recognized that the right to make an arrest or investigatory stop necessarily carries with it the right to use some degree of physical coercion or threat thereof to effect it.*) e que “Não obstante o risco de perigo, inerente à execução de um mandado de busca por arma, ter sido suficiente para justificar o uso de algemas, a necessidade de deter múltiplos ocupantes tornaram o uso de algemas muito mais razoável.” (*Though this safety risk inherent in executing a search warrant for weapons was sufficient*

¹ *Muehler v. Mena* 544 U.S. (2005).

² The Fourth Amendment to the United States Constitution provides: “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”

to justify the use of handcuffs, the need to detain multiple occupants made the use of handcuffs all the more reasonable.)

Salientou, ainda, em sua *Opinion*, que “O uso de força pelos policiais, em forma de algemas, para efetuar a detenção de Mena na garagem, como a detenção de outros três ocupantes da casa, foi razoável porque os interesses governamentais se superam a intrusão marginal (no direito de privacidade do preso).” (*The officers’ use of force in the form of handcuffs to effectuate Mena’s detention in the garage, as well as the detention of the three other occupants, was reasonable because the governmental interests outweigh the marginal intrusion.*). Finalmente, esclareceu que “Os interesses governamentais não só de deter pessoas, mas o de usar algemas, alcançam o seu zênite quando, como aqui, um mandado judicial autoriza a busca de armas e quando um procurado membro da quadrilha reside no local. Nessa situação inerentemente perigosa, o uso de algemas minimiza o risco de danos tanto para os agentes como para os ocupantes.” (*The governmental interests in not only detaining, but using handcuffs, are at their maximum when, as here, a warrant authorizes a search for weapons and a wanted gang member resides on the premises. In such inherently dangerous situations, the use of handcuffs minimizes the risk of harm to both officers and occupants.*)

O leitor menos avisado poderia alegar que o direito constitucional americano nada tem a ver com o brasileiro e que, lá, eles seguem a *common law*, como costumeiramente se ouve falar. Esse argumento é totalmente inconsistente, porque a Constituição americana de 1787, além de ser escrita, é a mais rígida de que já se ouviu falar: está em vigor há mais de 200 anos e só sofreu 27 emendas. Com ela, as leis escritas (*statutes*) do país devem guardar fina sintonia, sob pena de inconstitucionalidade, ou seja, de ser declaradas nulas, de valor nenhum. A *common law* constitui uma exceção, sendo utilizada, principalmente, nas ações de indenização por danos (*tort actions*).

Depois, porque a Constituição brasileira, desde a primeira republicana de 1891, é, em sua estrutura de divisão de poderes e de proteção aos direitos civis, uma cópia da americana. Foi uma sábia opção de Rui Barbosa que, abandonando o modelo francês, em que o judiciário não é poder político, e o inglês, em que o judiciário está subordinado ao Parlamento (a Câmara

dos *Lords* é sua última instância), resolveu libertar o fraco judiciário brasileiro, que vinha despojado de autonomia - eis que ao tempo do império, o juiz era nomeado e demitido pelo imperador, ao seu livre alvedrio — e dotá-lo, como ramo governamental não eleito, do poder político de anular leis feitas pelos poderes eleitos (Congresso Nacional e Executivo).

Costumam dizer, contrariamente ao uso de algema, que nos países civilizados, a exemplo da Inglaterra (como se os Estados Unidos não o fossem!) tal não acontece. Esse argumento não merece, *data venia*, consideração.

Observe-se que a Augusta Corte extraiu a vedação do uso de algemas de um contexto envolvendo diversos preceitos constitucionais, ignorando o costume, já quase centenário, do poder discricionário da polícia na matéria. Logo, não é pertinente a comparação da medida com o costume de outra Nação. Na Inglaterra é costume o policial não portar arma de fogo, diversamente do nosso costume e das leis brasileiras.

Por outro lado, se se pretende dar execução real, de forma positiva, ao princípio da igualdade — um dos sustentáculos de nossa Constituição — a Inglaterra também não serve de base, eis que, lá, o princípio da igualdade não é aplicado em sua plenitude, havendo evidentes atenuações. Tratando-se de uma monarquia, nela há, presentemente, rei, rainha, príncipes, duques e lords. Eles desfrutam, em razão do costume, de diversos privilégios. Por exemplo, só pode ser membro da Câmara dos Lords quem for de estirpe nobre, em razão do nascimento. Assim, lá, afora a educação e a cultura do povo, não existe interesse, nos tempos modernos, em algemar, igualmente, todas as pessoas que forem presas cometendo delitos. Essa situação lembra a mesma existente aqui no Brasil no tempo do império!

Atento à diferença de costumes, a comparação, para ser válida, há de ser feita com base em fundamentos constitucionais. É de nossa Constituição, que expressa, normativamente, nossa cultura, costumes e tradições, que o STF extraiu reflexamente, de uma zona de penumbra, a proibição do uso de algemas, já que não há dispositivo claramente dispondo nesse sentido. Fora do âmbito da constituição, os costumes e tradições de cada povo servem, apenas, para outras comparações, como a sociológica por exemplo.

Diferentemente do Brasil, onde a lei rege, aprioristicamente, a conduta das pessoas (*Ninguém será*

obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei-CF-art.5º, II), é de se ver que os anglosaxões não dispõem de constituição escrita, regendo-se por alguns éditos com força constitucional (a *Magna Carta*, de 1215, *The Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas-Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights* de 1689 etc). Lá, no Reino Unido, sim, predomina o direito consuetudinário (*common law*) pelo qual o costume é que gera o direito, o qual é declarado, caso a caso, inicialmente pelo judiciário, formando o precedente (*stare decise*). A lei, se vier (não há necessidade de vir), acatará obrigatoriamente o precedente, podendo ampliar direitos.

Penso, pois, que a comparação constitucional mais própria, adequada e pertinente é a que é feita entre a brasileira e a constituição americana que é, e continua sendo, o seu mais forte, evidente e exponencial paradigma.

De todo modo, o objetivo dessas considerações, ao analisar a matéria, não é o de exaltar o direito alie-nígena. Procurou-se resolver a questão, efetivamente, com base na coerente e perfeita interpretação dos princípios constitucionais inseridos em nossa Carta Política, tendo-se em mente a nossa atual realidade — repleta de crimes, violências e corrupções — e as legítimas aspirações de igualdade, de fato, do povo brasileiro.

Por isso que, agora, resta saber como tornar sem efeito essa súmula vinculante do Supremo Tribunal, vez que ela sintetiza a interpretação constitucional da matéria feita pela Excelsa Corte e, que, por isso mesmo, não pode — nem deve —, no momento, ser descumprida. O respeito à Instituição é mais importante do que opiniões pessoais. Afinal, queremos viver num governo de leis e não de homens!

Assim, vê-se que o governo não pode mais, a título de regulamentar o art.199 da Lei de Execuções Penais, dispor por decreto, de forma diferente. Tampouco, o Congresso Nacional por meio de lei. Ambos terão que se ater, compulsoriamente, às diretrizes traçadas pela Súmula Vinculante 11. A situação presente, em termos de legislação, é bem pior do que a anterior, antes da súmula.

A meu ver, portanto, só há duas soluções para tornar essa súmula sem efeito, se esse for o objetivo dos que discordam de sua aplicação: I. O Congresso Nacional deve fazer uma emenda constitucional pela qual superará o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal (para esse fim, ele está constituicional-

mente legitimado). 2. Os doutrinadores devem emitir comentários contra o teor da súmula, de modo a sensibilizar o Supremo Tribunal Federal a revogá-la.

Estrangeiros na faixa de fronteira: a vivificação como estratégia de Defesa Nacional

Danilo Ribeiro Miranda*

Tema polêmico, a participação de estrangeiros em atividades econômicas relacionadas a áreas comumente ligadas à Defesa Nacional entra novamente em pauta. Pensa-se, com a reforma do Código de Mineração, aumentar a participação dos estrangeiros na exploração do subsolo brasileiro. Discute-se ainda, no processo de aquisição da BrasilTelecom pela Oi, sobre a possibilidade de estrangeiros adquirirem o controle daquela que promete ser a maior empresa de telecomunicação do país. Ao mesmo tempo, debate-se no Congresso Nacional e em certos setores do Governo Federal sobre a redução da faixa de fronteira como forma de facilitar o estabelecimento de estrangeiros na área.

Antes de adentrarmos na análise da Política de Defesa Nacional, mister assentarmos alguns conceitos, em especial o de Nação e o de Estado. Necessário, dessa forma, definirmos o que somos (os “brasileiros”), para então compreendermos quem são os outros, ou seja, os “estrangeiros”.

Necessário esclarecer, inicialmente, que Nação e Estado são duas realidades distintas. Enquanto Nação é uma realidade sociológica, o Estado é uma realidade jurídica. Diz-se, portanto, que Estado é a Nação politicamente organizada, embora nem sempre haja correspondência entre uma e outra. Para Del Vecchio, entretanto, “(...) um Estado que não corresponda a uma Nação é um Estado imperfeito.” (Sahid Maluf, *Teoria Geral do Estado*, 2006, p. 15).

A grande maioria dos estudiosos entende que deve predominar o caráter psicossociológico para a caracterização de um grupo nacional; o critério étnico-racial, neste caso, seria secundário. No Brasil esse aspecto é especialmente sensível, na medida em que a população brasileira é constituída de, pelo menos, três grupos étnicos distintos: lusitano, africano e ameríndio.

Essa a população que, após algumas centenas de anos de colonização, decidiu se organizar sob a forma de uma República Federativa, que se estabeleceu, por fim, sob o manto da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, sensível à natureza universal dos Direitos Humanos, a atual Constituição apregoa que todos são iguais perante a lei, *inclusive os estrangeiros residentes no País* (art. 5.º) e garante o “direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. No mesmo sentido, prevê a Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro), que o estrangeiro residente no Brasil “goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros” (art. 95).

Entretanto, percebe-se que essa igualdade não é absoluta. A Constituição, em seu artigo 12, § 2.º, veda a distinção *apenas entre brasileiros natos e naturalizados*.

Mas, ao estabelecer os critérios para ser reconhecido brasileiro, a Carta Maior do país exhibe sua flexibilidade, como não poderia deixar de ser em uma nação ainda em formação. Prevê, pois, que o mero nascimento em território nacional, ainda que de pais estrangeiros, garante-lhe a condição de brasileiro nato (art. 12, I, “a”). Além disso, assegura também a naturalização aos estrangeiros que residam no Brasil há mais de 15 anos, sem nenhuma condenação penal (art. 12, II, “b”). *Desponta, portanto, o critério territorial para reconhecimento da identificação do indivíduo com o corpo social*.

A partir do momento em que passa a ser considerado brasileiro, além dos direitos fundamentais já assegurados, o Estado brasileiro passa a aceitar o indivíduo como capaz de participar da formulação da vontade política do país. Assim, de acordo com o artigo 14, §§ 2.º e 3.º da Constituição, adquire capacidade eleitoral ativa e passiva, podendo votar e ser votado (com exceção das hipóteses previstas no art. 12, § 3.º). *Participando do corpo social, começa a gozar, pois, dos mesmos direitos e deveres que qualquer outro cidadão brasileiro*.

Quando se trata de empresa, no entanto, a situação é mais complexa. A Constituição Federal de 1988, em sua redação originária, levava em conta a sede e Administração no país (novamente expressão da sua

* Advogado Público Federal; Assessor do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República; Especialista em Direito Previdenciário, Gestão Previdenciária e Previdência Complementar

territorialidade), bem como a sua constituição sob as leis pátrias, para identificá-la como brasileira. Além disso, considerava a necessidade de que o controle efetivo da empresa ficasse sob as mãos de brasileiros (art. 171, incisos I e II, da CF, revogado). Diferenciava, com isso, a empresa brasileira da empresa brasileira de capital nacional, estabelecendo privilégios para esta última. Qualquer outra diferenciação estabelecida pela legislação ordinária, contudo, seria inconstitucional, nos termos do Parecer AGU/LA-04/1994.

Com a Emenda Constitucional 6, de 15 de agosto de 1995, a Constituição deixou de regular a matéria. A partir de então, de acordo com o entendimento consubstanciado no Parecer GQ-181/1997, da Advocacia-Geral da União, a legislação ordinária poderia estabelecer distinções razoáveis entre empresas brasileiras e empresas brasileiras de capital nacional:

“Não parece, realmente, admissível que a simples revogação do art. 171 da Constituição possa ser interpretada como impedimento para que o legislador ordinário, presentes razões ligadas à soberania, à independência e ao interesse nacionais, estabeleça, em determinados casos, limitações à aplicação do capital estrangeiro no País. O engessamento, antes criado pela Constituição, ao definir empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, era, de fato, inconveniente. Assim, a desconstitucionalização da matéria atende aos interesses nacionais. Mas esse atendimento encontra-se fundamentado, justamente, na possibilidade de atuação do legislador ordinário, o que, de resto, é prática reconhecida nos países civilizados.”

Tal entendimento encontra respaldo, entre outros, no artigo 172 da Constituição Federal, segundo o qual a lei regulará os investimentos de capital estrangeiro, incentivando os reinvestimentos e a remessa de lucros. Ademais, se à lei ordinária é facultado o estabelecimento de distinções razoáveis entre nacionais e estrangeiros residentes no país, que dirá quanto ao investimento de capital estrangeiro no país. Com relação a estes, cabe apenas o reconhecimento do direito de propriedade, na medida de sua função social, visto que nem aos nacionais é mais assegurado o direito à propriedade absoluta (art. 5.º, inciso XXIII). Dessa forma, a alocação de recursos estrangeiros no país com intuito meramente especulativo, por exemplo, pode e deve ser limitada.

Essas considerações servem para demonstrar, principalmente, que o estrangeiro não pode ser trata-

do como “inimigo externo”, expressão afeta ao senso comum. Antes disso, a pessoa física ou o capital estrangeiro podem ser propulsores do desenvolvimento regional e nacional, desde que a legislação lhes dê o tratamento adequado, exigindo o respeito à função econômica, social e ambiental da propriedade (o que se aplica, diga-se de passagem, também aos brasileiros natos e naturalizados).

Tais exigências, aliadas a uma fiscalização eficiente por parte do Estado, podem viabilizar a estabilidade e o desenvolvimento regional, aspectos imprescindíveis para a definição de uma política de Defesa Nacional eficiente. Ademais, conforme já ressaltado, essa fixação do estrangeiro, pessoa física, no território nacional pode acabar por torná-lo brasileiro, com o merecido reconhecimento do Estado de sua condição de naturalizado, integrando-o à Nação brasileira. A própria Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro), aliás, possibilita a emissão de visto definitivo para o estrangeiro que queira se estabelecer definitivamente no Brasil (art. 16).

Cumprido, então, trazer à baila alguns objetivos e diretrizes da Política de Defesa Nacional, veiculados pelo Decreto 5.484/2005, entre os quais “implementar ações para desenvolver e integrar a região amazônica, com apoio da sociedade, *visando, em especial, ao desenvolvimento e à vivificação da faixa de fronteira*” e a “ampliação da cooperação com os países vizinhos, visando à defesa das riquezas naturais e do meio ambiente”.

Conforme reconhecido ainda no mesmo documento, “a garantia da presença do Estado e a vivificação da faixa de fronteira *são dificultadas pela baixa densidade demográfica* e pelas longas distâncias, associadas à precariedade do sistema de transportes terrestre (...). Estas características facilitam a prática de ilícitos transnacionais e crimes conexos, além de possibilitar a presença de grupos com objetivos contrários aos interesses nacionais.”

Vê-se, pois, que o maior problema não é a presença de estrangeiros na faixa de fronteira, mas sim a falta de presença do Estado, ocasionada justamente pela não-ocupação dessas regiões. Embora seja notória a existência de diversas ONGs de origem estrangeira que atuam à margem da lei em território nacional, percebe-se que essa ocorrência é muito maior em áreas pouco habitadas, como a Amazônia Legal, onde a presença do Estado é menos notada.

Assim, antes de limitar a atividade econômica de estrangeiros em território nacional, o Estado deveria incentivá-la, mas exigindo contrapartidas de natureza social e econômica, bem como o respeito ao meio ambiente. Esse, inclusive, tem sido o norte dos debates sobre a reforma do Código de Mineração, atualmente em curso.

Contudo, na discussão sobre a redução da faixa de fronteira, tema de nossa preocupação específica, vê-se que a questão tem sido colocada, muitas vezes, sob um prisma equivocado.

Prevê o artigo 20, § 2.º, da Constituição que “a faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.”

Observe-se que a Constituição previu sua fixação em até cento e cinquenta quilômetros, possibilitando que a legislação ordinária estipulasse faixa mais reduzida. Entretanto, ao regulamentar esse dispositivo, a Lei 6.634, de 2 de maio de 1979, preferiu fixar como área indispensável à segurança nacional a faixa interna de 150 km de largura.

Note-se, no entanto, que nem a Constituição Federal, nem a Lei da Faixa de Fronteira, veda a realização de atividades nessas áreas. O que a Lei 6.634/1979 faz é: *a)* condicionar o exercício de determinadas atividades ao assentimento prévio do Conselho de Defesa Nacional – CDN (art. 2.º); e *b)* prever contrapartidas e limitações para o estabelecimento de certas empresas na faixa de fronteira (arts. 3.º e 8.º). A essas as limitações devem ser somadas aquelas previstas na Lei n.º 5.709/71, que estipula o número de módulos rurais ou o percentual da área do município que pode ser ocupado por estrangeiros.

Assim, a aquisição de imóvel rural por estrangeiros deve ser informada ao Conselho de Defesa Nacional. Além disso, exige-se que as empresas que exploram recursos naturais nessas regiões, bem como todas aquelas consideradas de interesse nacional, devem ser controladas e administradas por brasileiros, exigindo-se ainda que 2/3 dos seus trabalhadores, pelo menos, sejam brasileiros.

Vale lembrar que a exigência de a empresa brasileira ser controlada por brasileiros tem sido afastada

por força dos Pareceres AGU/LA-04/1994 e AGU/GQ-181/1997, que entenderam que a Constituição de 1988 não havia recepcionado outras distinções além daquelas relacionadas no artigo 171, ora revogado. Assim, qualquer distinção de tratamento entre as empresas brasileiras controladas por brasileiros e as controladas por estrangeiros teriam que ser previstas por nova legislação, publicada posteriormente à EC n.º 6/95.

Essa situação, constatada pelo Parecer GQ-181/1997, da Advocacia-Geral da União, tem estimulado estrangeiros a constituir empresas brasileiras, controladas e administradas por estrangeiros, a fim de se estabelecer nessas áreas. Burlam-se, com isso, as limitações previstas em lei, tornando inócuas muitas dessas normas.

De todo modo, em nosso sentir, a exigência de que tais empresas, ainda que com sede no Brasil e constituídas sob as nossas leis, devam ser administradas e/ou controladas por brasileiros não atende aos interesses ligados à Defesa Nacional (observada as limitações previstas nos arts. 176 e 222, CF/1988). Ao contrário, a legislação pátria deveria ter se preocupado mais com as contrapartidas que deveria exigir das pessoas físicas ou jurídicas, em especial as controladas por estrangeiros, a exemplo da manutenção de 2/3 de trabalhadores brasileiros. Abarca-se, assim, o interesse nacional, com o estímulo ao investimento e à ocupação de áreas geralmente despovoadas.

No que concerne à necessidade de assentimento prévio, contudo, destaque-se que não se deve ver nesse ato uma proibição ao exercício das atividades ali previstas. A função do assentimento prévio, ao contrário, tem sido a de possibilitar o monitoramento e o conhecimento dessas situações, bem como permitir a formulação de políticas públicas específicas para as áreas de fronteira e outras de interesse para a Defesa Nacional.

Por isso, deveria ser aplicado o assentimento prévio mesmo para empresas brasileiras, constituídas com capital estrangeiro, que não se dediquem às atividades para as quais a lei exige hoje, pois esse assentimento permitiria monitorar o avanço do investimento estrangeiro nessas áreas, em vez de limitá-lo. Somente assim se permitirá a fiscalização dessas atividades, especialmente quanto ao cumprimento de suas funções econômicas, sociais e ambientais, e a repressão a atividades ilegais eventualmente exercidas por estrangeiros

que conseguem ficar hoje fora do alcance da visão do Estado.

Conclusão

Dessa forma, entendemos que a discussão, hoje travada em diversos artigos, debates e projetos de lei, não deve ser a respeito da redução da faixa de fronteira. O que se deve buscar, efetivamente, é uma ampla revisão das Leis 5.709/1971 e 6.634/1979, para acabar com limitações desarrazoadas para o investimento e estabelecimento de estrangeiros nessas áreas. Em vez disso, o enfoque das leis deve estar voltado para as contrapartidas que tais pessoas ou empresas podem oferecer à sociedade brasileira.

A simples redução da faixa de fronteira, defendida por alguns, servirá somente para aumentar o desconhecimento que se tem a respeito da região, pois não será mais objeto de monitoramento pelo Conselho de Defesa Nacional, o que dificultará ainda mais a formulação de políticas públicas voltadas especificamente para o desenvolvimento dessas áreas.

Corte Especial

Mandado de Segurança

2008.01.00.034377-8/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz
Impetrante: Arnaldo Kosinski de Assis
Advogados: Dr. Marcelo Cintra Zarif e outro
Impetrado: Presidente do Tribunal Regional Federal da Primeira Região
Divulgação: e-DJF1 de 19/02/2009
Publicação: 20/02/2009

Ementa

Administrativo. Mandado de segurança. Remanejamento de vaga da Seção do Distrito Federal para a Subseção Judiciária de Jequié/BA. Preenchimento alternadamente entre nomeação e remoção. Primeiro cargo vago na localidade. Preenchimento por nomeação. Resolução 630-05/TRF e edital do 4º concurso público do TRF 1ª Região, item 2, subitem 2.1. Ato da administração pública corrigindo erro ocorrido na destinação de vaga para o processo seletivo permanente de remoção. Princípio da autotutela. Inexistência de direito líquido e certo ao preenchimento da vaga por habilitado em processo de remoção.

I – Não há direito líquido e certo do impetrante, habilitado em processo de remoção, ao preenchimento da primeira vaga proveniente de remanejamento, quando Resolução e Edital de concurso asseguram o preenchimento da respectiva vaga por nomeação de candidato aprovado em concurso.

II – Nos termos do enunciado da Súmula 473 do STF “a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

III – A vaga remanejada, para o Cargo de Analista Judiciário, área administrativa, nível superior, pretendida pelo impetrante, foi a primeira surgida na localidade, logo, a sua destinação deve ocorrer em provimento por nomeação, nos termos do art. 6º da Resolução 630-05 e do item 2, subitem 2.1 do Edital do 4º Concurso Público do TRF 1ª Região. Correto o ato da administração que nomeou candidato aprovado em concurso público para o preenchimento da vaga.

IV – Diante da informação de que ato da Presidência tornou sem efeito o provimento por nomeação, surge a possibilidade do preenchimento de referida vaga, por meio remanejamento, pelo impetrante, respeitando-se a alternância de provimento por nomeação e remanejamento, conforme o art. 6º da Resolução 630-05.

V – Segurança concedida.

Acórdão

Decide a Corte Especial, por maioria, conceder a segurança.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 18/12/2008.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por Arnaldo Kosinski de Assis, servidor da Justiça Federal de Primeiro Grau da Primeira Região, Subseção Judiciária de Tabatinga/AM, contra ato do Presidente deste Tribunal Regional Federal da Primeira Região consubstanciado na nomeação do candidato José Roberto Fontes Sales, aprovado em concurso público na localidade de Salvador/BA, para exercer o cargo de Analista Judiciário/Área Administrativa na Subseção Judiciária de Jequié/BA, em vacância decorrente de cargo ocupado pelo servidor João Marcos Murce Menezes, no que teria, no entender do impetrante, havido infringência das regras descritas no Processo Seletivo Permanente de Remoção – PSPR, em indiscutível violação a direito líquido e certo seu.

Narra na inicial:

“O Impetrante é servidor da Justiça Federal, Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Subseção Judiciária de Tabatinga/AM, nomeado e empossado em 12/07/2007 (Doc. 2 e Doc. 3) e lotado na Seção de Administração Financeira e Patrimonial (Seafi), após aprovação em primeiro lugar no concurso público para o cargo de Analista Judiciário/Área Administrativa, Nível Superior, Classe “A”, Padrão 01. (Doc. 4).

No dia 27/03/2008, através do Boletim de Serviço 55, foi publicada a Resolução 630-05 de 24/03/2008, instituindo e regulamentando, no âmbito do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, o Processo Seletivo Permanente de Remoção – PSPR dos seus respectivos servidores, ao qual está submetido o impetrante (Doc. 5).

No mesmo Boletim de Serviço se encontra o Edital/Presi 630-01 de 25/03/2008, que possuía o objetivo de divulgar a existência de vagas para remoção nas localidades relacionadas em seu Anexo I, a serem preenchidas por meio do Processo Seletivo Permanente de Remoção – PSPR (Doc. 5).

Em tal anexo, constava apenas 1 (uma) vaga, localizada em Brasília, para o cargo de Analista Administrativo (Doc. 5).

Ocorre que, no dia 01/04/2008, no Boletim de Serviço 058, houve a republicação do Edital/Presi 630-01 de 25/03/2008, excluindo a referida vaga para o cargo de Analista Administrativo do respectivo Anexo I, mantendo-se inalterado todo o conteúdo restante (Doc. 6).

No dia 02/04/2008, a Secretaria de Recursos Humanos do TRF 1ª Região enviou um e-mail para os Analistas Administrativos justificando o motivo da retificação do Edital/Presi 630-01 de 25/03/2008 (Doc. 7).

Em seu conteúdo alegava-se que a vaga em questão, nos termos do art. 9º da Resolução 630-05/2008, deveria ser destinada obrigatoriamente para o ajuste de um déficit de lotação existente na Subseção Judiciária de Jequié/BA, decorrente da remoção de um Analista Judiciário/Área Administrativa daquela localidade para a Seção Judiciária do Distrito Federal, por determinação judicial com fulcro no art. 36, parágrafo único, III, ‘a’, da Lei 8.112/1990, conforme o Ato/Presi 630-246 de 20/03/2007.

Nesse sentido, o Ato/Presi 630-268 de 14/04/2008 redistribuiu 1 (um) cargo vago de Analista Judiciário/Área Administrativa, do Quadro de Pessoal da Justiça Federal de Primeiro Grau, Seção Judiciária do Distrito Federal, decorrente da vacância do cargo ocupado pelo servidor João Marcos Murce Menezes, para a Seção Judiciária do Estado da Bahia, Subseção Judiciária de Jequié, para suprir o claro de lotação decorrente da remoção da servidora Fabiana Souza Araújo (Doc. 8).

No dia 21/05/2008, o Impetrante inscreveu-se no Programa Seletivo de Remoção Permanente – PSPR, concorrendo desde então a uma vaga de Analista Judiciário/Área Administrativa para o município de Jequié/BA, ocupando a primeira colocação na ordem de classificação (Doc. 9).

Mister ressaltar que o Edital do certame que aprovou o impetrante não faz menção alguma sobre período mínimo de permanência do servidor na localidade em que foi lotado, encontrando-se o impetrante autorizado para beneficiar-se do processo de remoção, sobretudo porque não lhe podem ser imputadas posteriormente condicionantes que nunca estiveram previstas no Edital (art. 11, § 1º, Lei 8.112/1990).

Entretanto, em 27/06/2008, pelo Ato/Presi 630-631 de 25/06/2008, o Presidente do Tribunal Regional Federal da Primeira Região nomeou o candidato José Roberto Fontes Sales, litisconsorte necessário no presente *Writ*, aprovado em Concurso Público realizado em convênio com a Fundação Carlos Chagas na localidade de Salvador/BA, para exercer o cargo de Analista Judiciário/Área Administrativa, Nível Superior, Classe “A”, Padrão 1, pertencente ao Quadro de Pessoal da Justiça Federal de Primeiro Grau, Seção Judiciária do Estado da Bahia, Subseção Judiciária de Jequié, em decorrência da vacância do cargo ocupado pelo servidor João Marcos Murce Menezes (Doc. 10) em clara infringência

às regras descritas no Processo Seletivo Permanente de Remoção – PSPR, e em indiscutível violação ao direito líquido e certo do Impetrante, conforme restará demonstrado ao longo deste *Writ*.

Inconformado o Impetrante ainda enviou e-mail à Secretaria de Recursos Humanos do referido Tribunal (Secre) com o intuito de obter maiores informações sobre o fato, muito embora não tenha obtido qualquer resposta até o presente momento, o que de qualquer forma não inviabiliza a apresentação do presente Mandado em virtude do princípio da inafastabilidade da apreciação do Judiciário (Doc. 11).” (fls. 4/6).

Em defesa de sua pretensão, alega o impetrante:

“A retificação do Edital/Presi 630-01 de 25/03/2008 ocorreu em razão de redistribuição da vaga de Analista Judiciário/Área Administrativa da Seção Judiciária do Distrito Federal para a Subseção Judiciária de Jequié/BA, permanecendo, portanto, vago, o cargo em questão, de modo a continuar destinado ao PSPR, consoante previsto no art. 9º, da mencionada resolução:

Art. 9º Nas localidades onde houver excedentes de lotação decorrentes da aplicação dos quantitativos previstos pela Resolução 5 de 13/04/1999 deste Tribunal e alterações, os cargos vagos serão remanejados para ajustamento de quadro previamente à aplicação do PSPR.

Como se vê, os atos de redistribuição de cargos vagos devem ser promovidos anteriormente à aplicação do Programa Seletivo de Remoção Permanente – PSPR, mantendo a disponibilidade da vaga, ainda que em localidade diversa, para o programa de remoção.

A redistribuição da vaga não se pode confundir com hipótese de provimento de cargo, a ensejar sua suposta indisponibilidade para o programa de remoção e conseqüente nomeação de candidato aprovado no 4º Concurso Público para Provimento de Cargos na Justiça Federal de Primeiro e Segundo Graus da Primeira Região, conforme procedido através do ato coator.” (fl. 7).

“(…) restando comprovado que a vaga para o cargo de Analista Judiciário/Área Administrativa da Seção Judiciária do Distrito Federal para a Subseção Judiciária de Jequié/BA não se trata de vaga surgida por vacância de servidor em momento superveniente à implementação do PSPR, mas, ao contrário, trata-se de vaga que já estava destinada ao programa, mas que foi removida para localidade distinta, certo é o direito do impetrante à remoção e nomeação no cargo.

É de suma importância destacar que a vaga destinada ao cargo em questão é, pois, de natureza

distinta das demais que porventura vierem a surgir nas outras Subseções a partir de então, dado que a sua redistribuição ocorreu durante o período de instauração do Programa Seletivo de Remoção Permanente, o que não será mais possível a partir de então.

Destarte, não pode ser outro o entendimento, senão pela aplicação do art. 12, da Resolução 630-05 de 24/03/2008, o qual destina todos os cargos vagos no início de vigência da norma ao programa de remoção:

Art. 12. Os cargos que se encontrarem vagos na data da entrada em vigor desta Resolução serão objetos de edital, dispensada a observância do prazo previsto no § 2º do art. 2º.

Ora, é indubitoso que a presença do impetrante devidamente inscrito e apto a participar do Programa Seletivo de Remoção Permanente para o cargo vago de Analista Judiciário/Área Administrativa, presente na Subseção Judiciária de Jequié/BA, nos termos da Resolução 630-05 de 24/03/2008, inviabiliza peremptoriamente a destinação da referida vaga a candidato aprovado no 4º Concurso Público para Provimento de Cargos na Justiça Federal de Primeiro e Segundo Graus da Primeira Região, conforme o art. 10 da supracitada Resolução:

Art. 10. Os cargos que não forem preenchidos nos termos desta Resolução serão providos por candidatos habilitados no 4º Concurso Público para Provimento de Cargos na Justiça Federal de Primeiro e Segundo Graus da Primeira Região e pelos subsequentes, destinandose a vaga seguinte a servidor selecionado no PSPR.

Não é outro o posicionamento dos E. Tribunais Regionais Federais e sobre a matéria, que, antes mesmo da edição da Resolução 630-05 de 24/03/2008, já entendiam majoritariamente pela preferência à ocupação de cargos públicos através de provimento por remoção, para que posteriormente sejam providos os cargos por nomeação de candidatos aprovados no certame:

O princípio constitucional que garante a convocação do candidato aprovado em concurso público anterior, com preferência sobre os novos concursados, é o mesmo que deve garantir aos servidores, por questão de antiguidade, a remoção para outras localidades onde haja claros de lotação, prioritariamente sobre os futuros servidores que ingressarão na respectiva carreira.

Nessa acepção, o remanejamento da referida vaga para o Processo de Remoção ora implementado no âmbito do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, não contraria o entendimento do presente Tribunal ao destinar os demais claros de lotação primeiramente aos aprovados no 4º Con-

curso Público para Provimento de Cargos na Justiça Federal de Primeiro e Segundo Grau da Primeira Região, não interferindo nas demais nomeações que com certeza se sucederão.

De tudo até aqui exposto, dúvidas não restam de que o ato de nomeação do Sr. José Roberto Fontes Sales, em 27/06/2008, pelo Ato/Presi 630-631 de 25/06/2008, para exercer o cargo de Analista Judiciário/Área Administrativa, Nível Superior, Classe "A", Padrão 1, pertencente ao Quadro de Pessoal da Justiça Federal de Primeiro Grau, Seção Judiciária do Estado da Bahia, Subseção Judiciária de Jequié, em desfavor do Impetrante, violou direito líquido e certo do impetrante, e, portanto, deve ser anulado em obediência ao princípio da legalidade dos atos administrativos." (fls. 7/10).

Ao final, requereu:

I – o deferimento da liminar, *inaudita altera parte*;

II – a notificação da autoridade coatora para prestar informações no prazo legal;

III – a citação do litisconsorte necessário para ciência do presente *Writ* e para que, querendo, apresente defesa e acompanhe a causa até final julgamento;

IV – a intimação do Ministério Público Federal;

V – e a concessão definitiva da segurança impetrada, confirmando-se os termos da medida liminar, com a definitiva invalidação do ato de nomeação do litisconsorte necessário para o provimento do cargo de Analista Judiciário/Área Administrativa da Subseção Judiciária de Jequié/BA, e com a necessária destinação do impetrante, desta feita a título também definitivo à vaga existente na Subseção Judiciária de Jequié/BA para o cargo de Analista Judiciário/Área Administrativa ao Processo Seletivo Permanente de Remoção – PSPR, seguido da expedição de Ato Presidencial removendo o Impetrante, para a referida localidade." (fl. 11/12).

Negada a liminar (fls. 43/45), foram solicitadas informações à autoridade impetrada, que as prestou às fls. 54/58.

Em face da certidão de fl. 59, que informou ter sido frustrada a citação pelos correios do litisconsorte necessário José Roberto Fontes Sales, requereu o Ministério Público Federal a citação do mesmo por oficial de justiça, a fim de evitar posterior alegação de nulidade (fls. 64/66).

Às fls. 72/73, veio o impetrante aos autos para noticiar que a nomeação do litisconsorte passivo ne-

cessário José Roberto Fontes Sales foi tornada sem efeito, em razão de ter havido desistência do mesmo para o mencionado cargo.

Encaminhados os autos à PRR 1ª Região, veio o parecer de fls. 80/83 em que se manifesta pela denegação da segurança.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Inicialmente, é de se ressaltar que o ato que tornou sem efeito o ato de provimento do Sr. José Roberto Fontes Sales (fl. 74) descaracterizou-o como litisconsorte necessário na presente ação, uma vez não exercer o presente *writ* mais influência em sua esfera de direitos, devendo o feito prosseguir sem a exigência de seu comparecimento aos autos.

Passo ao exame da matéria de fundo propriamente dita.

Busca o impetrante, na condição de servidor da Justiça Federal de Primeiro Grau da Primeira Região, lotado na Subseção Judiciária de Tabatinga/AM, seja-lhe assegurada a destinação de vaga surgida na Subseção Judiciária de Jequié/BA.

O impetrante defende que a vaga aberta para o cargo de Analista Judiciário/Área Administrativa da Subseção Judiciária de Jequié/BA, ao invés de ser preenchida por nomeação de candidatos aprovados no 4º Concurso Público do TRF 1ª Região, deve ser preenchida por meio de remoção, em cujo processo seletivo encontra-se ele em primeiro lugar.

Aduz que o Edital/Presi 630-01, de 23/03/2008, divulgando a existência de vagas para remoção nas localidades relacionadas em seu Anexo I, a serem preenchidas por meio do Processo Seletivo Permanente de Remoção – PSPR (fls. 21/26), oferecia 1 (uma) vaga para Analista Judiciário, Área Administrativa, em Brasília (fl. 25), e que referido Edital foi republicado em 01/04/2008, excluindo a referida vaga para o cargo de

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Federais Hilton Queiroz, Carlos Moreira Alves, Daniel Paes Ribeiro, Catão Alves, Italo Fiavoranti Sabo Mendes, Carlos Olavo, Souza Prudente, Maria do Carmo Cardoso e Tourinho Neto.

Analista Administrativo do respectivo Anexo I, mantendo-se inalterado todo o conteúdo restante.

Como justificativa do ato de republicação, excluindo a referida vaga, o impetrante afirma ter recebido um *e-mail* da Administração do Tribunal justificando tal medida, uma vez que, nos termos do art. 9º da Resolução 630-005/2008, a vaga deveria ser destinada obrigatoriamente para o ajuste de um déficit de lotação existente na Subseção Judiciária de Jequié/BA, decorrente da remoção de um Analista Judiciário/Área Administrativa daquela localidade para a Seção Judiciária do Distrito Federal, por determinação judicial com fulcro no art. 36, parágrafo único, III, “a”, da Lei 8.112/90, conforme o Ato/Presi 630-246, de 20/03/2007.

Argumentando que a distribuição da vaga ocorreu durante o período de instauração do Programa Seletivo Permanente de Remoção, invoca, em seu favor, a aplicação do art. 12 da Resolução 630-05, de 24/03/2008, uma vez que ela destina todos os cargos vagos, no início de vigência da norma, ao programa de remoção.

Esse o teor do art. 12 da respectiva Resolução:

“Art. 12. Os cargos que se encontrarem vagos na data da entrada em vigor desta Resolução serão objetos de edital, dispensada a observância do prazo previsto no § 2º do art. 2º.”

Das informações prestadas pela autoridade impetrada, destaco:

(...) o impetrante tomou posse na Justiça Federal de Primeiro Grau da Primeira Região, Subseção Judiciária de Tabatinga em 12/07/2007 no cargo de Analista Judiciário/Área Administrativa.

3. No dia 27/03/2008 foi publicado no Boletim de Serviço 55 a Resolução 630-05 de 24/03/2008 instituindo e regulamentando no âmbito do TRF 1ª Região, o Processo Seletivo Permanente de Remoção – PSPR.

4. No mesmo Boletim de Serviço foi divulgado o Edital/Presi 630-01, de 25/03/2008, com o objetivo de tornar pública a existência de vagas para remoção, nas localidades constantes em seu Anexo I, que seriam preenchidas, oportunamente, por meio do PSPR.

5. Segundo o disposto no Anexo I do Edital, constava apenas 1 (uma) vaga, localizada em Brasília, para o cargo de Analista Judiciário/Área Administrativa.

6. No dia 01/04/2008, no Boletim de Serviço 58, foi republicado o Edital/Presi 630-01, de 25/03/2008, excluindo a referida vaga de Analista Administrativo do respectivo Anexo I, e mantendo-se todo o conteúdo do Edital e Anexo I inalterados.

7. O impetrante recebeu da Secretaria de Recursos Humanos do TRF 1ª Região um e-mail, que foi enviado para todos os Analistas Judiciários/Área Administrativa, justificando o motivo da retificação do Edital/Presi 630-01, de 25/03/2008.

8. O conteúdo da mensagem dispunha que a vaga em questão, segundo os termos do art. 9º da Resolução 630-05/2008, deveria ter sido obrigatoriamente destinada para um ajuste de déficit de lotação existente na Subseção Judiciária de Jequié/BA, decorrente da remoção de um Analista Judiciário/Área Administrativa daquela localidade para a Seção Judiciária do Distrito Federal, por determinação judicial com fulcro no art. 36, parágrafo único, III, “a”, da Lei 8.112/1990, conforme o Ato/Presi 630-246, de 20/03/2007.

9. O impetrante aduz que o Ato/Presi 630-631 de 25/06/2008 que nomeou o candidato José Roberto Fontes Sales, aprovado em concurso público na localidade de Salvador/BA, para exercer o cargo de Analista Judiciário/Área Administrativa na Subseção Judiciária de Jequié/BA, em decorrência da vacância do cargo ocupado pelo servidor João Marcos Murce Menezes infringe as regras descritas no Processo Seletivo Permanente de Remoção – PSPR, em indiscutível violação ao direito líquido e certo do impetrante.

10. Por fim, alega que a redistribuição de vaga não se pode confundir com hipótese de provimento de cargo, a ensejar sua suposta indisponibilidade para o programa de remoção, e consequente nomeação de candidato aprovado no 4º Concurso Público para Provimento de Cargos na Justiça Federal de Primeiro e Segundo Graus da Primeira Região.

11. Cabe esclarecer, que o Edital do 4º Concurso Público não ofereceu vagas para preenchimento em Jequié/BA.

12. O Capítulo, I, item 2, subitem 2.1 do Edital ao tratar do preenchimento de vagas assim dispôs:

“I – Das Disposições Preliminares

(...)

2 – O concurso destina-se ao provimento de cargos constantes do Anexo III deste edital e daqueles que estiverem vagos por ocasião da homologação do concurso.

2.1 – Os cargos que vierem a vagar ou forem criados durante o prazo de validade do concurso,

em cada localidade, serão destinados, alternadamente, um para candidato aprovado no certame, outro para remoção.”

13. Por outro lado a Resolução 630-05/TRF, que regulamentou o PSPR, no Capítulo III – Do Preenchimento das Vagas, estabeleceu:

“Capítulo III – Do Preenchimento das Vagas

Art. 6º – Os claros de lotação decorrentes das movimentações serão preenchidos:

a) por meio de remanejamento de cargo vago – na mesma carreira, observados os quantitativos previstos na Resolução 5 de 13/04/1999 do TRF 1ª Região e alterações.

b) pela nomeação de candidato aprovado em Concurso Público para Provimento de Cargos na Justiça Federal de 1º e 2º graus da Primeira Região, observada a alternância entre nomeação e remoção; ou

c) pela remoção do servidor de outra localidade;”

14. Segundo, informações prestadas pela Divisão de Cadastro de Pessoal deste Tribunal, a vaga surgida na localidade de Jequié/BA, ocorreu em virtude da remoção da servidora Fabiana de Souza Araújo da Subseção Judiciária de Jequié/BA para a Seccional do Distrito Federal. (doc. anexo)

15. Tal fato gerou um claro de lotação na localidade de Jequié/BA, que posteriormente foi corrigido com o remanejamento da vaga da Seção Judiciária do Distrito Federal para a Subseção Judiciária de Jequié/BA.

16. O remanejamento da vaga para a localidade de Jequié/BA ensejou o surgimento do 1º (primeiro) cargo vago na localidade que foi destinado para provimento por candidato aprovado em concurso público, conforme disposto no item 2, subitem 2.1 do Edital.

17. O candidato José Roberto Fontes Sales habilitado no concurso público na localidade de Salvador/BA e classificado no 2º (segundo) lugar optou por ser nomeado na localidade de Jequié/BA, pois não foram oferecidas vagas para o provimento do cargo de Analista Judiciário/Área Administrativa naquela localidade.

18. Dessa maneira, a vaga pleiteada pelo impetrante decorrente do remanejamento de vaga da Seção Judiciária no Distrito Federal/DF, para a Subseção Judiciária de Jequié/BA com a finalidade de corrigir claro de lotação deixado com a remoção da servidora Fabiana de Souza Araújo, Analista Judiciária/Área Administrativa, da Subseção Judiciária de Jequié/BA para a Seccional do Distrito Federal já foi preenchida por candidato aprovado no 4º Concurso, conforme determina o item 2, subitem

2.1 do Edital, ou seja “os cargos que vierem a vagar ou forem criados durante o prazo de validade do concurso, em cada localidade, serão destinados, alternadamente, um para candidato aprovado no certame, outro para remoção”.

19. Portanto, na conformidade das informações prestadas pela Dicap o impetrante Arnaldo Kosinski de Assis, Analista Judiciário/Área Administrativa, lotado na Subseção Judiciária de Tabatinga não está sujeito a cláusula de permanência que impeça sua movimentação e está regularmente inscrito e classificado no Processo Seletivo Permanente de Remoção – PSPR, para a Subseção Judiciária de Jequié/BA, dessa maneira a próxima vaga que vier a surgir naquela localidade, será destinada a remoção.

20. Finalmente, informo, que o pleito do impetrante será atendido com a abertura da próxima vaga, para Analista Judiciário/Área Administrativa na Subseção de Jequié/BA, pois, o mesmo é o 1º (primeiro) classificado no PSPR, com opção para aquela localidade.” (fls. 54/58).

Dos fatos apresentados pelo impetrante (fls. 04/06) e das informações prestadas pela autoridade impetrada, verifica-se que a vaga ora pleiteada é decorrente do remanejamento de vaga da Seção Judiciária do Distrito Federal, para a Subseção Judiciária de Jequié/BA, que ensejou o surgimento do 1º (primeiro) cargo vago nesta localidade, tendo este sido destinado para o provimento por candidato aprovado em concurso público, na forma do disposto no item 2, subitem 2.1 do Edital do 4º Concurso Público do TRF/1ª Região, que assim prescreve:

“2 – O concurso destina-se ao provimento de cargos constantes do Anexo III deste edital e daqueles que estiverem vagos por ocasião da homologação do concurso.

2.1 – Os cargos que vierem a vagar ou forem criados durante o prazo de validade do concurso em cada localidade, serão destinados, alternadamente, um para candidato aprovado no certame, outro para remoção.” (grifos nossos).

No mesmo passo é a dicção da Resolução 630-05/TRF, que regulamentou o Programa Seletivo Permanente de Remoção – PSPR, ao tratar no Capítulo III – do Preenchimento das Vagas, estabelecendo:

“Art. 6º – Os claros de lotação decorrentes das movimentações serão preenchidos:

a) por meio de remanejamento de cargo vago na mesma carreira, observados os quantitativos

vos previstos na Resolução 5 de 13/04/1999 do TRF 1ª Região e alterações.

b) pela nomeação de candidato aprovado em Concurso Público para Provimento de Cargos na Justiça Federal de 1º e 2º graus da Primeira Região, observada a alternância entre nomeação e remoção; ou

c) pela remoção do servidor de outra localidade;" (os grifos são nossos).

Destarte, a vaga da Seção Judiciária do Distrito Federal adveio da vacância do cargo ocupado, conforme as informações prestadas pela autoridade impetrada, por João Marcos Murce Menezes, tendo sido incluída por equívoco pela Administração dentre aquelas destinadas à remoção divulgadas no Edital/PRESI 630-01, cuja publicação ocorreu em 27/03/2008, e por ela excluída com a republicação do referido edital.

Com efeito, é facultado à Administração Pública, usando do seu Poder de Autotutela, corrigir os defeitos de seus atos administrativos. Tem ela, quando da prática de ato ilegal, o dever de corrigi-lo retirando-o do ordenamento jurídico, seja revogando ato inconveniente ou inoportuno, seja anulando ato maculado de ilegalidade.

Ao falar do Princípio da Autotutela, Diogo de Figueiredo Moreira Neto sintetiza:

Este princípio exprime o duplo dever da Administração Pública de controlar seus próprios atos quanto à juridicidade e à adequação ao interesse público, o que corresponde aos controles, a seu cargo, de legalidade, de legitimidade e de licitude, que são vinculantes, e ao controle de mérito que é discricionário.

Ainda nos termos do enunciado da Súmula 473 do STF:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Em assim sendo, não se vislumbra agressão a direito do impetrante o fato de a Administração do TRF 1ª Região republicar o Edital/Presi 630-01, corrigindo mero erro de destinação de vaga ao Processo Seletivo Permanente de Remoção.

Nesse diapasão, considerando que a vaga remanejada para a Subseção Judiciária de Jequié/BA foi a primeira surgida na localidade, a sua destinação deve ocorrer em provimento por nomeação, nos termos do art. 6º da Resolução 630-05 e do item 2, subitem 2.1 do Edital do 4º Concurso Público do TRF 1ª Região.

Todavia, diante da informação de que o Ato/Presi 630-807, de 06/08/2008, tornou sem efeito, nos termos do art. 13, § 6º, da Lei 8.112/1990, a nomeação do candidato José Roberto Fontes Sales, feita pelo Ato/Presi 630-631, de 25/06/2008, para o cargo de Analista Judiciário, Área Administrativa, Nível Superior, Classe "A", Padrão 1, do Quadro de Pessoal da Justiça Federal de Primeiro Grau, Seção Judiciária do Estado da Bahia, Subseção Judiciária de Jequié, entendo ser possível o preenchimento de referida vaga, por meio remanejamento, pelo impetrante, já que frustrado o seu provimento por nomeação (cf. fl. 74).

À vista do exposto, concedo a segurança para assegurar ao impetrante o direito de preencher a vaga para o cargo de Analista Judiciário, Área Administrativa, Nível Superior, do Quadro de Pessoal da Justiça Federal de Primeiro Grau, Seção Judiciária do Estado da Bahia, Subseção Judiciária de Jequié, conforme pleiteado.

É o voto.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Senhor Presidente, a minha compreensão a respeito da questão é a mesma do Desembargador Federal Carlos Moreira Alves. Efetivamente, se a vaga é originariamente destinada a candidato habilitado em concurso, não pode ser provida pelo impetrante que pretende remoção. Nomeado um candidato para essa vaga, ele não aceitou, terá que ser chamado outro na ordem de classificação. Se o Tribunal der essa vaga ao impetrante, resolve a situação do impetrante, mas criará outro problema, que o candidato que estiver na vez certamente impetrará mandado de segurança, alegando seu direito líquido e certo de ser nomeado. Portanto, acompanho a divergência.

Primeira Seção

Embargos Infringentes na Apelação Cível

1997.01.00.064480-6/BA

Relator: O Exmo. Des. Federal José Amilcar Machado
Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (convocado)
Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procurador: Dr. Henrique Troccoli Júnior
Embargado: Carlos Armando Hita
Advogados: Dr. José Alberto Couto Maciel e outros
Divulgação: e-DJF1 de 19/02/2009
Publicação: 20/02/2009

Ementa

Previdenciário. Aposentadoria por tempo de serviço. Acordo previdenciário Brasil-Argentina. Reconhecimento do tempo de serviço prestado em um país para contagem e averbação no outro. Desnecessidade de compensação entre os regimes na ordem constitucional anterior. Benefício de aposentadoria por tempo de serviço expressamente contemplado no acordo. Embargos infringentes improvidos.

I – Requerida aposentadoria por tempo de serviço sob a égide da Constituição de 1969 e os dispositivos da Lei 3.807/1960 (LOPS) e do Decreto 83.080/1979, não há falar-se em compensação financeira entre os regimes para fins de contagem recíproca de tempo de serviço, pois que se trata de medida estabelecida, apenas, com a Constituição de 1988. Ademais, a compensação, se existisse, deveria se suceder entre os órgãos gestores, não competindo ao segurado diligenciar nesse sentido.

II – A existência de acordo previdenciário entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina, aprovado pelo Decreto Legislativo 95, de 05/10/1982, e promulgado pelo Decreto 87.918, de 07/12/1982, onde se estabeleceram os benefícios previdenciários a que os cidadãos de ambos os países teriam direito, afasta a possibilidade de o INSS recusar a concessão de aposentadoria por tempo de serviço no Brasil a cidadão argentino sob o argumento de não haver tratamento recíproco, já que prevista essa possibilidade expressamente. A reciprocidade decorre do acordo firmado, aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado pelo presidente da República.

III – Embargos infringentes a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Primeira Seção, à unanimidade, negar provimento aos embargos infringentes.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 07/10/2008.

Juiz Federal *Evaldo de Oliveira Fernandes, filho*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho: — Trata-se de embargos infringentes interpostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS em face de acórdão (fls.156/164), não unânime, proferido pela Segunda Turma Suplementar deste Tribunal, que deu provimento à apelação aviada por Carlos Armando Hita, reformando a sentença de primeiro grau. O voto vencido que oportunizou estes infringentes foi da lavra do eminente Desembargador Federal Hilton Queiroz.

Em suas razões de embargar (fls. 192/201), disse que o voto prevalecente reconheceu o direito do autor/apelante ao benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de serviço, fundamentando-se na premissa de que previsto no Decreto Legislativo 95 de 1982. Salienta que o voto vencido, que pretende prevaleça, negava o direito à aposentadoria do apelante no Brasil posto não provada a compensação financeira entre os regimes previdenciários dos dois países — Brasil e Argentina. Averbando que o provimento do apelo fere a norma contida no art. 195, § 5º, da CF/1988, afirma, ainda, que a Previdência Social é constituída com base no caráter contributivo, sendo custeada por toda a sociedade e, como expressão deste princípio, faz-se necessária a compensação entre os regimes de previdência. Diz, também, que, opostos embargos de declaração não acolhidos, o julgamento foi omisso quanto aos pontos aduzidos e os dispositivos legais indicados.

Pugna, ao final, para que o recurso seja acolhido e provido, nos termos do art. 530 do CPC, a fim de, reexaminada a questão, prevalecer o voto vencido, pois não há no regime previdenciário argentino previsão de aposentadoria por tempo de serviço; não há comprovação da fonte de custeio necessária a percepção do benefício no Brasil; e, não há nos autos comprovação do quanto alegado pelo autor na lide.

Admitidos os embargos, apresentaram-se contra-razões (fls. 204/206), onde o embargado/apelante alega que a decisão que lhe reconheceu o direito à aposentadoria por tempo de serviço, com fundamento nas disposições do Decreto Legislativo 95, de 1982, promulgado pelo Decreto Federal 87.918, de 07/12/1982, deve prevalecer. Defende que acordos tais, ao serem ratificados, inserem-se na Previdência Oficial dos paí-

ses firmatários, como se nativos fossem, sujeitando-se às leis que a regem, incluindo-se a previsão de fundos.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho: — Presentes os pressupostos gerais e específicos de admissibilidade, conheço destes embargos infringentes. Ressalto que, ao dar provimento à apelação por maioria, o julgamento culminou por reformar a sentença de primeiro grau, o que satisfaz o primeiro e principal requisito ao manejo do recurso ora conhecido, conforme prevê o art. 530 do CPC.

Pois bem.

A matéria em debate concerne a pedido de aposentadoria por tempo de serviço, a contar, observo, de 21/07/1988, data do requerimento administrativo, com fulcro no Decreto Legislativo 95/1982, que aprovou o *Acordo de Previdência Social* firmado entre Brasil e Argentina ou, alternativamente, aposentadoria por velhice, esta a partir de 02/10/1990.

Em face da improcedência do seu pedido, o autor interpôs recurso de apelação, ao qual, por maioria, deu-se provimento, sendo que o voto vencedor reconheceu o direito ao benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de serviço, porque previsto no Decreto Legislativo 95, de 1982, nada obstante a falta de comprovação da compensação financeira entre os regimes previdenciários dos dois países — Brasil e Argentina —, fundamento apresentado o voto vencido para negar acolhida ao apelo.

Ao ver do embargante, o voto vencedor fere a norma contida no art. 195, § 5º, da CF/1988, pois a Previdência Social é constituída com base no caráter contributivo e custeada por toda a sociedade, devendo, assim, haver compensação entre os regimes de previdência. Dessa forma, inconstitucional seria o Decreto Legislativo 95/1982 ao isentar o postulante de demonstrar a compensação financeira para gozar no Brasil do

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Federais Carlos Olavo, Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Neuza Alves, Francisco de Assis Betti e os Exmos. Srs. Juizes Federais Evaldo de Oliveira Fernandes Filho e Iran Velasco Nascimento (convocados).

benefício pretendido. Pede, portanto, que prevaleça o voto vencido, prolatado pelo Desembargador Federal Hilton Queiroz, cujo teor foi o seguinte:

Peço vênia para divergir do eminente Relator e negar provimento à apelação, considerando que não foi demonstrada a compensação financeira entre os regimes previdenciários dos dois países – Brasil e Argentina, de sorte que, à míngua dessa demonstração e considerando que não se deve instituir benefício sem fonte de custeio, nego provimento à apelação.

Antecipo que, conquanto respeite o posicionamento lançado no voto vencido, posicione-me com o voto vencedor.

Primeiramente, é mister frisar que a pretensão vertida na peça de intróito lastreia-se em legislação e no regime constitucional anteriormente às vigentes Constituição Federal e Lei 8.213/1991. Com efeito, o pedido de aposentadoria por tempo de serviço data de 21/07/1988, quando ainda vigentes a Carta de 1969, a LOPS (Lei 3.807/1960) e o Decreto 83.080/1979.

Nesse contexto fático e legal, já por aqui, com as devidas vênias ao eminente Desembargador Federal prolator do voto vencido, é de se afastar a compensação financeira entre os regimes previdenciários como condição ao deferimento do benefício pretendido — aposentadoria por tempo de serviço. A tanto chego, porque no ordenamento constitucional e legal então vigente, tal como há no atual (CF/1988, art. 201, § 9º, e Lei 8.213/1991, art. 94), não havia previsão de ser necessária a compensação entre os regimes para ser considerado por outro o tempo de serviço prestado em um. Basta ver que ao tratar da contagem recíproca de tempo de serviço, o Decreto 83.080/1979, que cuidou de regulamentar a Lei 3.807/1960, por seus arts. 201 e seguintes, em momento algum, exigiu ou mesmo previu a compensação aventada.

Ademais, penso que, mesmo se necessária fosse a compensação financeira entre os regimes, trata-se de providência a ser tomada pelos órgãos gestores e somente por eles, não sendo lícito exigir-se dos segurados que diligenciem nesse sentido junto aos sistemas a que estavam vinculados. Ao segurado compete, apenas, provar o tempo de serviço que pretende ver reconhecido e averbado. Ao órgão gestor do sistema previdenciário que suportará o ônus de eventual benefício concedido por força da averbação do tempo de serviço

é que compete buscar, se devido, o ressarcimento financeiro.

Por outro lado, no que tange à ausência de previsão de idêntico benefício, aposentadoria por tempo de serviço, aos brasileiros que trabalhem na República Argentina, tenho que as razões expendidas no voto vencedor, só por si, prestam-se a bem demonstrar a improcedência do inconformismo recursal trazido pela autarquia previdenciária.

Não bastasse o que já se disse no julgamento anterior, essa pontual questão, a meu ver, restou superada a partir do momento em que se ratificou o acordo de Previdência Social entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Argentina pelo Decreto 87.918, de 07/12/1982, acordo esse aprovado pelo Decreto Legislativo 95, de 05/10/1982

Conforme ficou estabelecido, garantiu-se aos argentinos que trabalhem no Brasil aposentadoria por tempo de serviço (art. I, 1, “A”, “a”, 5), assegurando-lhes que “os períodos de serviço cumpridos em épocas diferentes em ambos os Estados Contratantes poderão ser totalizados para concessão das prestações previstas no artigo I. O cômputo desses períodos se regerá pela legislação do país onde tenham sido prestados os serviços respectivos” (art. VII).

Reforça, mais ainda, a conclusão de ser direito do embargado a aposentadoria por tempo de serviço em virtude do ajuste estabelecido entre Brasil e Argentina e objeto do decreto aqui já tantas vezes citado o preceito constante do art. II, 1, segundo o qual “as legislações enumeradas no artigo I, vigentes, respectivamente no Brasil e na Argentina, aplicar-se-ão igualmente aos trabalhadores brasileiros na Argentina e aos trabalhadores argentinos no Brasil, os quais terão os mesmos direitos e obrigações que os nacionais do Estado contratante em cujo território se encontrem”. As únicas exceções são as fixadas pelo art. III, sendo certo que, entre elas, não se encontra a aposentadoria por tempo de serviço. Dessa forma, vale dizer: tal como restou estabelecido, ao cidadão argentino que trabalha no Brasil aplicam-se, sem distinções ou restrições, as regras constantes da legislação previdenciária aqui vigente, pouco importando se na Argentina há similaridade ou identidade de direitos.

De se ver, portanto, que o próprio pacto firmado entre os dois países cuidou de afastar quaisquer questionamentos relativos à ausência de tratamento

recíproco, com a concessão de idênticos benefícios aos seus nacionais, visto que, expressamente, dispôs quais e como haveriam de ser concedidos os benefícios previdenciários que se acertou deferir pelos sistemas previdenciários. Não é demais lembrar que os acordos firmados pelo presidente da República e aprovados pelo Congresso Nacional inserem-se em nosso ordenamento jurídico no mesmo plano que as leis ordinárias.

Antes de finalizar, destaco que a matéria não é desconhecida de nossos tribunais, já se tendo decidido no mesmo sentido que ora esposo, consoante estampam as ementas a seguir transcritas:

Administrativo, Previdenciário e Processual Civil. Razões recursais em desacordo com a sentença. Não conhecimento do apelo. Servidor público. Contagem de tempo de serviço prestado no exterior. Aproveitamento para fins previdenciários. Possibilidade. Acordo Brasil/Portugal. Princípio da legalidade.

I. Não se conhece de recurso que apresente razões de impugnação dissociadas das questões tratadas na sentença, abordando matéria estranha à lide.

II. Tendo o autor, servidor público vinculado à UFRGS, exercido labor em Portugal, tem direito à averbação de tal tempo de serviço, o qual deverá ser considerado para a contagem necessária à aposentadoria, conforme atestado pelo Estado Português, produzindo efeitos previdenciários no Brasil.

III. Existindo acordo previdenciário entre Brasil e Portugal, abarcando a hipótese fática do autor, não pode a Administração simplesmente negar-se a reconhecer o tempo de serviço por ele prestado, o que vulneraria o princípio da legalidade, insculpido pelo art. 37 da CF/1988, ao qual estão adstritos todos os atos administrativos.

IV. Aplicação do Acordo Internacional de Seguridade Social ou Segurança Social celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa, garantindo aos trabalhadores portugueses e brasileiros os mesmos direitos e obrigações dos nacionais em cujo território residem.

V. Apelo do INSS não conhecido. Apelo da União desprovido. Apelo do autor provido.

(TRF/4ª Região, AC 2003.71.00.004381-8, Relator Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Terceira Turma, D.E. 09/07/2008.)

Administrativo e Processual Civil. Servidor público. Cômputo do tempo de serviço prestado na Argentina. Acordo previdenciário. Efeitos.

I. Nos termos do Acordo Brasil/Argentina, depreende-se descabida a exigência do recolhimento das contribuições previdenciárias, eis que o autor já as recolheu na Argentina, pois o mencionado acordo prevê o acerto entre entidades gestoras de cada país – art. XIV. Impõe-se, ainda, o reconhecimento do tempo de serviço prestado na Argentina, para fins de aposentadoria, expedindo-se a respectiva certidão. No regime do Estado de Direito não há lugar para o arbítrio por parte dos agentes da Administração Pública, pois a sua conduta perante o cidadão é regida, única e exclusivamente, pelo princípio da legalidade, insculpido no art. 37 da Magna Carta. Por conseguinte, somente a lei pode condicionar a conduta do cidadão frente ao poder do Estado, sendo nulo todo ato da autoridade administrativa contrário ou extravasante da lei, e como tal deve ser declarado pelo Poder Judiciário quando lesivo ao direito individual. Nesse sentido, também, a lição de Charles Debbsch e Marcel Pinet, verbis: "L'obligation de respecter les lois comporte pour l'administration une double exigence, l'une négative consiste à ne prendre aucune décision qui leur soit contraire, l'autre, positive, consiste à les appliquer, c'est-à-dire à prendre toutes les mesures réglementaires ou individuelles qu'implique nécessairement leur exécution.:

(In Les Grands Textes Administratifs, Sirey, Paris, 1970, p. 376:

II. Precedentes da Corte.

III. Provimento da apelação do autor e improvimento da apelação do INSS e da remessa oficial.

(TRF/4ª Região AC 2003.71.00.021669-5/RS, Rel. Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Terceira Turma, DE 06/06/2007.)

Previdenciário. Averbação de tempo de serviço. Atividades desenvolvidas na República Oriental do Uruguai. Procedência do pedido. Princípio da isonomia. Existência de acordo entre o Brasil e o Uruguai.

I. Conforme preceitua o artigo 3º, 1, do Acordo firmado entre a República Oriental do Uruguai e a República Federativa do Brasil, trabalhadores uruguaios e trabalhadores brasileiros terão os mesmos direitos e as mesmas obrigações dos nacionais do estado em cujo território residam.

II. Embora a lei uruguaia não preveja a aposentadoria por tempo de serviço, deixar de permitir ao autor o aproveitamento de tempo de serviço seria quebrar os objetivos transfundidos no princípio da isonomia, visto que ofereceria tratamento

jurídico dispar a trabalhador uruguaio residente há muitos anos no Brasil.

(TRF/4ª Região, AC 2000.04.01.075791-0/RS, Rel. Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, Sexta Turma, *DJ* 06/06/2001.)

Previdenciário. Reconhecimento de tempo de serviço prestado em Portugal. Reciprocidade diante do acordo realizado entre Brasil e Portugal em 07/05/1991 e promulgado pelo decreto n.º 1457/95 que aperfeiçoou o antigo acordo realizado entre essas nações em 17/10/1969. Honorários advocatícios.

I - Há de ser reconhecido tempo de serviço prestado por brasileiro em Portugal, para fins previdenciários, em virtude da reciprocidade instituída pelo acordo realizado em 17 de outubro de 1969, aperfeiçoado pelo acordo de 7 de maio de 1991 entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, promulgado pelo Decreto 1457/1995.

II - Honorários advocatícios mantidos em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, a teor do que dispõe o § 3º do art. 20 do CPC.

III - Apelação e remessa oficial improvidas.

(TRF/3ª Região, AC 1999.03.99.006348-8, Rel. Desembargador Federal Theotonio Costa, Primeira Turma, *DJ* 09/10/2001.)

Por todo o exposto, nego provimento aos presentes embargos infringentes.

É como voto.

Segunda Seção

Embargos Infringentes

2003.34.00.003128-8/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz
Embargante: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Renato Brill de Góes
Embargado: Antônio Luiz Ramalho Campos
Advogados: Dr. Claudismar Zupiroli e outros
Embargados: Jofran Frejat e outro
Advogados: Dr. Daniel Ayres Kalume Reis e outro
Divulgação: e-DJF1 de 19/02/2009
Publicação: 20/02/2009

Ementa

Processual Civil. Administrativo. Embargos infringentes. Ausência de nulidade quanto à atuação dos juízes convocados como desembargadores. Preliminar rejeitada. Voto vencido que manteve penalidades aplicadas a ex-secretários de saúde do Distrito Federal. Prestação de contas perante o Conselho de Saúde e Câmara Legislativa. Art. 12 da Lei Federal 8.689/1993. Ausência de marcação de audiências públicas na câmara legislativa. Ofício do conselho de saúde comunicando o cumprimento das exigências legais. Manutenção do voto vencedor.

I – A convocação de juízes federais está prevista no art. 118 da LC 35, de 14/03/1979 (Loman). Os juízes convocados atuarão em substituição aos membros dos TRF, logo, atuarão como desembargadores. Ademais, o STJ já entendeu que “a participação dos juízes convocados não enseja o conhecimento de uma ilicitude, já que se trata de atuação em substituição.” (Notícia divulgada no dia 19/09/2008 no sítio do STJ).

II – Como regra geral, as infrações elencadas no art. 11 da Lei 8.429/1992 independem do ânimo do agente.

III – Contudo, na hipótese presente, a prestação de contas em audiência pública junto à Câmara Legislativa do Distrito Federal dependia de marcação da Câmara e o Conselho de Saúde oficiou comunicando o cumprimento das exigências legais.

IV – Assim, não havendo prova do alegado prejuízo ao controle social das ações dos ex-secretários de saúde, agiu bem o juiz que lavrou o voto vencedor, em afastando as condenações por ato de improbidade. As contas prestadas, embora não tenham cumprido as formalidades legais, não foram censuradas pelos órgãos apontados como controladores. Não houve má-fé dos gestores.

V – Embargos infringentes improvidos.

Acórdão

Decide a Segunda Seção negar provimento aos embargos infringentes, à unanimidade.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 10/12/2008.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Trata-se de embargos infringentes opostos pelo Ministério Público Federal contra acórdão assim ementado:

Constitucional. Administrativo. Ato de improbidade administrativa. Má-fé. Inexistência. Des-caracterização

I — “É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Conseqüentemente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade...” (REsp 480387/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/03/2004, DJ 24/05/2004 p. 163).

II. No caso sob exame, ressaltando dos elementos constantes nos autos a inexistência de má-fé, impõe-se o reconhecimento da inexistência de responsabilidade pela prática de ato de improbidade administrativa.

III. Recurso provido. (fl. 1.393).

Alega, como preliminar, a nulidade do acórdão porque a Turma julgadora estava formada majoritariamente por juízes federais e cita precedente do STJ.

Quanto ao mérito, sustenta caber “ao gestor do Sistema Único de Saúde em cada esfera de governo — no caso, o Secretário de Saúde do Distrito Federal — a prestação de contas de sua gestão em duas frentes: a) perante o conselho de Saúde como forma de controle interno; e b) em audiência pública na Câmara Legislativa” (fl. 1.413). Assinala, então, que “a presença de dolo específico é prescindível para fins de enquadramento nas condutas classificadas como ímprobos no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa” (fl. 1.417).

Pede ao final:

Ante o exposto, em face dos fundamentos jurídicos apresentados, pugna o Ministério Público Federal, por meio dos presentes embargos infringentes, seja o presente recurso levado à c. 2ª Seção desse e. TRF1, e que lá seja conhecido e provido, a fim de que seja declarado nulo o acórdão recorrido. Caso assim não entenda, requer seja conhecido e provido na sua integralidade, para que prevaleça o voto vencido no acórdão e, assim, seja mantida a sentença de primeiro grau. (fls. 1.418/1.419).

Jofran Frejat e Paulo Afonso Kalume Reis apresentaram contrarrazões às fls. 1.27/1.445 e Antônio Luiz Ramalho Campos às fls. 1.447/1.452.

Os embargos foram admitidos pelo Desembargador Federal Cândido Ribeiro (fl. 1.454).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Procuradora Regional da República Andréa Lyrio Ribeiro de Souza, opinou pelo provimento dos embargos infringentes (fls. 1.463/1.473).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — A convocação de juízes federais está prevista no art. 118 da LC 35, de 14/03/1979 (Loman) que prevê que os juízes convocados atuarão em substituição dos membros dos Tribunais Regionais. Logo, o juiz federal atua como Desembargador.

Ademais, no dia 19/09/2008, foi divulgada a seguinte notícia do STJ:

A quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou o pedido de liminar no habeas corpus em favor do empresário Luiz Estevão, acusado de efetuar operação de câmbio não autorizada, promovendo evasão de divisas. A defesa do acusado entrou com o pedido de liminar em habeas corpus no STJ contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1).

A defesa do empresário, ao recorrer no STJ, alega a ocorrência de constrangimento ilegal em razão do julgamento de apelação no TRF1 ter sido realizado por uma Turma composta majoritariamente por juízes de 1º grau (substitutos).

Em seu voto, o ministro relator Felix Fischer sustenta que a análise dos autos não permite a constatação de indícios suficientes para a configuração do constrangimento ilegal alegado pela defesa. Afirma também que, conforme as informações prestadas pelo TRF1, a participação dos juízes convocados não enseja o conhecimento de uma ilicitude, já que se trata de atuação em substituição.

Processo: HC 110705.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Hilton Queiroz, Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, Assusete Magalhães, Mário César Ribeiro e Cândido Ribeiro.

Rejeito a preliminar.

Requer o embargante o prevaecimento do voto vencido de autoria do Juiz Federal Saulo Casali Bahia que negou provimento às apelações dos requeridos da presente ação de improbidade, mantendo as penalidades assim aplicadas:

Em face do exposto, julgo procedente o pedido, para:

- a) suspender os direitos políticos dos réus pelo prazo de 3 (três) anos;
- b) determinar a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo mesmo prazo; e
- c) cominar-lhes multa civil equivalente a 5 (cinco) vezes o valor da remuneração do cargo de Secretário de Saúde do Distrito Federal. (fl. 729).

Defende o Ministério Público, com base em precedentes do STJ – Resp 880662/MG, que “a lesão a princípios administrativos contidos no art. 11 da Lei 8.429/1992 não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade.” (fl. 1417).

O voto vencedor, da lavra do Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Souza Segundo foi o seguinte:

Ultrapassadas as preliminares, neste voto vista passo ao exame do mérito recursal. No ponto, o voto do eminente relator nega provimento aos recursos mantendo a sentença de primeiro grau que impôs aos réus condenação pela prática de atos de improbidade administrativa, consistentes na omissão do dever de prestar contas, desde que desatendido o disposto no art. 12 da Lei 8.689/1993 que determina a apresentação pelo gestor do sistema único de relatórios detalhados da gestão junto ao Conselho de Saúde e Câmara de Vereadores.

Enfrentando a disputa sobre se a referida omissão poderia ser considerada como omissão no dever de prestar contas, posto que o órgão de controle externo seria o Tribunal de Contas do Distrito Federal, o Relator foi perspicaz ao afirmar:

O controle externo atribuído aos Tribunais de Contas é totalmente independente do controle interno exercido pelo Ministério da Saúde a partir do relatório trimestral que deve ser apresentado pelo gestor ao Conselho de Saúde, não se podendo argumentar que o cumprimento do dever de prestar contas perante aqueles, exime o Secretário de Saúde de apresentar o relatório correspondente ao

Conselho de Saúde. A esse respeito o Manual Básico de Gestão Financeira do SUS, elaborado pelo Ministério da Saúde, consigna o seguinte:

“(…) Prestação de contas

Comprovar a aplicação dos recursos

No cumprimento do dever de prestar contas, o poder público pode comprovar a aplicação dos recursos programados em saúde. O instrumento chave para a comprovação da conformidade de aplicação dos recursos financeiros do Fundo, destinados às ações e serviços de saúde, é o Relatório de Gestão. A comprovação da aplicação de recursos transferidos aos Estados e aos Municípios deve ser realizada, na forma da legislação vigente:

Para o Ministério da Saúde:

- Prestação de contas e relatório de atingimento do objeto, se vinculados a convênio, acordo, ajuste ou outro instrumento do gênero, celebrados para a execução de programas e projetos específicos;

- Relatório de Gestão, aprovado pelo respectivo Conselho de Saúde, se os recursos forem repassados diretamente do Fundo Nacional de Saúde para os Fundos Estaduais e Municipais de saúde;

Para o Tribunal de Contas

- Prestação de Contas e Relatório de Gestão dos recursos repassados diretamente do Fundo Nacional de Saúde aos Fundos Estaduais e Municipais de Saúde e dos destinados à remuneração de serviços produzidos; (...).

O controle exercido pelo Ministério da Saúde em relação aos gastos do Sistema Único de Saúde depende da apresentação do relatório de gestão pelo Secretário de Saúde do Estado ao Conselho de Saúde, que o submete à apreciação. Como dito anteriormente, o art. 6º, inciso I, letra “b” do Decreto 1.651/1995 define que “a comprovação da aplicação de recursos transferidos aos Estados e aos Municípios far-se-á para o Ministério da Saúde, mediante relatório de gestão, aprovado pelo respectivo Conselho de Saúde”. Sendo assim, é inegável que a falta de prestação das contas ao Conselho de Saúde interfere no exercício do controle interno da administração federal sobre os recursos transferidos. (fls. 1.337).

Na realidade, também penso, os mencionados relatórios são partes integrantes da sistemática de controle e acompanhamento da aplicação dos recursos da saúde, conseqüentemente, da sua prestação de contas, não se podendo, dessa forma, concluir-se de imediato pela ausência da omissão referida, a partir do argumento de que não se estaria a cuidar de prestação de contas.

Contudo, o caso dos autos nos remete a novas ponderações porquanto verifico que a ação omissiva apontada como ilícita protraí-se no tempo ao longo de várias gestões, no caso dos autos durante cinco gestões, postulando-se, como argumento de defesa, a existência de um padrão de cumprimento do dispositivo legal mediante a realização de reuniões mensais, além de outras extraordinárias, junto ao conselho de saúde ‘nas quais eram discutidas as propostas, os serviços os convênios, as realizações, os balanços, os orçamentos, dentre outras questões da Secretaria de Saúde do Distrito Federal’ (fls. 1265). Com base nisso foi encaminhado ao juízo de origem o Ofício 194/2007 GAB/SES, com o seguinte teor:

Reporto-me aos Autos da Ação Civil Pública 2003.34.00.003128-8, movida pelo Ministério Público Federal contra Antônio Luiz Ramalho e outros para corrigir a informação prestada através do Ofício 1.253/2005, de 31/05/2005.

Ocorre que, revendo agora, por razões administrativas, ações praticadas pelo então Subsecretário da Suplan/SES, constatamos que o conteúdo da Nota Técnica 18, de 25/05/2005, da lavra do Dr. Clayton Neves Camargos, que deu suporte ao Ofício 1.253/2005-GAB/SES, não corresponde à verdade dos fatos.

Assim posto, corrigindo as informações equivocadas levadas a esse respeitável Juízo, através do ofício retro mencionado, esclarece que no período de abril de 1988 a novembro de 2002, a determinação do art. 12 da Lei 8.689, de 27/07/1993, foi cumprida conforme informação do Conselho de Saúde do Distrito Federal, devidamente guarnecida das competentes Atas (docs. Anexos).

Atenciosamente,

José Geraldo Maciel

Secretário de Estado de Saúde do Distrito Federal.

Presidente do Conselho de Saúde" (fls. 1.263/1.264.)

Some-se a isso que não há informações da inexistência da respectiva prestação de contas junto ao Ministério da Saúde e ao Tribunal de Contas do DF, ficando consignada na sentença recorrida a inexistência da demonstração de qualquer prejuízo ao erário ou benefício pessoal dos agentes públicos.

Os réus foram condenados com base no inciso VI do art. 11, tipo enumerado sob a epígrafe dos "atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública". Examinando os tipos de tal jaez deixou firmado o Superior Tribunal de Justiça que:

‘Ação de improbidade administrativa. Ausência de má-fé do administrador público.

1. A Lei 8.429/1992 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.

2. Destarte, para que ocorra o ato de improbidade disciplinado pela referida norma, é mister o alcance de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial.

3. No caso específico do art. 11, é necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de improbas condutas meramente irregulares. suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa.

4. In casu, evidencia-se que os atos praticados pelos agentes públicos, consubstanciados na alienação de remédios ao município vizinho em estado de calamidade, sem prévia autorização legal, descaracterizam a improbidade strictu sensu, uma vez que ausentes o enriquecimento ilícito dos agentes municipais e a lesividade ao erário. A conduta fática não configura a improbidade.

5. É que comprovou-se nos autos que os recorrentes, agentes políticos da prefeitura de Diadema, agiram de boa-fé na tentativa de ajudar o município vizinho de Avanhandava a solucionar um problema iminente de saúde pública gerado por contaminação na merenda escolar, que culminou no surto epidêmico de diarreia na população carente e que o estado de calamidade pública dispensa a prática de formalidades licitatórias que venha a colocar em risco a vida, a integridade das pessoas, bens e serviços, ante o retardamento da prestação necessária.

6. É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e improbo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de imoralidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calcadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito.

7. É de sabença que a alienação da res pública reclama, em regra, licitação, à luz do sistema de imposições legais que condicionam e delimitam a atuação daqueles que lidam com o patrimônio e com o interesse públicos. Todavia, o art. 17, I, "b", da Lei 8.666/1993 dispensa a licitação para a alienação de bens da Administração Pública, quando exsurge o interesse público e desde que haja valoração da oportunidade e conveniência, conceitos estes inerentes ao mérito administrativo, insindicável, portanto, pelo Judiciário.

8. In casu, raciocínio diverso esbarraria no art. 196 da Constituição Federal, que assim dispõe: "A saúde é considerada dever do Estado, o qual deverá garanti-la através do desenvolvimento de políticas sociais e econômicas ou pelo acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação", dispositivo que recebeu como influxo os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da promoção do bem comum e erradicação de desigualdades e do direito à vida (art. 5º, caput), cânones que remontam às mais antigas Declarações Universais dos Direitos do Homem.

9. A atuação do Ministério Público, pro populo, nas ações difusas, justificam, ao ângulo da lógica jurídica, sua dispensa em suportar os ônus sucumbenciais, acaso inacolhida a ação civil pública.

10. Consectariamente, o Ministério Público não deve ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios e despesas processuais, salvo se comprovada má-fé.

11. Recursos especiais providos.'

(REsp 480387/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/03/2004, DJ 24/05/2004 p. 163)

Dito isso, vejo que o Juiz Relator ao examinar a questão da boa-fé no caso dos autos deixou dito que:

Por fim, alegam também os recorrentes que, de toda sorte, teriam agido de boa-fé, o que descaracterizaria o caráter ímprobo das condutas que lhe são imputadas. No entanto, restando patente a violação à disposição legal — o que tem repercussão direta na violação dos princípios que informam a norma (legalidade e moralidade) —, a simples alegação de que agiram de boa-fé, desprovida de elementos razoáveis que justifiquem a falta funcional cometida, não tem o condão de infirmar a natureza ímproba da omissão verificada. (fls. 1.338/1.339.)

Aqui, concessa maxima venia, encontra-se o instante da minha divergência, porquanto, diversamente, entendo que há elementos de sobejo que indicam a inexistência de má-fé dos réus, basta, com tal desiderato, constatar que não houve, pelo menos

não se reporta nos autos, omissão na apresentação de contas junto ao TCE-DF ou Ministério da Saúde, assim também, houve a realização de reuniões periódicas junto ao Conselho de Saúde nas quais eram discutidos os diversos aspectos referentes à gestão da saúde no DF, chegando inclusive ofício informando o cumprimento da determinação legal por este modo. Note-se, por exemplo, que o réu Antônio Luiz Ramalho somente ficou à frente da gestão da saúde de 02/04/1998 a 31/12/1998, ou seja, aproximadamente seis meses, seguindo o padrão administrativo existente. Por conseguinte, não se mostra possível entender que houve uma intenção de escamotear as ações de saúde, ou de pura e simplesmente omissão no dever de prestar contas. Com essa constatação a condenação se mostra desproporcional." (fls. 1385/1390).

Tenho que, como regra geral, quanto às infrações elencadas no art. 11 da Lei 8.429/1992, mostra-se irrelevante perquirir o ânimo do agente. Só que é necessário apreciar com cuidado cada caso concreto.

Na hipótese presente o Ministério Público sustentou na inicial que os Secretários de Saúde do Distrito Federal dos últimos 5 anos anteriores ao ajuizamento da ação, não cumpriram "*com o enunciado no art. 12 da Lei Federal 8.689/1993 resultando em conseqüências gravosas para o direito à saúde do cidadão a medida que diminuí o controle social sobre suas ações e serviços de saúde*" (fl. 7).

Estabelece o art. 12 da Lei Federal 8.689/1993:

Art. 12 O gestor do Sistema Único de Saúde em cada esfera de governo apresentará, trimestralmente, ao conselho de saúde correspondente e em audiência pública nas câmaras de vereadores e nas assembleias legislativas respectivas, para análise e ampla divulgação, relatório detalhado contendo, dentre outros, dados sobre o montante e a fonte de recursos aplicados, as auditorias concluídas ou iniciadas no período, bem como sobre a oferta e produção de serviços na rede assistencial própria, contratada ou conveniada.

Com efeito, para que fossem realizadas audiências públicas na Câmara Legislativa seriam necessárias prévias convocações em atenção ao inciso XIV do art. 60 da Lei Orgânica do Distrito Federal que prevê:

Art. 60. compete, privativamente, à Câmara Legislativa do Distrito Federal:

XIV – convocar Secretários de governo, dirigentes e servidores da administração direta e indireta do Distrito Federal e prestar pessoalmente infor-

mações sobre assuntos previamente determinados, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificativa adequada, ou o não atendimento no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas nos termos da legislação pertinente; (Redação modificada pela Emenda à Lei Orgânica 10, de 12/12/96).

A Câmara Legislativa pelo que se conclui da resposta ao pedido de informações formulado pelo juiz sentenciante, fls. 663/664, nada disse sobre qualquer descumprimento a convocações, o que leva a crer que não foram marcadas audiências públicas exceto uma, em 2003, que não ocorreu. A Deputada Arlete Sampaio não declinou as razões.

Contudo, há a cópia do documento de fl. 665 mostrando que o então Secretário de Saúde, Deputado Jofran Frejat, encaminhou ao Presidente da Comissão de Educação, Saúde e Segurança relatório estatístico do período de 1996 a 1999 e planilhas preliminares das atividades do ano 2000.

Quanto ao Conselho de Saúde, agiu bem o Juiz Lino ao considerar o teor do Ofício 194/2007 juntado à fl. 942. O Conselho de Saúde do Distrito Federal através de seu Secretário Themes Gaze de França Savi enviou o seguinte memorando ao seu Presidente:

Atendendo solicitação do Dr. Carlos Manoel, encaminhamos para atendimento de Expediente Judicial, cópias de Atas do Conselho de Saúde do DF, referentes ao período de abril de 1998 a novembro de 2002.

Informamos que as atas comprovam a realização de Reuniões Ordinárias e Extraordinárias para discussão das propostas, dos serviços, convênios, realizações, balanços e orçamentos da SES/DF e que o Conselho de Saúde do Distrito Federal é composto de representantes de Sindicatos de Trabalhadores da Saúde, de segmentos Organizados da Sociedade, representantes dos Prestadores de Serviços de Saúde e do Gestor da SES/DF. (fl. 943).

Considerou o relator para acórdão que não havendo informações da inexistência da respectiva prestação de contas junto ao Ministério da Saúde e ao Tribunal de Contas do DF e como ocorrem reuniões periódicas junto ao Conselho de Saúde, *“nas quais eram discutidos os diversos aspectos referente à gestão da saúde no DF, chegando inclusive ofício informando o cumprimento da determinação legal por este modo”* (fl. 1390), não há que falar-se em afronta aos princípios da

administração porque não houve a intenção de omissão na prestação de contas.

Assim sendo, entendo deva ser mantido o voto vencedor.

Diante do exposto, nego provimento aos embargos infringentes.

É o voto.

Terceira Seção

Ação Rescisória

92.01.05977-9/DF

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida
Autores: João Paulo Sorbille e cônjuge
Advogados: Dr. Ademar Mansor Filho e outros
Réu: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra
Procuradores: Dra. Carmina Ferreira Campos Vieira e outros
Divulgação: e-DJF1 de 19/02/2009
Publicação: 20/02/2009

Ementa – Voto Preliminar

Processual Civil. Ação rescisória. Nulidade de registros públicos. Pedido de rescisão da sentença integralmente substituída por acórdão proferido no segundo grau de jurisdição. Efeito substitutivo. Art. 512 do CPC. Carência da ação. Impossibilidade jurídica do pedido.

I – A presente ação rescisória impugna sentença e não o acórdão que a substituiu. Com a apreciação do recurso de apelação pelo Tribunal *ad quem*, restou substituída a sentença anteriormente proferida. Incidência do efeito substitutivo dos recursos previsto no art. 512 do CPC. O fundamento da rescisória deve dirigir-se à decisão substitutiva e não à substituída.

II – Em conseqüência, somente o acórdão proferido na segunda instância é passível de desconstituição por meio de ação rescisória, afigurando-se juridicamente impossível a pretensão de rescindir a sentença proferida pelo Juízo *a quo*. Precedentes do TRF 1ª Região.

III – Processo extinto sem o julgamento do mérito.

Acórdão

Decide a Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria, afastar a preliminar de decadência e, por unanimidade, extinguir o processo, sem o julgamento do mérito, nos termos do voto do Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 25/11/2008.

Desembargadora Federal *Selene de Almeida*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Trata-se ação rescisória proposta por João Sorbille e Maria Aparecida Sorbille contra sentença que julgou procedente pedido de nulidade de vários registros públicos com a consequente desconstituição dominial.

Os requerentes relatam que o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra propôs em

21 de outubro de 1976 ação objetivando a declaração de nulidade dos registros públicos ali apontados. A ação foi julgada procedente em 01 de julho de 1980 e, em segundo grau de jurisdição, o extinto Tribunal Federal de Recursos negou provimento ao recurso, por meio de acórdão publicado em 05 de março de 1990 e que transitou em julgado em 20 de março daquele ano.

Afirmam que “a douta sentença ora atacada violou disposições expressas de lei, principalmente no que diz respeito ao ônus da prova” (fl. 8) uma vez que o Incra não se desincumbiu de comprovar o caráter de devolutas das terras do Seringal “Aripuanã”, infringindo o disposto no art. 333, I, e 334, IV, do CPC, e o art. 859 do Código Civil brasileiro que dispõe que se presume pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu ou transcreveu.

Sustentam ainda a ocorrência de erro de fato “decorrente de atos ou de documentos da causa original, de vez que, apesar de fartamente demonstrada e comprovada a cadeia dominial do Seringal ‘Aripuanã’, o ínclito julgador de primeira instância considerou como inexistentes os títulos dominiais apriorísticos, que demonstravam o caráter privado das terras e a legitimidade do seu domínio.” (fl. 11).

Defendem o cabimento da rescisória porque a sentença ofendeu os incisos V (violar literal disposição de lei) e IX (sentença fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa) do art. 485 do CPC.

Requerem, ao fim, a procedência da rescisória com a rescisão do julgado impugnado.

Devidamente citado, o Incra apresentou contestação (fls. 493/506), na qual argui preliminares de carência de ação e prescrição. No mérito, afasta a alegação de violação ao art. 333, II, do CPC, relativo ao ônus da prova, uma vez que o portador do título é que deve provar que seu documento é legítimo. Acrescenta que o inciso IV do art. 334 do CPC não tem o alcance que lhes querem dar os autores e que o art. 859 do Código Civil trata de presunção *juris tantum*, infirmada pela prova em contrário trazida aos autos pela autarquia. Afasta a alegação de erro de fato, por considerá-la inexistente e requer, ao fim, a improcedência do pedido.

Sem réplica, fls. 511/524.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, opinando pela improcedência da ação, fls. 526/533.

Razões finais da parte autora, fls. 800/8, e do réu, fls. 812/821.

É o relatório.

Voto – Preliminar*

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — De início, considerando que a presente ação rescisória foi proposta há muitos anos, cumpre traçar a cronologia dos fatos que fizeram demorar sua conclusão para prolação de acórdão:

a) em 19/03/1992, a ação foi distribuída, inicialmente, para o então Juiz Adhemar Maciel;

b) em 09/12/1992, a ação foi redistribuída ao Juiz Aristides Medeiros;

c) em 05/07/1994, foi redistribuída ao Juiz Osmar Tognolo;

d) em 05/04/2000, foi redistribuída ao Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva;

e) em 23/02/2001, foi redistribuída ao Juiz Convocado Alexandre Machado Vasconcelos;

f) em 27/02/2002, foi redistribuída à Des. Federal Maria do Carmo Cardoso;

g) em 01/10/2003, foi redistribuída a esta Relatora.

h) nesse interim, em 17/04/2001, os advogados dos autores renunciaram ao mandato sem que os requerentes providenciassem a regularização de sua representação processual até que, em 17/09/2003, sobreveio a notícia do falecimento deles;

i) em 25/10/2005, João Paulo Sorbille, na condição de único herdeiro dos autores da ação, requereu o prosseguimento do feito;

j) em 06/12/2005, atendendo a requerimento do Incra, determinei que o requerente João Paulo Sorbille trouxesse a documentação relativa ao inventário de seus genitores de modo a comprovar a alegação de ser o único herdeiro;

k) os autos ficaram até 02/05/2007 aguardando a comprovação de que João Paulo Sorbille é o único herdeiro dos autores, de forma a permitir sua habilitação como sucessor.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Selene de Almeida, Souza Prudente, Fagundes de Deus, Daniel Paes Ribeiro, João Batista Moreira e o Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo (convocado).

Efetivada a comprovação e recebidas as razões finais, os autos vieram conclusos no dia 25/06/2008.

Passo a apreciar as preliminares suscitadas pelo Incra.

A prejudicial de mérito de prescrição não merece prosperar, pois o autor logrou comprovar que ajuizou a ação dentro do prazo decadencial de dois anos (CPC, art. 495): o acórdão do extinto Tribunal Federal de Recursos foi publicado em 05/03/1990 e transitou em julgado no dia 20/03/1990; a ação foi proposta em 18/03/1992.

O réu impugna, ainda, o ajuizamento da rescisória contra a sentença prolatada e não contra o acórdão que lhe sucedeu.

Tal preliminar merece guarida, pois a leitura dos autos revela que, embora a petição refira-se e impugne, em toda a sua extensão, a sentença proferida pelo Juízo da Seção Judiciária do Amazonas em 24/06/1980 (fls. 173/198), tal sentença foi objeto de apelação e terminou confirmada pelo acórdão proferido pela Segunda Turma do extinto Tribunal Federal de Recursos em 01/03/1990, publicado em 05/03/1990.

O fato de o Tribunal ad quem haver apreciado recurso contra a sentença que se pretende rescindir impede a propositura da ação contra o decisum de primeiro grau. Como se sabe, a decisão do tribunal sobre o mérito do recurso substitui a decisão recorrida, por força do caráter substitutivo inerente aos recursos, a teor do disposto no art. 512 do CPC: “O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso.”

Descabido, portanto, o ajuizamento da presente ação rescisória contra a sentença, porque o julgado do extinto Tribunal Federal de Recurso substituiu a sentença rescindenda. A ação, portanto, deveria ter sido dirigida contra o julgado de segundo grau que dispôs sobre o mérito.

Confira-se o disposto na jurisprudência a respeito:

Como o acórdão que dá ou nega provimento a recurso substitui a sentença impugnada, só ele está sujeito a ser impugnado por ação rescisória e não a sentença. O fundamento da rescisória deve dirigir-se à decisão substitutiva e não à substituída

(RT 640/140. No mesmo sentido: RT 541/236 e JTARS 69/142)¹

A Terceira Seção desta Corte não diverge:

Processual Civil. Ação rescisória. SFH. Pedido de “anulação” da sentença integralmente substituída por acórdão que negou provimento à apelação. Efeito substitutivo. Art. 512 do CPC. Impossibilidade jurídica do pedido.

1. Com o improvemento do recurso de apelação por esta Corte Regional, restou integralmente substituída a sentença que julgou improcedente o pedido de revisão de cláusulas de contrato de mútuo firmado no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação – SFH. Incidência do efeito substitutivo dos recursos previsto no art. 512 do CPC.

2. Em consequência, somente o acórdão deste Tribunal é passível de desconstituição por meio de ação rescisória, afigurando-se juridicamente impossível a pretensão de “anular” a sentença proferida pelo Juízo *a quo*. Precedente do TRF 1ª Região.

3. Petição inicial indeferida. Processo extinto sem o julgamento do mérito.

(AR 2000.01.00.057356-0/DF, Rel. Juiz Federal Avio Mozar Jose Ferraz de Novaes, Terceira Seção, DJ de 13/02/2006, p. 9.)

Processual Civil. Ação rescisória contra sentença de mérito do juízo singular integralmente substituída por acórdão do tribunal competente. Trânsito em julgado somente do acórdão substitutivo. Impossibilidade jurídica da pretensão rescisória, na espécie. Extinção do processo sem julgamento do mérito por inépcia da petição inicial.

I - Afigura-se juridicamente impossível ação rescisória contra sentença de mérito do juízo singular, integralmente substituída por Acórdão do Tribunal competente, que a confirmara no julgamento de apelação e de remessa oficial, transitando em julgado, somente esse Acórdão substitutivo, que, só por isso, tornou-se, em tese, o único ato judicial passível de rescisão, na espécie (CPC, arts. 485, *caput*, e 512).

II - Declarou-se, assim, a extinção do processo, sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, I e VI, primeira figura e respectivo parágrafo 3º), por inépcia da petição inicial (CPC, arts. 295, I, e respectivo parágrafo único, III, c/c o art. 490, I).

¹ apud Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in Código de Processo Civil Comentado*, 9ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 512/513.

(AR 1999.01.00.007866-0/DF, Rel. Juiz Souza Prudente (conv.), Terceira Seção, DJ de 08/05/2002, p.32.)

Os autores originários *dirigem sua impugnação tão somente à sentença, chegando ao cúmulo de não trazer aos autos a íntegra do Acórdão proferido na AC 68.227/AM*, limitando-se a juntar a publicação de sua ementa à fl. 311, republicada à fl. 313/314. Tal vício já havia sido observado pelo ilustre membro do Ministério Público Federal, Dr. Hugo Gueiros Bernardes Filho, em seu parecer:

Houve, de fato, impugnação indevida da sentença, já que os autores deveriam atacar os fundamentos do r. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Federal de Recursos, a última decisão de mérito do processo. A própria inicial junta documento que o confirma, a ementa de fls. 313/314 (...). Contudo, os autores não trazem aos autos a íntegra daquele acórdão (fl. 529).

Afigura-se juridicamente inviável a pretensão de "anular" sentença proferida pelo juízo *a quo* que restou substituída por acórdão proferido na segunda instância. Tal circunstância faz com que o autor seja carecedor de ação por haver formulado pedido juridicamente impossível.

Pelo exposto, julgo extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. Condeno o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais). Determino ainda a reversão, para o réu, do valor depositado juntamente com a inicial, a título de multa, nos termos dos art.488, II, e 494 do CPC.

É como voto.

Voto Vogal Preliminar Vencido em Parte

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Senhor Presidente, esta questão não é nova neste egrégio Tribunal. Recordo-me, quando aqui cheguei, nos idos de fevereiro de 2001, logo depois, passados alguns dias, que esta colenda 3ª Seção, por meio da relatoria do eminente Desembargador João Batista Moreira, trouxe questão idêntica a julgamento, em que a ação rescisória do julgado, após longa tramitação processual, que não foi atribuível ao eminente Relator, mas a relatores que

lhe antecederam, fora submetida a julgamento, com voto mérito do eminente Relator.

Naquela oportunidade, pude me manifestar, trazendo à colação precedentes do Supremo Tribunal Federal, dando correta interpretação da norma do art. 512 do Código de Processo Civil, cuja técnica se apresenta como impecável dentro da sistemática do processo em vigor, revelando a competência funcional da Corte revisora no procedimento de substituição da decisão singular pela decisão colegiada.

No caso em exame, a hipótese é idêntica. Colhe-se das letras da ementa do voto da eminente Relatora que a presente ação rescisória impugna a sentença monocrática que foi substituída por acórdão deste egrégio Tribunal. Esse fenômeno da substituição da decisão colegiada pela decisão singular nas letras do art. 512 do CPC, com a dicção de que "o julgamento proferido pelo Tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto do recurso" revelam-nos com clareza solar que, uma vez revista a sentença pela Corte revisora, a sentença monocrática deixa de existir naquilo que foi substituída pelo acórdão revisor. Assim já entendera a Suprema Corte, repito, como também a técnica da norma do art. 512 é claríssima, quando diz que a decisão proferida pelo Tribunal substitui aquela decisão do juízo singular de caráter interlocutório, e, por isso, o acórdão que se profere colegiadamente no julgamento do recurso de agravo chama-se acórdão interlocutório e, por isso, não é passível de ação rescisória, porque só é cabível ação rescisória contra sentença de mérito transitada em julgado.

E o que é um acórdão que pronuncia o julgamento de um recurso interposto contra uma sentença de mérito proferida em 1ª instância? Obviamente que é um acórdão sentencial de mérito, mas o acórdão proferido nos autos de um agravo de instrumento, revendo uma decisão interlocutória do juízo singular, não é um acórdão sentencial de mérito, mas um acórdão simplesmente interlocutório. E o que é um acórdão proferido no julgamento de uma apelação interposta contra uma sentença que extingui o processo sem resolução do mérito? Evidentemente que é um acórdão sentencial sem mérito, que também não é passível de ação rescisória nas letras do art. 485, *caput*, do CPC. Portanto, esta questão já se encontra pacificada nesta colenda 3ª Seção, desde aquele precedente a que me referi ainda a pouco, como também na sólida jurisprudência

dência do Supremo Tribunal Federal, cujos precedentes compõem aquele meu voto na época. Se tiver sorte em localizá-lo, farei juntar a este que ora profiro como parte integrante deste meu voto. Com essas considerações, acompanho o voto da Relatora e declaro extinto o processo rescisório sem resolução do mérito, por impossibilidade jurídica de se rescindir uma sentença monocrática que já não existe no corpo do processo judicial, porque o que existe é o acórdão substitutivo.

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Quero esclarecer a Vossa Excelência que antes da sua presença foi examinada e rejeitada uma preliminar de decadência da ação por dois dias.

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Senhor Presidente, com relação a esta preliminar de decadência, nem me pronuncio, porque a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido rescisório já prejudica qualquer outra preliminar que possa ser ventilada nestes autos.

Voto Vogal Preliminar

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Senhor Presidente, efetivamente, ao que parece, o Tribunal apreciou todas as questões, e o autor, na rescisória, impugna a sentença. Acompanho a eminente Relatora.

Quarta Seção

Embargos Infringentes na Apelação Cível

2000.01.00.027494-9/MG

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado)
Embargante: Siderúrgica Itaferro Ltda.
Advogados: Dr. Marcio Souza Pires e outros (as)
Embargado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama
Procuradora: Dra. Cristiane Souza Braz Costa
Divulgação: e-DJF1 de 19/02/2009
Publicação: 20/02/2009

Ementa

Administrativo e Processual Civil. Ação anulatória. Multa (Ibama). Transporte de carvão vegetal sem carimbo, na nota fiscal, do “regime especial de transporte – RET”. Ausência de base legal, desinfluentes o art. 26, I, da Lei 4.771/1965, e o art. 4º, II, da Portaria Ibama 267-p/88. Prevalência do voto-vencido.

I – STJ (REsp 604.538/PR): também o acórdão majoritário proferido em sede de remessa oficial, que tenha alterado o resultado da sentença, viabiliza embargos infringentes.

II – Em sede de embargos infringentes, a matéria a ser reapreciada se restringe tão somente à que foi “objeto da divergência” (art. 297, *in fine*, do RI/TRF 1ª Região).

III – Cotejando os diplomas legais então vigentes ao tempo da autuação (1993), vê-se que não havia legislação de apoio a legitimar o reconhecimento do “transporte irregular de carvão vegetal” como infração administrativa e, de conseqüência, a aplicação da respectiva multa: *[a]* o art. 14, I, da Lei 6.938/1981 é absolutamente vago; *[b]* a Lei 8.005/1990 (art. 1º) apenas afirma competências do Ibama; *[c]* o Decreto 99.274/1990 (art. 33 a 36) não tipifica a conduta; *[d]* o art. 26 da Lei 4.771/1965 (alínea “I”, no caso) explicita “contravenções penais ambientais”, cuja aplicação deve respeitar o princípio da reserva jurisdicional; *[e]* a Portaria Ibama 267-P/1988 (art. 1º c/c art. 4º, II), ao estipular infrações e penalidades, extrapola sua função regulamentar; e, por fim, *[f]* a Lei 9.605/1998, que a T7 entende legitimar autuações congêneres, não retroage.

IV – Embargos infringentes providos: prevalência do voto vencido (remessa oficial não provida).

V – Peças liberadas pelo Relator, em 19/11/2008, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a Quarta Seção *dar provimento* aos embargos infringentes por maioria.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 19/11/2008.

Juiz Federal *Rafael Paulo Soares Pinto*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Rafael Paulo Soares Pinto*:
— Por Embargos Infringentes opostos em 15 SET 2008 (f. 138/147), a embargante (empresa-autora) pede a

reforma do acórdão majoritário da T7/TRF1, que, em julgamento de 15 FEV 2005 (f. 86), Rel. p/acórdão Des. Fed. Catão Alves, vencido o Des. Federal Antônio Ezequiel, deu provimento à remessa oficial para julgar improcedente o pedido.

O v. acórdão, então, *reformou*, a sentença (f. 63) do MM. Juiz Federal Substituto Evaldo de Oliveira Fernandes Filho, da 6ª Vara/MG, datada de 5 MAI 1999, que, na AO 1997.38.00.010657-8, objetivando anular a multa aplicada pelo Ibama por “transportar 55m³ de carvão vegetal sem o carimbo do Regime Especial de Transporte – RET” (f. 24: AI 197859 – Série A), julgara procedente o pedido.

O acórdão ora embargado assim dispôs:

Administrativo – (...) Ibama – políticas nacionais de meio ambiente – execução – determinações de caráter normativo – portarias – autorização legislativa expressa – infrações – multas – aplicação – legitimidade – leis 6.938/1981 e 8.005/1990 e decreto 99.274/1990.

I – Competindo ao [Ibama], por meio de Portarias, a execução das políticas nacionais de meio ambiente e autuar e punir os infratores à legislação respectiva, nelas incluídas suas determinações de caráter normativo, lidimas as multas aplicadas com espeque nestas, em face de expressa autorização legislativa, insere nos arts. 14, I, da Lei 6.938/1981, 1º, 3º e 6º, da Lei 8.005/1990, e 33 do Decreto 99.274/1990.

(...)

A T7 (f. 136/7) negou provimento aos embargos de declaração da autora.

A embargante (particular) pugna pela prevalência do voto vencido (f. 74/6), que confirmava a sentença:

Ao que se vê da cópia do Auto de Infração 197859 (fl. 24), datado de 04/09/1993, foi ele lavrado por infringência ao disposto no art. 26, alínea “i”, da Lei 4.771/1965, c/c o art. 4º, II, da Portaria 267/1988 e com os arts. 11 e 12 da Portaria 44N/1993, descrita a infração nos seguintes termos:

‘(...)’

Ocorre que o art. 26 da Lei 4.771/1965 elenca diversas condutas ali definidas como contravenções penais, cuja punição é privativa do Poder Judiciário, consoante remansosa jurisprudência desta Corte e do STJ. (...):

‘(...)’

(...) à época da lavratura do auto, vigorava a Lei 6.938, de 31/08/1981, cujo art. 14 assim dispunha no seu *caput* e incisos I a IV:

“Art 14 – Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos

causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

(...)”

Por outro lado, regulamentando tal dispositivo legal, o Decreto 88.351, de 10/06/1983, estabeleceu, no art. 36, que “É infração, para os efeitos deste Regulamento, toda ação ou omissão que importe na inobservância de preceitos nele estabelecidos ou na desobediência às determinações de caráter normativo dos órgãos ou das autoridades administrativas competentes”. A seguir, nos arts. 37, 38 e 39, definiu condutas sujeitas à multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) ORTNs, dentre as quais, entretanto, não se subsume a conduta descrita no auto de infração, ficando a disposição genérica do art. 36 sem a imposição de qualquer sanção específica.

Nessas condições, afastada a aplicação, ao caso dos autos, de qualquer das disposições legais citadas, resta o auto de infração fundado apenas em Portarias do Ibama, contrariando a jurisprudência desta Corte, segundo a qual a definição de infrações e a cominação de penalidades, após a vigência da CF/88, somente podem decorrer de lei em sentido formal.

(...)

Com contrarrazões (f. 160/180), sustentando, em preliminar, o não-cabimento do recurso em face de acórdão oriundo de remessa oficial; no mérito, que a conduta descrita no AR se amoldava à previsão do art. 14, I, da Lei 6.938/1981 (“não cumprimento das medidas necessárias à preservação”).

Admitidos em 22/10/2008 (f. 182), os autos, após distribuição, foram recebidos em gabinete em 06/11/2008. Trago-os nesta assentada (19/11/2008).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto:
— Não prospera a preliminar levantada pelo Ibama:

(...). Embargos infringentes (...) em remessa (...). Cabimento.

I. Pacificado que a remessa de ofício equipara-se a recurso para os fins do art. 557 do CPC

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Federais Catão Alves, Maria do Carmo Cardoso, Leomar Barros Amorim de Sousa e os Exmos. Srs. Juizes Federais Rafael Paulo Soares Pinto e Osmane Antônio dos Santos. (convocados).

(Súmula 253/STJ), revela-se plausível interpretar extensivamente o termo "apelação" contido no art. 530 do Código, para permitir a interposição de embargos infringentes em decisão não unânime proferida em reexame necessário.

(...)

(STJ, REsp 604.538/PR, Rel. p/acórdão Min. Teori Albino Zavascki, T1, DJ 18/12/2006, p. 310)

Em sede de embargos infringentes, a matéria a ser reapreciada se restringe tão somente à que foi objeto da divergência, mesmo em se tratando de desacordo parcial, consoante o art. 297, *in fine*, do RI/TRF 1ª Região.

No caso, a questão é concluir se havia legislação de apoio a legitimar a aplicação da penalidade por suposta infração ambiental: [a] o voto vencedor entendeu que as atuações encontravam apoio no art. 14, I, da Lei 6.938/1981; no art. 33 do Decreto 99.274/1990; e nos art. 1º, 2º e 3º, da Lei 8.005/1990; [b] o voto-vencido concluiu que não, que a penalidade, por isso ilegítima, estaria prevista apenas em "portarias" do Ibama, pois a conduta não se amoldaria aos tipos administrativos descritos no art. 14, I, da Lei 6.938/1981 ou nos art. 36 a 39 do Decreto 88.351/1983, não havendo, ainda, sequer sanção específica, e que o art. 26 da Lei 4.771/65 definia contravenções penais só aplicáveis pelo Judiciário.

O AI foi lavrado em 4 SET 1993, por transporte irregular de carvão vegetal.

A legislação de regência invocada pelo voto-vencedor assim preceitua:

Lei 6.938/1981:

Art 14 – Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

I – à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) (...) ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento (...).

(...)

Lei 8.005/1990:

Art. 1º Compete ao (...) (Ibama) a cobrança administrativa (...) das penalidades pecuniárias que impuser, no exercício das atribuições que lhe foram conferidas pelos arts. 2º e 4º da [Lei 7.735/1989], e legislação posterior.

(...)

Art. 3º As penalidades pecuniárias serão impostas mediante auto de infração, com o prazo de 15 dias para impugnação ou pagamento.

(...)

Art. 6º O Presidente do Ibama baixará portaria disciplinando o procedimento administrativo para autuação, cobrança e inscrição na dívida ativa dos débitos a que se refere esta lei, assegurados o contraditório e o amplo direito de defesa.

(...)

Decreto 99.274/1990:

"Título III

Das Penalidades

Art. 33. Constitui infração, para os efeitos deste decreto, toda ação ou omissão que importe na inobservância de preceitos nele estabelecidos ou na desobediência às determinações de caráter normativo dos órgãos ou das autoridades administrativas competentes.

Art. 34. Serão impostas multas diárias de 61,70 a 6.170 (...) (BTN), proporcionalmente à degradação ambiental causada, nas seguintes infrações:

I – contribuir para que um corpo d'água fique em categoria de qualidade inferior à prevista na classificação oficial;

II – contribuir para que a qualidade do ar ambiental seja inferior ao nível mínimo estabelecido em resolução;

III – emitir ou despejar efluentes ou resíduos sólidos, líquidos ou gasosos causadores de degradação ambiental, em desacordo com o estabelecido em resolução ou licença especial;

IV – exercer atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente, sem a licença ambiental legalmente exigível ou em desacordo com a mesma;

V – causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;

VI – causar poluição de qualquer natureza que provoque destruição de plantas cultivadas ou silvestres;

VII – ferir, matar ou capturar, por quaisquer meios, nas Unidades de Conservação, exemplares de espécies consideradas raras da biota regional;

VIII – causar degradação ambiental mediante assoreamento de coleções d'água ou erosão acelerada, nas Unidades de Conservação;

IX – desrespeitar interdições de uso, de passagem e outras estabelecidas administrativamente para a proteção contra a degradação ambiental;

X – impedir ou dificultar a atuação dos agentes credenciados pelo Ibama, para inspecionar situação de perigo potencial ou examinar a ocorrência de degradação ambiental;

XI – causar danos ambientais, de qualquer natureza, que provoquem destruição ou outros efeitos desfavoráveis à biota nativa ou às plantas cultivadas e criações de animais;

XII – descumprir resoluções do Conama.

Art. 35. Serão impostas multas de 308,50 a 6.170 BTN, proporcionalmente à degradação ambiental causada, nas seguintes infrações:

I – realizar em Área de Proteção Ambiental, sem licença do respectivo órgão de controle ambiental, abertura de canais ou obras de terraplanagem, com movimentação de areia, terra ou material rochoso, em volume superior a 100m³, que possam causar degradação ambiental;

II – causar poluição de qualquer natureza que possa trazer danos à saúde ou ameaçar o bem-estar.

Art. 36. Serão impostas multas de 617 a 6.170 BTN nas seguintes infrações:

I – causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes de um quarteirão urbano ou localidade equivalente;

II – causar poluição do solo que torne uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

III – causar poluição de qualquer natureza, que provoque mortandade de mamíferos, aves, répteis, anfíbios ou peixes.

O Auto de Infração (f. 24) busca fundamentação jurídica na Portaria Ibama 267-P/1988 (art. 4º, II) e no art. 26, “I”, da Lei 4.771/1965, que assim dispõem:

Lei 4.771/1965:

Art. 26. Constituem contravenções penais, puníveis com três meses a um ano de prisão simples ou multa de uma a cem vezes o salário-mínimo mensal, do lugar e da data da infração ou ambas as penas cumulativamente:

(...)

i) transportar ou guardar madeiras, lenha, carvão e outros produtos procedentes de florestas, sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente;

(...)

q) transformar madeiras de lei em carvão, inclusive para qualquer efeito industrial, sem licença da autoridade competente.

(...)

Portaria Ibama 267-P/1988:

Art. 1º – Toda ação ou omissão que importe na inobservância das [Leis 4.771/1965 e 5.197/1967] (...) constitui infração, sujeitando as pessoas físicas ou jurídicas às penalidades constante na presente portaria:

Art. 2º – As penalidades a que se refere o artigo anterior são:

I – Multa;

II – Apreensão (...);

III – Interdição (...);

IV – Suspensão ou cancelamento de registro (...);

V – Reparação de danos (...);

VI – embargo das atividades (...).

(...)

Art. 4º – As penalidades do art. 2º serão aplicadas a quem, em desacordo com as normas vigentes:

(...)

II – Utilizar, beneficiar, receber, consumir, transportar, comercializar, armazenar, embalar (...) produtos e subprodutos da flora. Multa de até 10 (...) vezes o MVR (...) e apreensão (...).

(...)

Cotejando os diplomas legais vigentes ao tempo da atuação, vê-se que a conduta descrita no auto de infração (transporte de carvão vegetal sem licença ambiental) não encontra norma legítima que a defina como ilícita do ponto de vista administrativo e, de consequência, preveja aplicação de penalidade:

O art. 14, I, da Lei 6.938/1981 é absolutamente vago, prevendo penalidades pelo “*não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental*”;

A Lei 8.005/1990 (art. 1º) apenas afirma a competência do Ibama para cobrar as penalidades pecuniárias que impuser e formalidades para aplicação (via auto de infração) e explícita que portaria disciplinará o rito de atuação, cobrança e inscrição em dívida ativa;

O Decreto 99.274/1990 (art. 33 a 36) lista ações ou omissões caracterizáveis como infrações ambientais sem que, todavia, a conduta imputada

à empresa nelas se possa amoldar, senão — *obliter dictum* — extensivamente como conduta supostamente potencialmente degradante do meio ambiente;

O art. 26 da Lei 4.771/1965 (alínea “i”, no caso) explicita “contravenções penais ambientais”, cuja aplicação deve respeitar o princípio da reserva jurisdicional; e

A Portaria Ibama 267-P/1988 (art. 1º c/c art. 4º, II), ao estipular infrações e dispor sobre suas penalidade, extrapola sua função regulamentar.

Estes, os precedentes paradigmas:

(...). *Ibama. (...) Auto de infração. Aplicação de penalidade. Art. 26 da lei 4.771/1965. Portaria. Ofensa ao princípio da legalidade.*

(...)

2. A art. 26 da Lei 4.771/1965 descreve conduta definida como crime, do que decorre ser a multa nele prevista de caráter penal e não administrativo, cuja aplicação é privativa ao Poder Judiciário.

3. Viola o princípio da legalidade a aplicação de penalidade instituída por meio de portaria. Somente a lei pode descrever infrações e cominar penas.

4. É nulo o auto de infração originado de autuação lavrada com fundamento nas Portarias 267/1988 e 302/1989 do extinto IBDF.

5. Apelação e remessa a que se nega provimento.”

(TRF1, AC 2000.01.00.048636-2/GO, Rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, T8, DJ 13/06/2008)

Administrativo. Ibama. Auto de infração. Multa. Contravenção penal. Art. 26 da lei 4.771/65. Art. 14, I, da lei 6.938/1981. Portarias 44-IV/1993, 1/80, 1/1995 e 48/1995. Apelação não provida.

1 – A tipicidade própria do Direito Penal passa ao largo das infrações administrativas, todas com tipo aberto e recheado de conceitos normativos e técnicos, cuja integração reclama compatibilização de leis, instruções, portarias etc. A dicotomia entre “contravenção penal” e “infração administrativa” contida no corpo da Lei 4.771/1965 e Lei 9.605/1998, cada qual com espaço próprio no texto, para se concluir que a multa não aparenta ter sido aplicada a pretexto de condenação por crime ambiental, até porque a pena de multa prevista no art. 26 é independente da infração administrativa.

2 – O art. 14, I, da Lei 6.938/1981 também não dá respaldo às multas aplicadas porque estipula multa e suspensão das atividades da empresa autuada no caso de “não cumprimento das medidas

necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental”.

3 – As Portarias 44-IV/1993, 1/1980, 1/1995 e 48/1995 não são instrumentos adequados à cominação de multa, porque ausente lei anterior que a defina.

(...)

(TRF1, AC 1998.39.00.011436-9/PA, minha relatoria, T7, DJ 06/09/2007)

Como o auto de infração não se fundamenta na Lei 9.605/1998, até porque muito anterior a ela, não se aplica o entendimento da T7 no ponto:

Administrativo. Ibama. Autos de infração. Multas impostas por transportar madeira portando ATPFs vencidas, com fundamento nos arts. 46 e 53 da Lei 9.605/1998, arts. 2º e 32 do Decreto 3.179/1999 e na Portaria 44-n/1993.

1 – A competência para a aplicação de multa por infração do parágrafo único do art. 46 da Lei 9.605/1998, que descreve crime contra a flora, é privativa do Poder Judiciário.

2 – Contudo, os arts. 70 e 72 da Lei 9.605/1998, c/c os incisos II e IV do art. 2º e o parágrafo único do art. 32 do Decreto 3.179/1999, que a regulamenta, definem como infração administrativa ambiental, sujeita a multa simples, a conduta de transportar produtos de origem vegetal sem licença outorgada pela autoridade competente e válida para todo o tempo da viagem”.

(TRF1, AMS 2000.33.00.003505-0/BA, Rel. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva, T7, ac. un., DJ 19/08/2005 p. 90).

Por derradeiro, *argumentando apenas*:

o transporte irregular de madeira/carvão, dentre várias “atitudes” irresponsáveis e abjetas potencialmente lesivas ao meio ambiente, apesar de censurável sob diversos pontos de vista (moral, social, lógico-racional, ético e até religioso), *ainda não era* especificamente catalogado em lei expressa como “infração ambiental” tampouco prevista a respectiva penalidade; por mais pedagógica e necessária que a pena pudesse ser, juridicamente ela é insustentável (as quase 200 folhas de papel do processo, aliás, já são, só por si, “minúsculo retrato paradoxal” do usual desperdício dos recursos naturais);

A modernização ou o aprimoramento da legislação ambiental, a bem da verdade, só vem recebendo a devida atenção (caso da Lei 9.605/1998), ante o iminente colapso dos recursos naturais essenciais à vida humana;

Normas confusas e inócuas eram e são o paraíso dos transgressores ambientais, classe no mais das vezes constituída de “poderosos empresários ou congregações empresariais”, com alto poder de contribuição pecuniária para custeio de campanhas eleitorais de futuros parlamentares simpáticos às suas atividades;

O transporte irregular de madeira/carvão será lembrado pelas gerações futuras, então, como mais umas das tantas insanidades humanas (alimentadas pela ganância), a transformar florestas em desertos e rios em esgotos a céu aberto;

Enquanto isso, a empresa, *ante a nociva omissão legislativa*, vai que vai e vem que vem fazendo o que bem quer e entende: em 1993, eram $55m^3$ de carvão vegetal; em 1997, a empresa já está mais “ousada”: $1.650m^3$, em verdadeira “farra” da destruição ambiental, digo, do carvão vegetal:

Resolução Conama 233, de 4 de setembro de 1997

O Conselho Nacional do Meio Ambiente (...), Considerando os Recursos Administrativos interpostos contra as multas aplicadas pelo Ibama, na forma que consta dos Processos a seguir relacionados:

(...)

Processo: 02010.002387/93-63

Autuado: Siderúrgica Itaferrro Ltda.

Infração: Transporte de $1.650m^3$ de carvão vegetal sem cobertura da ATPF

Decisão: Desprovimento do recurso e manutenção da multa.

Pelo exposto, *dou provimento* aos embargos infringentes para, *fazendo prevalecer* o voto-vencido, *negar provimento* à remessa oficial.

É como voto.

Voto Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Senhor Presidente, com a vênia devida do Desembargador Federal Catão Alves, essa matéria, inclusive, está pacificada na 8ª Turma. Acompanho o relator para conhecer e dar provimento aos embargos infringentes. Mantenho o voto-vencido que negava provimento à remessa.

Primeira Turma

Apelação Cível

2005.01.99.061827-0/MT

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procurador: Dr. Dílson Ferreira Pedrosa Filho
Apelado: Acácio de Oliveira
Advogados: Dr. Lucilei Volpe e outro
Divulgação: e-DJF1 de 02/02/2009
Publicação: 03/02/2009

Ementa

Constitucional e Previdenciário. Ação de concessão de parcelas atrasadas de benefício decorrente de acidente de trabalho. Incompetência da Justiça Federal.

I – Compete à Justiça Estadual o processamento e julgamento de ações de natureza acidentária (Precedentes do STF).

II – Considerando que o feito tramitou na Comarca de Alta Floresta/MT, a competência para o processamento e julgamento do recurso é do egrégio Tribunal de Justiça do Mato Grosso.

III – Competência declinada para o Tribunal de Justiça do Mato Grosso.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, declinar da competência para o egrégio Tribunal de Justiça do Mato Grosso.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 10/09/2008.

Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — Acácio de Oliveira, qualificado nos autos, ajuizou a presente ação contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, objetivando assegurar o direito à concessão das parcelas vencidas do benefício de aposentadoria por invalidez, desde o mês de agosto de 1996 até junho de 1997, acrescidas de 25% (vinte e cinco por cento), nos termos do art. 45 da Lei 8.213/1991.

Após a instrução do processo, foi proferida a r. sentença de fls. 73/76, julgando parcialmente procedente o pedido para condenar o réu ao pagamento de 10 (dez) prestações no valor unitário de 1 (um) salário-mínimo ao autor, devidamente corrigidas, referentes

ao benefício de prestação continuada, relativas ao período de agosto de 1996 a junho de 1997. Sucumbência recíproca.

Não houve remessa oficial.

O INSS interpôs o recurso de apelação de fls. 83/96 sustentando, em síntese, que os documentos juntados aos autos não comprovaram que o autor possuía vínculo empregatício à época do acidente de trabalho.

O autor apresentou contrarrazões, pugnando pela manutenção da sentença (fls. 100/104).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — Trata-se de remessa oficial, tida por interposta, e de recurso de apelação, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, insurgindo-se contra a r. sentença de fls. 73/76, que julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o réu ao pagamento de 10 (dez) prestações no valor unitário de 1 (um) salário-mínimo ao autor, devidamente corrigidas, referentes ao benefício de prestação continuada, relativas ao período de agosto de 1996 a junho de 1997. Sucumbência recíproca.

O INSS, em suas razões de apelação, sustenta, em síntese, que os documentos juntados aos autos não comprovaram que o autor possuía vínculo empregatício à época do acidente de trabalho.

Cuida a espécie de ação de concessão de parcelas de benefício previdenciário decorrente de acidente de trabalho, portanto, de natureza acidentária.

Consoante a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, compete à Justiça Estadual o processamento e julgamento das ações relativas a acidentes do trabalho.

Sendo assim e consoante o disposto no art. 109, I, da Constituição Federal de 1988, c/c art. 129, II, da Lei 8.213/1991, é forçoso concluir que o feito está sujeito à jurisdição estadual, em primeiro e segundo graus de jurisdição.

Ao apreciar questão similar, no julgamento do RE 168.772/SC, Relator o Ministro Ilmar Galvão, a e. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu, *verbis*:

Competência. Ação de revisão de benefício acidentário. Justiça Comum Estadual. Art. 109, inciso I, da Constituição Federal.

A teor do disposto no art. 109, inciso I, da Constituição Federal, a competência da Justiça Estadual para julgar lide de natureza acidentária envolve também a revisão do próprio benefício.

Recurso extraordinário não conhecido. (DJ de 27/06/1997.)

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Federais Antônio Sávio de Oliveira Chaves, José Amílcar Machado e Carlos Olavo.

Ao proferir o voto condutor, no referido julgamento, o eminente Ministro Ilmar Galvão destacou o seguinte:

Nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, são da competência da Justiça dos Estados o julgamento das ações de acidente do trabalho, que foram expressamente excluídas, pela referida regra, da competência da Justiça Federal.

O recorrente tenta extrair do aludido dispositivo interpretação no sentido de que a exclusão das lides que envolvam acidente do trabalho da competência da Justiça Federal se circunscreve apenas às ações em que a causa de pedir seja de natureza acidentária, o que não é o caso presente, em que se deduziu pretensão de natureza previdenciária, relativa a índices de reajustamento ou atualização do benefício.

Todavia, não lhe assiste razão.

Com efeito, a competência da Justiça Comum Estadual para as causas acidentárias compreende não só o julgamento do evento (acidente do trabalho), mas, também, de todas as consequências dessa decisão, tais como a fixação do benefício e seus reajustamentos futuros.

A matéria já passou pelo crivo das duas Turmas desta Corte, cujas ementas dos acórdãos registrou:

“Constitucional. Previdenciário. Acidente do trabalho. Ação acidentária. Competência para o seu julgamento. Constituição, art. 109, I.

I – Compete à Justiça comum dos Estados-membros processar e julgar as ações de acidente do trabalho. CF., art. 109, I.

II – Recurso Extraordinário conhecido e provido” (RE 127.129, Rel. Min. Carlos Velloso, RTJ 133/1352).

“Competência. Justiça Comum dos Estados. Litígios decorrentes de revisão de benefício acidentário. Artigo 109, inciso I, da Constituição Federal.

Compete à Justiça Comum dos Estados o processo e julgamento dos litígios relativos a revisão de benefício acidentário.

Orientação extraída da regra do art. 109, inciso I, da Constituição Federal.”

Recurso Extraordinário não conhecido. (RE 167.565, Rel. Min. Ilmar Galvão).

Os argumentos do recorrente, na verdade, não têm força para elidir a competência da Justiça Estadual para julgar lide de natureza acidentária, ainda que versando a revisão do próprio benefício.

Em face do exposto, não conheço do recurso extraordinário.

O mesmo entendimento foi adotado pela Suprema Corte no julgamento do RE 351.528/SP, Relator Ministro Moreira Alves, *in verbis*:

Competência. Reajuste de benefício oriundo de acidente de trabalho. Justiça comum.

Ao julgar o RE 176.532, o Plenário desta Corte reafirmou o entendimento de ambas as Turmas (assim, no RE 169.632, 1ª Turma, e no AGRAG 154.938, 2ª Turma) no sentido de que a competência para julgar causa relativa a reajuste de benefício oriundo de acidente de trabalho é da Justiça Comum, porquanto, se essa Justiça é competente para julgar as causas de acidente de trabalho por força do disposto na parte final do inciso I do artigo 109 da Constituição, será ela igualmente competente para julgar o pedido de reajuste desse benefício que é objeto de causa que não deixa de ser relativa a acidente dessa natureza, até porque o acessório segue a sorte do principal. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, 1ª Turma, DJ de 31/10/2002, p. 32.)

Assim, o Pretório Excelso consolidou o entendimento sobre o tema no enunciado da Súmula 235, que transcrevo:

É competente para a ação de acidente do trabalho a Justiça Cível Comum, inclusive em segunda instância, ainda que seja parte autarquia seguradora.

Diante da orientação jurisprudencial pacífica do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, não cabe mais discussão acerca da competência para o processamento e julgamento de ação de concessão ou de revisão de benefício oriundo de acidente do trabalho.

Esta Primeira Turma, no julgamento do AG 2000.01.00.098780-1/BA, por unanimidade, também assentou esse entendimento:

Constitucional e Previdenciário. Acidente do trabalho. Restabelecimento de benefício. Incompetência da Justiça Federal. Art. 109, I, da CF.

1. Compete à Justiça ordinária estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias, das ações de restabelecimento de benefícios de natureza acidentária (Precedentes do STF).

2. Mantida a decisão que declinou da competência para o julgamento do feito em favor da Justiça Estadual.

3. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TRF 1ª Região, 1ª Turma, Rel. Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, DJ de 27/08/2001.)

Na espécie dos autos, considerando que o processo tramitou, em primeira instância, no Juízo de Direito da Comarca de Alta Floresta/MT, entendo que a competência para o julgamento do recurso é do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, e não deste Tribunal.

Isso posto, declino da competência para o e. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.

É o meu voto.

Segunda Turma

Apelação em Mandado de Segurança

2001.34.00.014616-4/DF

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves
Apelante: União Federal
Procurador: Dr. Joaquim Pereira dos Santos
Apelados: Alexandre da Costa Linhares e outros
Advogados: Dr. Daniel Paes Ribeiro Junior e outro
Interessada: Fundação Nacional de Saúde – Funasa
Procurador: Dr. Antonio Roberto Basso
Remetente: Juízo Federal da 16ª Vara – DF
Divulgação: e-DJF1 de 13/02/2009
Publicação: 16/02/2009

Ementa

Processual, Constitucional e Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Médicos pesquisadores. Instituto Evandro Chagas – Fundação Nacional de Saúde. Ilegitimidade passiva da União. Criação de novo plano de carreiras. Opção pela manutenção da situação jurídica anterior. Alteração substancial do novo plano. Extensão aos servidores que a ele não haviam inicialmente aderido. Possibilidade. Princípios da razoabilidade, da isonomia e da isonomia de vencimentos.

I – Tratando-se de mandado de segurança impetrado por servidores vinculados ao Instituto Evandro Chagas, vinculado à Fundação Nacional de Saúde, a União não tem legitimidade passiva para integrar o polo passivo da impetração, daí por que reconhecida a preliminar por ela suscitada.

II – Com a edição da Lei 8.691/1993 foi criado o Plano de Carreiras da área de Ciência e Tecnologia, facultando-se aos servidores a possibilidade de a ele aderirem, deixando de fazê-lo os impetrantes porque suas específicas situações funcionais tornavam mais atraente a manutenção do *status quo* então ostentado.

III – Todavia, com a substancial alteração do plano em comento a partir da edição da MP 2.048-26/2000, a nova sistemática remuneratória se lhes apresentou mais vantajosa, daí o porquê da postulação para a percepção de sua remuneração de acordo com o novo parâmetro apresentado.

IV – Fundada a opção em comento em bases de comparação salarial que deixaram de subsistir, não se mostra razoável furta-se àqueles que não aderiram, desde o início, ao Plano de Carreiras da Lei 8.691/1993 a possibilidade de a ele se vincular como consequência da substancial alteração implementada na sobredita base de comparação.

V – De fato, se num primeiro momento os próprios impetrantes concorreram para a distinção remuneratória verificada a partir da entrada em vigor da Lei 8.691/1993, a discrepância na paga dos servidores que exerciam atribuições idênticas, após a alteração do Plano de Carreiras original, decorreu unicamente da vontade do legislador, que se restringiu a alterar os padrões remuneratórios desse plano, olvidando-se de beneficiar os servidores que haviam permanecido com seu *status* original.

VI – O princípio da isonomia é concebido na necessidade de deferimento de tratamento distinto para aqueles que se encontrem em distinta situação, na exata medida daquilo que os diferencia. Na espécie, a exacerbada distinção de tratamento entre os impetrantes e seus colegas do Instituto Evandro Chagas desbordou dos limites da isonomia, já que para estes, repise-se, foi deferida nova vantagem remuneratória, enquanto para os primeiros, por

força da omissão administrativa decorrente da não-apreciação, até o momento da impetração do *writ*, do pedido de transposição devidamente encaminhado, nada foi feito.

VII – Por essa razão, fazem jus os impetrantes, servidores do quadro de Pessoal da Funasa, lotados no Instituto Evandro Chagas, ao pagamento das vantagens deferidas pela MP 2.136-37, de 26/04/2001, aos ocupantes dos cargos efetivos da Carreira de Pesquisa em Ciência e Tecnologia (arts. 17 e 19).

VIII – Correção monetária das parcelas devidas a partir da impetração de acordo com os índices do Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, incidindo desde o momento em que cada prestação se tornou devida, conforme jurisprudência desta Corte e do STJ.

IX – Ajuizada a ação antes do advento da MP 2.180-35/2001, os juros de mora são fixados em 1% ao mês, a partir da notificação da Autoridade impetrada, em relação às parcelas a ela anteriores, e de cada vencimento, quanto às subsequentes.

X – Apelação da União de que não se conhece.

XI – Remessa oficial parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por maioria, dar parcial provimento à remessa oficial e, por unanimidade, não conhecer da apelação da União, nos termos do voto da Relatora.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 21/11/2008.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Alexandre da Costa Linhares e outros impetraram mandado de segurança contra ato atribuído ao Presidente da Fundação Nacional de Saúde – Funasa, com a participação litisconsorcial passiva da União Federal, com o objetivo de assegurar o pagamento das “mesmas vantagens ou a mesma retribuição pecuniária instituídas pela MP 2.136-37, de 26/04/2001, para os ocupantes do cargo de pesquisador em favor dos impetrantes a partir do ajuizamento da ação”, com fundamento no art. 5º, LXIX, da Constituição, c.c. o art. 1º da Lei 1.533/1951, art. 27 da Lei 8.691/1993, com as modificações introduzidas pela MP 2.136-37, de 26/04/2001.

Relatam que em 28/07/1993 foi editada a Lei 8.691, dispondo sobre o Plano de Carreiras da área de Ciência e Tecnologia da Administração Direta Federal, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais, para os órgãos e entidades listados no § 1º do art. 1º, dentre os quais se inclui o Instituto Evandro Chagas (XIX).

Aos servidores lotados à época nos referidos órgãos, foi facultado optar, em trinta dias, pelo ingresso

no Plano de Carreira, nos termos do art. 26 e art. 27, § 2º, *verbis*:

Art. 26. Os atuais servidores dos órgãos e entidades referidos no § 1º do art. 1º serão enquadrados nas carreiras constantes do Anexo I, no mesmo nível, classe e padrão onde estejam posicionados na data de publicação desta lei.

Art. 27. Os atuais servidores dos órgãos e entidades referidos no § 1º do art. 1º, não alcançados pelo artigo anterior, permanecerão em seus atuais planos de Classificação de Cargos, fazendo jus, contudo, a todas as vantagens pecuniárias do Plano de Carreiras estruturado por esta lei.

(...)

§ 2º. Os servidores referidos no caput deverão, no prazo de trinta dias, manifestar a sua opção pelas vantagens do Plano de Carreiras estruturado por esta lei.

Os impetrantes escolheram permanecer no cargo em que ocupavam, com o mesmo sistema remuneratório, sob o argumento de que, “nenhuma vantagem ou melhoria viria crescer de imediato ou em curto ou médio prazo” e, “as vantagens que já auferiam não podiam ser cumuladas com as previstas para o novo cargo de carreira”.

No entanto, com o advento da MP 2.048-26, de 29/06/2000, sucessivamente reeditada até a MP 2.136-37, de 26/04/2001, e entendendo que “sensíveis melhorias na remuneração dos cargos da carreira de pesquisador, no âmbito de pesquisa científica e tecnológica, foram introduzidas”, pleiteiam a concessão das mesmas vantagens conferidas pela referida legislação aos ocupantes do cargo de pesquisador.

Sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 16ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal concedeu a segurança para estender aos impetrantes “as vantagens instituídas para o quadro de carreira de pesquisa em ciência e tecnologia, pela Medida Provisória 2.136-37, de 26/04/2001, a partir do ajuizamento da ação” (fls. 281/285).

Apela a União (fls. 290/299), arguindo, preliminarmente, ilegitimidade passiva do Subsecretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e inadequação da via eleita.

No mérito, esgrimiou o ente público com argumentos divorciados do quanto aqui se discute, pugnando, pois, pela impossibilidade de extensão das gratificações instituídas pela MP 2.136-34/2001 a servidores aposentados, ao equivocado pressuposto de que esta seria a condição funcional dos impetrantes.

Contrarrazões a fls. 340/348.

A Funasa, embora notificada da sentença (certidão de fls. 288), não apresentou recurso.

Parecer do MPF neste Tribunal (fls.352/355) manifestou-se pelo desprovimento do recurso de apelação.

Remessa oficial interposta.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Pretendem os impetrantes, servidores ativos pertencentes aos quadros da Fundação Nacional de Saúde – Funasa, lotados no Instituto Evandro Chagas, obter o pa-

gamento da vantagem deferida pela MP 2.136-37, de 26/04/2001, aos ocupantes dos cargos efetivos integrantes da Carreira de Pesquisa em Ciência e Tecnologia (art. 17 c.c.art. 19 da MP 2.136/2001).

Inicialmente, examino a legitimidade passiva *ad causam* da União, matéria que pode ser conhecida de ofício, nos termos do § 3º do art. 267 do CPC. A autoridade coatora, em sede de mandado de segurança, é aquela que executa o ato impugnado, envergando legitimidade recursal, *in casu*, a Fundação Nacional de Saúde, que é entidade dotada de personalidade jurídica própria e autonomia jurídica, administrativa e financeira e que por isso responde de forma plena sobre as questões inerentes a seus servidores.

Desse entendimento deriva a legitimidade *única* do Presidente da referida Fundação no polo passivo deste mandado de segurança, impetrado por servidores pertencentes aos seus quadros, visando à percepção de vantagem remuneratória.

Assim, demonstrada a ilegitimidade da União, a excluo da lide, prosseguindo a ação quanto à Funasa, entidade a que se vincula a autoridade impetrada.

Todavia, não tendo a Funasa apresentado recurso, passo ao exame do mérito pelo crivo da remessa oficial.

Resume-se a questão, no mérito, à possibilidade de enquadramento dos impetrantes no Plano de Carreira implantado pela Lei 8.691/1993, mesmo não tendo exercido a opção facultada pelo art. 27 no prazo assinalado (trinta dias), com o objetivo de passarem a usufruir das vantagens instituídas pela MP 2.136-37/2001 para os ocupantes dos cargos efetivos da Carreira de Pesquisa em Ciência e Tecnologia de que trata a referida lei.

Baseiam sua pretensão no princípio da isonomia, alegando “equivalência e similitude das atribuições funcionais desempenhadas pelos consulentes com aquelas a que alude explicitamente a Lei 8.691/1993”, pelo que “não somente a similitude de atribuições e situação jurídico-funcional, que lhes são imanentes, em seu exercício funcional, como ainda o direito a mesma paga estipendial, segundo critérios nela estabelecidos, reconhecidamente atendem aos pressupostos do tratamento isonômico”, ou seja, consideram que, exercendo as mesmas atribuições descritas pela aludida lei em seus cargos, têm direito à mesma retribuição pecuniária.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Federais Neuza Maria Alves da Silva, Francisco de Assis Betti e Carlos Moreira Alves.

De fato, a MP 2.136-37/2001 ensejou alteração remuneratória nos cargos efetivos da Carreira de Pesquisa em Ciência e Tecnologia “de que trata a Lei 8.691, de 28 de julho de 1993” (art.17), o que em princípio excluiria os impetrantes de seus efeitos benéficos, já que eles não fizeram opção pelo Plano de Carreira da aludida lei.

Todavia, a adoção desse procedimento efetivamente afrontaria os princípios da razoabilidade e da isonomia.

Com efeito, com o advento da Lei 8.691/1993 foi aberta a possibilidade de os servidores por ela potencialmente alcançados optarem pela adesão ao Plano de Carreiras *então* instituído, certo que a referida opção seria feita a partir da comparação das vantagens e desvantagens existentes entre as duas situações contrapostas, quais fossem, aquela anterior à sobredita Lei 8.691/1993 e a que a partir desta se instalara.

A escolha a ser feita pelos servidores, portanto, tinha limites claros e objetivos, cabendo a eles optar pela manutenção de seu *status quo* ou pela alteração deste a partir da adesão ao específico Plano de Carreiras à época criado. Por essa singela razão é que, por exemplo, os impetrantes não poderiam postular o pagamento de vantagens instituídas *pelo* novo plano, à guisa de aplicação do princípio da isonomia, fosse porque eles próprios haviam optado pela continuação da condição funcional que à época ostentavam, fosse porque não poderiam ostentar uma situação híbrida, usufruindo apenas o melhor que cada uma das normas aplicáveis pudesse lhes proporcionar.

Contudo, não é esta a hipótese dos autos, porque com o advento da Medida Provisória 2.046-24/2000, reeditada até a MP 2.136-37/2001, a base de comparação outrora existente foi completamente modificada, sendo certo que o novo arcabouço remuneratório apresentou-se mais vantajoso para os impetrantes, ao contrário daquele originariamente instituído pela Lei 8.691/1993.

Observe-se, por importante, que a Medida Provisória 2.136-37/2001 foi editada com o fito de reestruturar, dentre outras, a carreira de que cuidava a Lei 8.691/1993, sendo esta a própria carreira dos impetrantes em termos de específicas atribuições funcionais, apesar deles não estarem, por escolha própria, submetidos aos preceitos remuneratórios nela contidos.

Nessa direção, não se afigura razoável alijar-se dos impetrantes que não haviam optado por alterarem a sua condição funcional a partir do paradigma anterior que lhes era desfavorável, a possibilidade de, *alterado esse paradigma*, exercerem uma nova opção que seria feita a partir de *duas novas bases de comparação*.

Além de não ser razoável, a omissão do ente público, consistente na ausência de apreciação do pedido de transposição formulado em 04/10/2000, conferindo-se apenas aos servidores que já haviam aderido ao Plano de Carreiras instituído pela Lei 8.691/1993 as vantagens decorrentes da substancial alteração levada a efeito por força da MP 2.136-37/2001, encerra inaceitável ofensa ao princípio da isonomia, concebido na necessidade de tratamento distinto para aqueles que se encontrem em distinta situação, *na exata medida daquilo que os diferencia*. Na espécie, a exacerbada distinção de tratamento entre os impetrantes e seus colegas do Instituto Evandro Chagas desbordou dos limites da isonomia, já que para estes, repise-se, foi deferida nova vantagem remuneratória, enquanto para os primeiros, por força da omissão administrativa decorrente da não-apreciação, até o momento da impetração do *writ*, do pedido de transposição devidamente encaminhado, nada foi feito.

Por outro lado, a manutenção da discrepância remuneratória verificada concretamente no caso dos autos atenta também contra o princípio da isonomia remuneratória dos servidores, porque esta se traduz na igualdade de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas, aplicável aos servidores do mesmo Poder.

Relembre-se, pois, que a distinção remuneratória nascida da edição da Lei 8.691/1993 decorreu unicamente da escolha dos servidores por ela alcançados, daí por que, enquanto vigorante tal preceito no que toca à quantificação dos valores salariais, não se poderia invocar a aplicação de tal princípio. É curial, se um servidor optou por aderir ao novo plano, fundado em que sua específica situação funcional o tornava mais vantajoso, enquanto outro, postado em situação distinta, não foi estimulado a ele aderir, não poderia nenhum dos dois arguir a obrigatoriedade da identidade salarial, porque eles próprios atuaram no sentido de que ela não ocorresse.

Todavia, a reestruturação imposta à carreira, como consequência da alteração substancial no Plano

de Carreiras nascido da Lei 8.691/1993, constitui elemento *externo* instituidor de *nova discrepância remuneratória não causada por nenhum dos servidores em comparação*.

Assim, sendo indiscutível que os apelados exercem as mesmas atividades que os servidores beneficiados pela MP 2.136-37/2001, tal circunstância acarreta o direito à igualdade de vencimentos, na exata medida do que estabelecem o art. 41, § 4º, da Lei 8.112/1990 e o art. 39, § 1º, I, da Constituição Federal.

Não se argumente que a concessão desse direito aos apelados estaria ferindo o Princípio da Separação dos Poderes, nem a Súmula 339 do STF, que veda ao Poder Judiciário aumentar vencimentos a título de isonomia, uma vez que cabe ao Judiciário determinar sobre a aplicação dos dispositivos legais controversos, apoiado em sólida jurisprudência construída nos Tribunais Superiores, o que afasta a hipótese do exercício da função legiferante.

Esse mesmo entendimento manifestou esta Turma no julgamento da Apelação Cível 95.01.14188-8/DF, julgado em 19 de março de 1997, sob relatoria do então Juiz Carlos Fernando Mathias:

Processual. Administrativo. Constitucional. Mandado de segurança. Decadência. Cargos. Atribuições iguais ou assemelhadas. Princípio da isonomia. Normas constitucionais.

I – No nivelamento de Cargos com atribuições iguais ou assemelhadas, o novel estatuto funcional prevê critério para o balizamento. Se assim não fosse, ter-se-ia de admitir, para cada caso de isonomia, uma lei específica, o que parece ilógico, porquanto, em qualquer época, mesmo antes do princípio fundamental, ao legislador era permitido estabelecer igualdades entre categorias. Inteligência do art. 41, § 40, da Lei 8.112/1990.

II – Referentemente ao princípio constitucional da isonomia, a par do texto do art. 5º (todos são iguais perante a lei, sem distinção...), a Constituição dispõe, no art. 39, § 1º, sobre igualdade de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Se auto ou não autoaplicável o texto do aludido § 10, o certo é que sobreveio a Lei 8.112, de 11/12/1990, assegurando a isonomia de vencimento. (q.v. Acórdão do MS 1.706-5/DF. Corte Especial do Eg. STJ).

III – (...)

IV – Negado provimento à Apelação e à Remessa.

Por fim, deve ser esclarecido que a concessão aos impetrantes das vantagens remuneratórias decorrentes da aplicação da MP 2.136-37/2001 importa na vedação à percepção das vantagens (percebidas por força de suas situações funcionais anteriores) que forem incompatíveis com o novo Plano de Carreiras em que foram incluídos por força deste comando, bem assim que eventual alteração da situação funcional anterior decorrente da edição de novos ditames normativos não lhes será aproveitada, já que com o manejo do presente *mandamus* os impetrantes buscaram, em última análise, uma tardia adesão ao Plano de Carreiras editado em 1993 e substancialmente alterado a partir da primeira medida provisória editada no ano 2000 (MP 2.048-26/2000).

Vencida a questão de fundo versada na liça, esclareço que as parcelas devidas, vencidas a partir da impetração, devem ser corrigidas com base nos índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal para essa finalidade, e que os juros de mora, porque ajuizada a ação antes da edição da Medida Provisória 2.180-35/2001, incidirão à razão de 1% ao mês a contar da data da notificação da Autoridade impetrada, em relação às parcelas a ela anteriores, e de cada vencimento, em relação às subsequentes.

Em face do exposto, não conheço da apelação da União, como consequência do reconhecimento de sua ilegitimidade passiva para compor a liça, e dou parcial provimento à remessa oficial, para consignar a impossibilidade de cumulação de vantagens relativas aos dois regimes salariais sob confronto, a impossibilidade de retorno dos impetrantes ao seu *status quo ante*, como decorrência da edição de ulterior preceito legal destinado aos servidores que persistiram na situação jurídica original mesmo após a edição da MP 2.048-26/2000, e para esclarecer que a incidência das parcelas acessórias da condenação será feita na forma acima delineada.

É o voto.

Terceira Turma

Recurso em Sentido Estrito

2008.33.10.000297-1/BA

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães

Recorrente: Justiça Pública

Procurador: Dr. Anderson Vagner Gas dos Santos

Recorrido: A apurar

Divulgação: e-DJF1 de 05/02/2009

Publicação: 06/02/2009

Ementa

Penal e Processual Penal. Recurso em sentido estrito. Crimes de posse irregular, porte ilegal e disparo de arma de fogo, praticados pelos índios, em contexto de disputa sobre direitos indígenas sobre terras. Arts. 12, 14 e 15 da Lei 10.826/2003 c/c arts. 109, XI, e 231 da CF/1988. Inquérito. Competência da Justiça Federal. Recurso provido.

I – “Tratando-se de crimes praticados por indígenas na disputa de suas terras, estando evidenciado o interesse da comunidade indígena, a competência para o processamento e julgamento dos delitos é da Justiça Federal, não ataindo a incidência da Súmula 140 – STJ” (CC 43155/RO, Rel. Min. Paulo Gallotti, 3ª Seção do STJ, unânime, DJU de 30/11/2005, p. 145).

II – Configurado que, na espécie, os crimes investigados, por ora — uso de armas e disparos, pelos índios, com lesão corporal em indígena da facção oposta —, inserem-se num contexto de disputa sobre direitos indígenas, relacionados à retomada de terras consideradas indígenas e por eles reivindicadas, com emprego de armas de fogo, num clima de divergência entre as facções indígenas sobre a forma de retomada das terras, do que resultou lesão corporal em um índio da facção oposta, exsurge a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, em face do disposto nos arts. 109, XI, e 231 da CF/1988.

III – Recurso provido.

Acórdão

Decide a Turma dar provimento ao recurso em sentido estrito, por unanimidade.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 17/12/2008.

Desembargadora Federal Assusete Magalhães, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães:
— Trata-se de recurso em sentido estrito, interposto pelo Ministério Público Federal, contra decisão proferida pelo ilustre Juízo Federal da Subseção Judiciária de Eunápolis/BA, que, nos autos do Inquérito Policial 2008.33.10.000297-1 — instaurado para apuração da suposta prática dos delitos previstos nos arts. 12 (posse

irregular de arma de fogo de uso permitido), 14 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido) e 15 (disparo de arma de fogo) da Lei 10.826/2003, entre outros, tendo em vista a pretensa existência de armas de fogo em posse de indígenas das Aldeias Corumbauzinho e Craveiro, as quais seriam fornecidas pelo nacional conhecido por “Bené Mineiro”, bem como notícia de disparos de arma de fogo, pelos índios, ferindo outro indígena dissidente, em razão de desentendimento entre

os índios da Aldeia Craveiro, decorrente de retomada de terras por eles reivindicadas —, declarou a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito (fls. 54/55).

Sustenta o recorrente, em síntese, que se cuida de Inquérito Policial destinado a apurar crimes de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e disparo de arma de fogo, todos praticados por indígenas da aldeia indígena Pataxó de Craveiro e Corumbauzinho, situadas no Município de Itamaraju/BA, no contexto de disputa sobre direitos indígenas.

Afirma que, conforme se depreende da leitura dos autos, os fatos estão relacionados à ocupação de terra na região e a disputas políticas internas, na comunidade indígena, com repercussões nos costumes e na forma de organização social, decorrentes da utilização da força armada por duas facções tribais, que divergem no que tange à forma de condução das reivindicações da comunidade, mais precisamente na retomada de terras da Fazenda São Domingos.

Alega que consta, do ofício 2/GAB – NAL Monte Pascal, pedido da Fundação Nacional do Índio – Funai para que a Polícia Federal tomasse providências relacionadas aos graves incidentes ocorridos na aldeia indígena Pataxó de Craveiro.

Narra que, segundo a comunicação da Funai, em novembro de 2007, um grupo dissidente da aldeia Craveiro, apoiado por uma ONG local, ocupou a Fazenda São Domingos — a qual está inserida na área reivindicada pelos índios Pataxó, pertencente ao Sr. Garcia — retirando, à força, todos os empregados e moradores do local, informando, ainda, o acirramento dos conflitos, em 14 de janeiro de 2008, com troca de tiros entre lideranças, na retomada das terras indígenas, resultando no ferimento de um índio que liderava a facção dissidente, que lutava pela retomada das terras.

Ressalta que os crimes mostram-se como elementos do processo de disputas sobre direitos indígenas a terra e com repercussões nefastas sobre a forma de organização social e os costumes da comunidade afetada, de forma a caracterizar a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, XI, da CF.

Acentua que o Supremo Tribunal Federal entende que a regra de competência do art. 109, XI, deve ser interpretada em conformidade com a do art. 231,

ambas da Constituição Federal; que, no caso concreto, “resta inequívoco que existem duas facções na tribo, que divergem no que tange à forma de reivindicação dos direitos da comunidade”; que, “em novembro de 2007, com a utilização de armas de fogo, uma destas facções ocupou à força uma fazenda na região, o que foi reprovado pela facção oposta”; que, em “face desta divergência política, em 14/01/2008, houve troca de tiros entre membros das duas facções, deixando um índio gravemente ferido conforme notícia a Funai a fls. 21”; que, assim, “resta patente que os crimes já cometidos e os que ainda estão sendo praticados encontram-se intimamente relacionados à disputa sobre direitos indígenas, tais quais relacionados no art. 231 da Constituição Federal, notadamente no que tange aos costumes, à organização social e à terra”, pelo que a competência para o futuro julgamento da causa é da Justiça Federal, na forma do art. 109, XI, da CF/1988.

Pede, assim, o provimento do recurso, para manter o Inquérito na seara federal, com a continuidade das investigações (fls. 58/63).

Mantida a decisão recorrida, subiram os autos a esta Corte (fls. 64).

A Procuradoria Regional da República opina pelo provimento do recurso (fls. 68/72).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães:
— Como se viu do relatório, trata-se de recurso em sentido estrito, interposto pelo Ministério Público Federal, contra decisão proferida pelo ilustre Juízo Federal da Subseção Judiciária de Eunápolis/BA, que, nos autos do Inquérito Policial 2008.33.10.000297-1 — instaurado para apuração da suposta prática dos delitos previstos nos arts. 12 (posse irregular de arma de fogo de uso permitido), 14 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido) e 15 (disparo de arma de fogo) da Lei 10.826/2003, entre outros, tendo em vista a pretensa existência de armas de fogo em posse de indígenas das Aldeias Corumbauzinho e Craveiro, as quais seriam

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Assusete Magalhães, Tourinho Neto e o Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa. (convocado).

fornecidas pelo nacional conhecido por “Bené Mineiro”, bem como notícia de disparos de arma de fogo, pelos índios, ferindo outro indígena dissidente, em razão de desentendimento entre os índios da Aldeia Craveiro, decorrente de retomada de terras por eles reivindicadas —, declarou a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito (fls. 54/55).

Adoto, como razões de decidir, os fundamentos expendidos pela Procuradoria Regional da República, quando de sua manifestação pelo provimento do recurso, *verbis*:

Merece reparo a decisão recorrida.

Impende, de logo, ressaltar que a hipótese dos autos configura *real disputa sobre direitos indígenas*, conforme se extrai das informações constantes no Ofício 2/GAB – NAL Monte Pascoal, encaminhado pelo gerente do Pólo Base da Funai em Itamaraju, Sr. Zezito Ferreira dos Santos, ao Delegado Chefe da Polícia Federal de Porto Seguro, fls. 9:

“[...] Em novembro de 2007, um grupo dissidente da aldeia Craveiro, apoiado por uma ONG local, ocupou a Fazenda São Domingos, que está inserida na área reivindicada pelos índios Pataxó e proposta pelo GT de Revisão de limites da TI Barra Velha, de propriedade do Sr. Garcia, retirando à força todos os empregados e moradores do local.

Alguns conflitos internos vinham acontecendo nos últimos dias, conforme informado via telefone ao Senhor Delegado da PF de Porto Seguro. Contudo, no dia 14 de janeiro de 2008, os conflitos se acirraram com troca de tiros entre lideranças da retomada.

O índio Gerson, também conhecido por Gol, liderança retomada, foi à aldeia Craveiro e disparou vários tiros na casa do vice-cacique da aldeia Craveiro, o índio Anailton. Os tiros não alcançaram nenhuma pessoa. Porém, revoltados com as atitudes violentas que o “Gol” vinha impondo na aldeia, algumas lideranças seguiram em direção a retomada e dispararam tiros que atingiram o referido índio. [...]”

A orientação do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema está posta no julgamento do CC 43155, DJ 30/11/2005, de cuja ementa destaca-se:

“[...] I. Tratando-se de crimes praticados por indígenas na disputa de suas terras, estando evidenciado o interesse da comunidade indígena, a competência para o processamento e julgamento dos delitos é da Justiça Federal, não atraindo a incidência da Súmula 140 – STJ.

II. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária de Rondônia [...]”

Igual entendimento restou assentado no julgamento do CC 31134, DJ 25/03/2002, de relatoria do em. Ministro Gilson Dipp, em hipótese semelhante à dos presentes autos (conflito entre facções de uma mesma tribo indígena), *verbis*:

“[...] Criminal. Conflito de competência. Lesões corporais e homicídio. Índios Kiriri como autor e vítimas. Disputa sobre terras da comunidade indígena. Envolvimento de interesses gerais dos índios. Inaplicabilidade da Súmula 140/STJ. Competência da Justiça Federal.”

Compete à Justiça Federal o processo e julgamento de feito criminal onde vítimas e réu são índios de facções da Nação Indígena Kiriri, em razão de disputas sobre as terras pertencentes à comunidade indígena, se evidenciado o envolvimento de interesses gerais dos indígenas.

Motivos/causas dos delitos contra a pessoa provenientes, em tese, de discordância entre grupos rivais frente à disputa de terras dentro da reserva.

Inaplicabilidade da Súmula 140 desta Corte.

Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia, o Suscitado.

Com estas considerações, opina o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso. (fls. 68/72)

Com efeito, o Inquérito Policial revela que os crimes investigados inserem-se na disputa sobre direitos indígenas, considerando a discordância entre os índios acerca da forma de retomada de terras consideradas indígenas, por eles reivindicadas, com emprego de armas de fogo, conforme relatado pela Polícia Federal (fls. 16/17).

Com efeito, conforme ofício da Funai à Polícia Federal, em 15/01/2008 (fl. 9), informações da Polícia Federal de 18/03/2008, sobre diligências realizadas no local, a respeito dos fatos (fls. 16/17 e 18), ofício da Diretoria de Assuntos Fundiários da Funai, de 21/01/2008, dirigido à sua Procuradoria Federal Especializada (fl. 21) e notícia do Jornal “Prado Notícias” de fls. 5/8, resta evidenciado que existem duas facções na aldeia indígena Pataxó de Craveiro e Corumbauzinho, que divergem quanto à forma de reivindicação dos direitos da comunidade, especialmente no tocante à forma de retomada de terras consideradas indígenas, por eles reivindicadas; que, em novembro de 2007, uma facção,

liderada pelo índio Gerson, também conhecido como Gol — favorável à retomada das terras —, com apoio de ONG local e contra a posição do cacique da aldeia Craveiro, invadiu a Fazenda São Domingos — que se insere na área reivindicada pelos índios Pataxó —, com utilização de armas de fogo, retirando, à força, todos os empregados e moradores do local, conduta que foi reprovada pela facção oposta; que o índio Gerson, líder da retomada das terras, foi à aldeia Craveiro e desferiu vários tiros contra a casa do vice-cacique da aldeia, o índio Anailton, da facção oposta; que, revoltadas, algumas lideranças da facção que não apoiava a forma de retomada das terras seguiram em direção àquelas terras e dispararam tiros contra o índio Gerson, que ficou gravemente ferido, criando-se situação de grave conflito na aldeia, a partir de 14/01/2008; que uma facção indígena fechou a estrada, pedindo a intervenção da Polícia Federal para desarmar a facção dos índios que retomara, à força, as terras da Fazenda São Domingos:

Vimos, por meio deste, solicitar a V. Sa. a especial atenção no que diz respeito aos sérios conflitos que estão acontecendo nas aldeias indígenas Pataxó da região de Craveiro.

Em novembro de 2007, um grupo dissidente da aldeia Craveiro, apoiado por uma ONG local, ocupou a Fazenda São Domingos, que está inserida na área reivindicada pelos índios Pataxó e proposta pelo GT de Revisão de limites da TI Barra Velha, de propriedade do Sr. Garcia, retirando à força todos os empregados e moradores do local.

Alguns conflitos internos vinham acontecendo nos últimos dias, conforme informado via telefone ao Senhor Delegado da PF de Porto Seguro. Contudo, no dia 14 de janeiro de 2008, os conflitos se acirraram com trocas de tiros entre lideranças da retomada.

O índio Gerson, também conhecido por Gol, liderança da retomada, foi à aldeia Craveiro e disparou vários tiros na casa do vice-cacique da aldeia Craveiro, o índio Anailton. Os tiros não alcançaram nenhuma pessoa. Porém, revoltados com as atitudes violentas que o “Gol” vinha impondo na aldeia, algumas lideranças seguiram em direção a retomada e dispararam tiros que atingiram o referido índio.

Neste momento, a atual situação é de grave conflito na aldeia. Os índios fecharam a estrada e pedem a presença imediata da Polícia Federal desarmar os índios da retomada.

Diante da gravidade da situação, solicitamos o apoio de agentes da Polícia Federal para que, junto à Funai, possamos tomar as medidas necessárias

para que a paz retorne ao local. (Ofício da Funai à Polícia Federal – fl. 9)

Informo a V. Sa. que atendendo a OMP 008/2008, os policiais deslocaram-se ao município de Itamaraju, onde diligenciaram na Funai e na aldeia Craveiro, a fim de realizar investigações acerca de existência de armas com indígenas nas aldeias de Corumbauzinho e Craveiro.

O senhor Alberto Ramos de Oliveira (“Beto”), Agente Operacional da Funai, disse que o problema na Aldeia Corumbauzinho é a venda de bebida alcoólica, apontando o senhor José Alves Ribeiro (“Zé Ribeiro”), servidor da Funai na área da saúde, como a pessoa quem vende a bebida. Na Aldeia Craveiro, “Beto” informou que após a invasão das terras do Senhor Garcia ocorreu um conflito entre os próprios índios. Alguns índios concordavam e outros não concordavam com a invasão. Nesse conflito houve disparo de arma de fogo e um índio ficou ferido. Logo após, ocorreu uma série de ameaças e três famílias tiveram que sair da Aldeia. Além disso, informou que há venda e consumo de drogas nas duas aldeias.

O Senhor Zezito Ferreira dos Santos, Gerente do Pólo Base da Funai em Itamaraju, disse que em novembro do ano passado aconteceu a invasão da fazenda do Senhor Garcia, ocasionando no mês de janeiro desse ano um grave problema interno; que o Vice-cacique, Anailton, foi contra a ocupação da fazenda, gerando revolta no grupo a favor da ocupação; que o Vice-cacique foi vítima de disparo de arma de fogo quando estava na sua casa; que o autor do fato foi um índio conhecido como “Gol” e após esse fato, Anailton e seus irmãos foram na terra ocupada e efetuaram diversos disparos de arma de fogo contra o índio de vulgo “Gol”, o qual foi atingido por um dos disparos. Informou ainda que a terra já foi desocupada e alguns dos envolvidos tiveram que sair da Aldeia. Ressaltou que o provável fornecedor das armas e autor intelectual da invasão das terras é o proprietário de um sítio vizinho à Aldeia Craveiro, conhecido como “Bené Mineiro.”

A senhora Helena Correia do Nascimento, os senhores Raimundo da Silva Braúna e Vanderlei Alves Rodrigues confirmaram os fatos supramencionados, acrescentando ainda que “Bené Mineiro” e seus filhos são violentos, cachaceiros, e que costumam frequentar a Aldeia Craveiro e sempre efetuam disparos de arma de fogo. Afirmando ainda, que um dos filhos de “Bené Mineiro” é casado com uma índia da Aldeia Craveiro. Segundo o senhor Vanderlei, que é índio e mora na Aldeia Craveiro, as armas estão na casa de “Bené Mineiro”. (Diligência da Polícia Federal – fls. 16/17)

I. Trata-se de ofício encaminhado a este órgão pela Diretoria de Assuntos Fundiários, o qual

encaminha cópia de matéria publicada no *site* do jornal *Prado Notícias*, informando o envolvimento de integrantes do CIMI (Conselho Indígena Missionário) na invasão da Fazenda São Domingos, no Distrito de Corumbau, Prado/BA.

II. Informa, ainda, o expediente, que em conflito envolvendo aldeias indígenas da região um índio foi baleado, ficando gravemente ferido.

III. Há indícios da existência do crime de esbulho possessório, previsto no art. 161, §1º, II, do CP (para o qual não foi preenchido o requisito do art. 161, § 3º) além do art. 121 c/c o art. 14, II, também do CP, sendo que ambos teriam sido cometidos em razão de disputa sobre direitos indígenas. A competência para o processamento do feito é da Justiça Federal por força do art. 109, XI, da CF” (Informações da Polícia Federal – fl. 18).

Diante dos recentes conflitos vivenciados pelos Pataxós do extremo sul da Bahia, vimos por meio deste encaminhar a esta Procuradoria, cópia de uma matéria publicada no *site* do jornal *Prado Notícias*, que apresenta sérias denúncias de envolvimento de integrantes do CIMI nos conflitos nas áreas “retomadas” pelos índios.

Na oportunidade, informamos que nos dias 14 e 15 de janeiro de 2008, houve um conflito entre os índios da “retomada” e os da aldeia Craveiro, que não concordam com a ação de retomada antes da publicação do Resumo do Relatório, que culminou em tiroteio na aldeia deixando um índio gravemente ferido (Ofício da Diretoria de Assuntos Fundiários da Funai à sua Procuradoria Federal – fl. 21).

Assim sendo, inserindo-se os crimes investigados, por ora — uso de arma e disparos, pelos índios, com lesão corporal em indígena da facção oposta —, na disputa sobre direitos indígenas às terras retomadas por uma das facções, com divergência entre as próprias facções indígenas sobre a forma de retomada de terras consideradas indígenas e por eles reivindicadas, resta evidenciada a competência da Justiça Federal, a teor do art. 109, XI, da CF/88.

Sobre o tema, leciona Eugênio Pacelli de Oliveira, *in* Curso de Processo Penal, 7ª edição, p. 227:

Para que se tenha atraída a competência da Justiça Federal em delitos envolvendo indígenas, seja como vítimas, seja como autores, *o que deve ser posto em relevo é a existência ou não de disputa sobre direitos indígenas*. Por isso, tanto o assassinato de um índio, quanto o homicídio praticado por um índio não serão, em regra, da competência do Tribunal do Júri Federal.

Porém, se a morte ocorrer em razão de disputa de direito de terras ocupadas pelos índios, por exemplo, a competência será da Justiça Federal. O mesmo ocorrerá, como é óbvio, na hipótese de extermínio de população indígena pelo só fato de sua existência, ainda que de poucos de seus membros. Aqui, além do fato de se tratar do direito à vida, cuida-se também da caracterização do genocídio, crime de natureza internacional, previsto em tratado (STF – RE 263.010/MS, Informativo do STF 193).

Assim sendo, além de entendimentos jurisprudenciais no sentido de que a declinação da competência, na fase inquisitorial, pode revelar-se precipitada (TRF1 4ª Turma, RCCR 2008.38.02.000770-5/MG, *e-DJFI* de 09/06/2008, p. 272; TRF1 4ª Turma, RCCR 2008.38.02.002714-5/MG, *e-DJFI* de 07/08/2008, p. 287), no caso em exame, diante dos referidos elementos dos autos, dúvida não há sobre a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, a exemplo do seguinte julgado, aplicável, *a contrario sensu*, ao caso dos autos:

Ementa: habeas-corpus. Competência da justiça local para processar e julgar crime de homicídio cometido contra indígena, determinada pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar conflito de competência. Alegação de competência da Justiça Federal.

I. O inciso IV do art. 109 da Constituição, ao atribuir competência à Justiça Federal para processar e julgar as infrações penais praticadas em detrimento de interesse da União, não tem a extensão pretendida pelos impetrantes, até porque no cenário desta singular amplitude seria muito difícil excluir alguma infração penal que não fosse praticada em detrimento dos interesses diretos ou indiretos da União.

II. O inciso XI do mesmo artigo confere competência à Justiça Federal para processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas, os quais são aqueles indicados no art. 231 da Constituição, abrangendo os elementos da cultura e os direitos sobre terras, não alcançando delitos isolados praticados sem qualquer envolvimento com a comunidade indígena.

III. *Habeas corpus* conhecido, mas indeferido. (HC 75.404/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, unânime, *DJLU* de 27/04/2001, p. 59).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para reformar a decisão impugnada e declarar a competência da Justiça Federal.

É como voto.

Quarta Turma

Habeas Corpus

2008.01.00.065665-1/MT

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Italo Fioravanti Sabo Mendes
Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada)
Impetrante: Henei Rodrigo Berti Casagrande
Impetrado: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Sinop – MT
Paciente: Paul Theophile Youmbi Kameni (réu preso)
Divulgação: e-DJF1 de 12/02/2009
Publicação: 13/02/2009

Ementa

Processo Penal. Habeas corpus. Prisão administrativa para fins de deportação. Lei 6.815/1980. Ausência dos requisitos autorizadores da segregação cautelar. Liberdade vigiada. Concessão parcial da ordem de habeas corpus.

I – A atual ordem constitucional não revogou a prisão administrativa para fins de deportação, devendo, no entanto, sua necessidade, como medida excepcional de restrição da liberdade e acautelatória do procedimento de deportação, ser plenamente demonstrada e fundamentada mediante decisão da autoridade judiciária, e não mais da autoridade administrativa, apontando fatos concretos hábeis a justificá-la.

II – Na hipótese, a d. autoridade judicial impetrada não indicou elementos concretos que eventualmente pudessem justificar o entendimento de que, solto, estaria a colocar em risco o resultado útil do procedimento de deportação, não sendo suficiente para tanto o simples fato da existência de tal procedimento ou, então, de “indícios de que o mesmo tenha cometido crimes (...)”

III – No ordenamento jurídico brasileiro, e, de resto, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a regra é a liberdade e a prisão a exceção. Logo, esta última traduz-se em medida extrema, que somente pode ocorrer nas hipóteses restritas previstas em lei, desde que devidamente fundamentada, uma vez que a margem de discricionariedade conferida ao magistrado nessas hipóteses, sobretudo a segregação cautelar, é mínima. Precedentes jurisprudenciais dos egrégios Supremo Tribunal Federal e Tribunal Regional Federal da Quarta Região.

IV – Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus* deferindo ao paciente Paul Theophile Youmbi Kameni a liberdade vigiada, cujas condições serão fixadas pelo MM. Juízo Federal, comunicando-se à autoridade impetrada para que, após o termo de compromisso do paciente, faça expedir o alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso o paciente.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 03/02/2009.

Juíza Federal *Rosimayre Gonçalves de Carvalho*, Relatora convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: – Henei Rodrigo Berti Casagrande, advogado inscrito na OAB/MT sob o n. 7.483-B, impetrou a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, em benefício de Paul Theophile Youmbi Kameni, identificado na inicial, contra ato do MM. Juízo Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Sinop – MT, ocasião em que postulou a concessão da ordem:

(...) revogando a prisão administrativa e/ou relaxando o “flagrante”, (...) concedendo liberdade ao Paciente, ainda que vigiada, mediante compromisso por termo nos autos, ou, sendo diverso o entendimento, o que se admite somente por amor aos debates, para deferir-lhe o recolhimento separado dos demais detentos, em local apropriado, na Sede da Polícia Federal de Sinop, visando a preservação de sua integridade física e moral (...) (fls. 23/24).

Em defesa de sua pretensão, o impetrante alegou, em síntese, que:

1. (...) admitir a prisão de estrangeiro simplesmente por “achar que este oferece perigo” não nos parece ser a mais coerente das atitudes, inclusive quando não se verificou qualquer evento que viesse a ocasionar a referida prisão (...) (fl. 6);

2. (...) a simples menção de que o Paciente pode ter cometido crimes em outros Estados são muito vagas e abstratas, além de ferir frontalmente o princípio de presunção de inocência expresso na Constituição Federal, Art. 5º inciso LVII (...) (fl. 9);

3. Ora, se inexistem elementos identificados do estado de flagrância, nas hipóteses previstas no art. 302, do CPP, a decretação da prisão administrativa com fulcro no art. 61, da Lei 6.815/1980, mostrou-se um tanto quanto afoita, somente para não deixar o acusado escapar, no jargão popular. (fl. 12);

4. Basta um simples leitura das declarações colhidas pela autoridade policial (fls. 13/15), ora reproduzida em anexo, e verificar que se trata de *pessoa estrangeira, natural da cidade de Douala Camarom, de Camarões, também com nacionalidade sul-africana, residente e domiciliado na Rua Barão de Limeira, n. 653, Santa Cecília, na cidade de São Paulo, SP, Fone (11) 8380.6724, com prole constituída neste país (identidade de menor RG 53.006.151-X, Paulo Vinicius Oliveira Kameni, nascido em 06/07/2008), com profissão lícita (engenheiro eletrônico mecânico), sendo fluente no idioma português.* (fl. 14);

5. Ora, muito embora a prisão decretada pela Autoridade Coatora tenha *natureza jurídica estritamente administrativa*, a ser cumprida pela Polícia Federal, no caso em tela o Paciente está segregado num Presídio Estadual, junto com marginais de todas as índoles, ao invés de ser recolhido e acompanhado na sede da Polícia Federal local, em cela adequada, notadamente porque é provisória sua custódia. (fl. 15) e

6. Demonstrado, portanto que o Paciente possui filho menor, o qual é dependente deste financeira e socialmente, não poderá ser deportado para seu país de origem, devendo ser protegidos pelo Estado os interesses da criança *in casu*. (fl. 18).

Às fls. 56/57, foi indeferido o pedido de concessão liminar da ordem.

Informações da autoridade impetrada às fls. 61/63, por fax, e fls. 66/68, no original.

O d. Ministério Público Federal, no parecer de fls. 72/82, opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: – Objetiva o impetrante, a concessão da ordem, para que seja revogada a prisão administrativa decretada em desfavor do paciente, concedendo-lhe a liberdade, ainda que vigiada ou, ainda, sucessivamente, que lhe seja deferido “(...) o recolhimento separado dos demais detentos, em local apropriado, na Sede da Polícia Federal de Sinop (...)” (fl. 24).

Dispõe o art. 57 da Lei 6.815/1980 que “Nos casos de entrada ou estada irregular de estrangeiro, se este não se retirar voluntariamente do território nacional no prazo fixado em Regulamento, será promovida sua deportação”.

Mais adiante, preceitua o art. 61 do mesmo diploma legal que:

Art. 61. O estrangeiro, enquanto não se efetivar a deportação, poderá ser recolhido à prisão por ordem do Ministro da Justiça, pelo prazo de sessenta dias.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro, Hilton Queiroz e a Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho.

Trata-se da denominada prisão administrativa para fins de deportação.

Impende ressaltar, inicialmente, que com o advento da Constituição Federal de 1988, o dispositivo supratranscrito, que consigna modalidade de prisão administrativa, embora não tenha sido revogado, deve sofrer o devido ajustamento para se tornar materialmente compatível com o texto constitucional disposto no art. 5º, *caput*, inciso LXI, onde se lê:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por *ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Assim, não há que se falar que a atual ordem constitucional revogou a prisão administrativa para fins de deportação, como alega o Ministério Público Federal no parecer de fls. 72/82, devendo, no entanto, sua necessidade, como medida excepcional de restrição da liberdade e acautelatória do procedimento de deportação, ser plenamente demonstrada e fundamentada mediante decisão da autoridade judiciária, e não mais da autoridade administrativa, que aponte fatos concretos hábeis a justificá-la.

Na hipótese, consta das informações prestadas pelo MM. Juízo Federal *a quo* que:

Em 01/11/2008, o estrangeiro Paul Theophile Youbi Kameni foi detido por Policiais Militares na cidade de Peixoto de Azevedo/MT, por suspeita de cometimento de estelionato naquela região. Segundo consta, o suposto golpe (“magia do dinheiro fácil”), consistia, em síntese, extorquir dinheiro de vítimas sob a promessa de, através de uma máquina e uso de produtos químicos, multiplicar o dinheiro recebido, transformando o papel branco em “notas verdadeiras”.

Consta ainda, que o estrangeiro preso não portava nenhum documento. Ele apresentou apenas uma cópia plastificada da primeira página de seu passaporte e cópia da identidade de suposto filho brasileiro, de apenas quatro meses de idade, que vive na capital de São Paulo. Não ocasião, ele informou aos Policiais, que ele estava em situação irre-

gular do país, posto que foi notificado para deixar o Brasil e não o fez. Posteriormente, a informação foi confirmada pela Autoridade Policial. Apurou-se que, no dia 8 de fevereiro de 2008, o estrangeiro preso foi notificado para deixar o Brasil, no prazo de oito dias (art. 98, inciso I, do decreto 86.715/1981), entretanto, descumprindo a referida notificação administrativa, permaneceu em território nacional.

Em 03/11/2008, por tratar-se de estrangeiro ilegal no país, a Delegacia Polícia Civil de Peixoto de Azevedo/MT encaminhou o referido preso à Delegacia da Polícia Federal de Sinop/MT. Assim, o Delegado de Polícia Federal, Dr. Glauco Campos Sales Saraiva, representou, perante este Juízo Federal, pela decretação da prisão administrativa do estrangeiro, com base no art. 61 da lei 6.815/1980, para as providências necessárias à deportação sumária.

Verifica-se nos autos que estrangeiro preso está ilegal no Brasil, é suspeito de ter praticado estelionato nos Estados de Paraná e Goiás, onde, inclusive, foi indiciado em procedimento criminal (inquérito policial), instaurado pela Polícia Federal na cidade de Jataí. O referido inquérito encontra-se arquivado (documento de fls. 26). Conhecido seus golpes e *modus operandi*, é possível inferir, a partir dos objetos apreendidos com o estrangeiro preso, que ele tinha a intenção de praticar golpes semelhantes também na cidade de Peixoto de Azevedo/MT.

Diante de todo o exposto, proferi decisão na data de 03/11/2008, decretando a prisão administrativa do paciente Paul Theophile Youmbi Kameni, pelo prazo de 60 (sessenta) dias, com base no art. 61 da Lei nº 6.815/80, tendo informado ao Ministério da Justiça sobre a referida decisão.

Informo ainda que, nesta data, proferi decisão determinando ao Delegado de Polícia Federal que preste informação, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, quanto ao andamento do processo administrativo de deportação *do referido preso/paciente (fls. 67/68)*.

A decisão que decretou a prisão administrativa do ora paciente encontra-se assim fundamentada, *verbis*:

Trata-se de representação pela prisão administrativa para deportação formulada por autoridade policial, na qual requer a prisão administrativa de Paul Theophile Youmbi Kameni. Alega que o estrangeiro foi detido em Peixoto de Azevedo/MT por Policiais Militares, por suspeita de cometimento do delito de estelionato na região. Segundo consta, o indivíduo não portava documento algum, e afirmava ser de origem camaronesa, bem como

assume estar irregularmente no país, posto que já teria sido notificado a deixar o país e não o fez.

Consta ainda que o estrangeiro apresentou cópia de identidade de um suposto filho brasileiro, Paulo Vinicius Oliveria Kameni, que viveria em São Paulo, e que contribuiu mensalmente para o sustento do mesmo.

Informa a autoridade policial que consta da base de dados um inquérito anterior (172/2005), no qual o estrangeiro foi indiciado pelos crimes previstos nos arts. 289 e 291 do Código Penal.

Passo a decidir:

Pelo que consta, o estrangeiro, cujo nome declara ser Paul Theophile Yuobi Kameni — não apresentou documento comprobatório de identidade ou nacionalidade — havia sido anteriormente notificado pela Polícia Federal a deixar o território nacional em oito dias, e não o fez.

Além disso, há indícios do cometimento na região em tese, do delito de estelionato, além dos crimes de moeda falsa em Goiás.

O possível cometimento de crimes por parte de estrangeiro demonstra em princípio, que se trata de figura cujo procedimento é nocivo à conveniência e aos interesses nacionais.

Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro) autoriza a prisão administrativa de estrangeiro submetido a processo de deportação ou expulsão. No caso dos autos, há notícias de que o estrangeiro encontra-se irregularmente no território nacional. Além disso, há indícios de que o mesmo tenha cometido crimes, não só na região, mas também em outros estados.

A prisão administrativa, prevista no Estatuto do Estrangeiro, não pode mais ser determinada pelo Ministro da Justiça, como preveem os arts. 61 e 69 daquela lei. Pode, contudo, ser decretada pela autoridade judicial competente, conforme se vê do seguinte julgado:

Administrativo. Deportação. Prisão. Autoridade judicial competente.

1 – A Lei 6.815/1980 admite a prisão do estrangeiro, para efeito de deportação ou expulsão (art. 61 e 69, respectivamente). No entanto, a partir da Constituição de 1988, essa prisão não pode mais ser decretada pelo Ministério da Justiça, tendo em vista o que dispõe o art. 5º, LXI, do Estado Fundamental.

2 – Não quer dizer, entretanto, que essa espécie de prisão administrativa desapareceu do mundo jurídico. Apenas que a referida custódia só poderá ser decretada pela autoridade judiciária competente.

3 – No caso de deportação compete ao Juiz Federal a decretação da prisão.

4 – Caso de estrangeiro sem paradeiro certo e emprego, que se recusou a retirar-se do país voluntariamente.

5. *Habeas Corpus* indeferido.

(TRF – Primeira Região, HC 199801000260494, Processo: 199801000260494/DF, Terceira Turma, Data da decisão: 09/06/1998, Documento: TRF100064974, Fonte: DJ, Data: 01/07/1998, p. 376, Relator: Cândido Ribeiro)

A existência de filho brasileiro, nos termos do art. 75, II, b, da Lei 6.815/1980, obsta a expulsão de estrangeiro e, por construção jurisprudencial, também a deportação.

O § 1º do referido dispositivo, no entanto, prevê exceção ao dispor que “não constituem impedimento à expulsão a adoção ou o reconhecimento de filho brasileiro supervenientes ao fato que o motivar”.

No caso dos autos, verifico que o nascimento — e, portanto, o reconhecimento — do suposto filho do estrangeiro é posterior à sua notificação para deixar o país (08/02/2008), o que autorizaria, em princípio, sua deportação. Além disso, muito antes do nascimento do filho já havia notícia de cometimento de crime pelo estrangeiro, tanto é que o inquérito policial instaurado em Goiás para apuração dos delitos tipificados nos arts. 289 e 291 do Código Penal data de 2005, o que poderia justificar eventual expulsão, a ser determinada pela autoridade administrativa competente.

Sobre o tema:

Habeas corpus. Expulsão. Filhos nascidos e registrados após o fato criminoso. Lei 6.815/1980, art. 75, § 1º.

O nascimento e registro dos filhos do paciente verificaram-se após a ocorrência do fato criminoso que deu ensejo ao decreto de sua expulsão. Hipótese que afasta o impedimento de se expulsar o estrangeiro. Ordem denegada.

(STF, HC 80493/SP, Fonte DJ 27-06-2003 PP-00031, EMENT VOL-02116-03 PP-00590, Relator Marco Aurélio)

Pelo exposto, com fundamento no art. 61 da Lei 6.815/1980 *decreto a prisão administrativa de Paul Theophile Youmbi Kameni pelo prazo de 60 (sessenta) dias.* (fls. 30/32).

Data venia de eventual entendimento em contrário, da leitura da decisão acima transcrita, depreende-se que a d. autoridade judicial impetrada, quando do decreto de prisão administrativa para fins de deportação, não indicou elementos concretos que eventualmente

pudessem justificar o entendimento de que, solto o ora paciente, estaria ele a colocar em risco o resultado útil do procedimento de deportação, não sendo suficiente para tanto o simples fato da existência de tal procedimento ou, então, de “indícios de que o mesmo tenha cometido crimes (...)” (fl. 31).

No ordenamento jurídico brasileiro, e, de resto, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a regra é a liberdade e a prisão a exceção. Logo, esta última traduz-se em medida extrema, que somente pode ocorrer nas hipóteses restritas previstas em lei, desde que devidamente fundamentada, uma vez que a margem de discricionariedade conferida ao magistrado nessas hipóteses, sobretudo a segregação cautelar, é mínima.

Nessa esteira, confira-se a jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal e do eg. Tribunal Regional Federal da Quarta Região:

Habeas corpus — impetrações sucessivas.

(...)

Prisão preventiva — excepcionalidade. A prisão preventiva surge com excepcionalidade maior, devendo fazer-se alicerçada no artigo 312 do Código de Processo Penal. Prisão preventiva — dados concretos. A prisão preventiva pressupõe dados concretos, ligados ao acusado e à ação em que envolvido, enquadráveis no artigo 312 do Código de Processo Penal, não cabendo adentrar o campo das suposições. (STF — HC 92487/RJ), Relator Ministro Marco Aurélio, 1ª Turma, julgado por unanimidade em 25/03/2008, publicado no *DJ* de 01/08/2008).

Habeas corpus. Estrangeiro. Prisão administrativa para deportação. Ausência de fundamento. — A custódia administrativa de estrangeiro para que se promova a deportação não prescinde da devida fundamentação. — A ausência de elementos concretos a denunciar que o paciente, caso posto em liberdade, irá furtar-se à atuação das autoridades públicas que buscam deportá-lo, impõe a revogação da custódia administrativa que lhe foi imposta. — A simples abertura do processo de deportação não constitui fundamento suficiente à adoção da medida extrema. (TRF4, HC 2007.04.00.007477-4, Oitava Turma, Relator Luiz Fernando Wovk Pen-teado, *DE* 09/05/2007)

Não merece, por isso, prevalecer o *decisum* impugnado no presente *writ*, devendo, inclusive, na hipótese, ser ressaltado que o d. Ministério Público Federal, em parecer da lavra do em. Procurador Regional da República, Dr. Luiz Francisco Fernandes de Souza,

posicionou-se, em resumo, no sentido da concessão da ordem.

Por outro lado, no que se refere à alegação do impetrante no sentido de que “(...) o Paciente possui filho menor, o qual é dependente deste financeira e socialmente, não poderá ser deportado para seu país de origem, devendo ser protegidos pelo Estado os interesses da criança *in casu*” (fl. 18), verifica-se que tais argumentos são insuscetíveis de análise na via estreita deste *writ*, por não comportar o *habeas corpus* dilação probatória.

Ademais, o exame de tal questão confunde-se com o próprio mérito do procedimento de deportação, devendo eventual ilegalidade de tal procedimento administrativo, caso a autoridade responsável conclua pela deportação, ser oportunamente arguida perante o Juízo de primeiro grau.

Por fim, dispõe o art. 73 da Lei 6.815/1980:

Art. 73. O estrangeiro, cuja prisão não se torne *necessária*, ou que tenha o prazo desta vencido, permanecerá em *liberdade vigiada*, em lugar designado pelo Ministério da Justiça, e guardará as normas de comportamento que lhe forem estabelecidas.

Parágrafo único. Descumprida qualquer das normas fixadas de conformidade com o disposto neste artigo ou no seguinte, o Ministro da Justiça, a qualquer tempo, poderá determinar a prisão administrativa do estrangeiro, cujo prazo não excederá a 90 (noventa) dias.

Diante disso, considerando que na hipótese não foi demonstrada a necessidade da prisão, *concedo parcialmente* a ordem de *habeas corpus*, para deferir ao ora paciente Paul Theophile Youmbi Kameni liberdade vigiada, cujas condições serão fixadas pelo MM. Juízo Federal *a quo*.

Dê-se imediata ciência ao MM. Juízo Federal impetrado, para as providências cabíveis na hipótese, inclusive a expedição do competente alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso o paciente, com observância das formalidades legais e de praxe.

É o voto.

Quinta Turma

Apelação Cível

2003.36.00.015967-1/MT

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira
Relator : O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcelo Albernaz (convocado)
Apelante: Sebastião Neves de Almeida
Advogados: Dr. João Vicente Montano Scaravelli e outros(as)
Apelado: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra
Procurador: Dr. Valdez Adriani Farias
Procurador: Dr. Francisco Cassiano da Silva
Divulgação: e-DJF1 de 30/01/2009
Publicação: 02/02/2009

Ementa

Processual Civil. Administrativo e Civil. Ação reivindicatória. Terra arrecadada pela União. Qualificação. Propriedade. Legitimidade ativa do Incra. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Nulidades processuais. Não caracterização. Pedido reivindicatório. Procedência. Indenização de benfeitorias e direito de retenção. Inexistência.

I – Não se qualificam como devolutas as terras já arrecadadas pelo Poder Público em processo discriminatório.

II – Não se tratando de terra devoluta, afiguram-se inaplicáveis os arts. 20, II, e 26, IV, da Lei Fundamental e o art. 1º, “e” e “f”, do Decreto-lei 9.760/1946.

III – Tendo a arrecadação ocorrido na vigência do Decreto-lei 1.164/1971, passou o imóvel localizado na faixa de 100 km de largura do eixo de rodovia federal a integrar o patrimônio da União.

IV – A superveniência do Decreto-lei 2.375/1987 não mudou esse quadro, pois manteve inalterada a situação jurídica das terras públicas, não devolutas, da União, existentes na faixa de cem quilômetros de largura das rodovias federais.

V – O art. 5º do Decreto-lei 2.375/1987 não ensejou a automática transferência de domínio das referidas terras não devolutas da União para os Estados, visto que impôs condições (vinculação do uso aos objetivos do Estatuto da Terra e legislação conexa e prévia afetação das áreas necessárias ao uso especial do Exército).

VI – Caso em que não mais é possível efetivar tal transferência, pois o imóvel já foi destinado a projeto de reforma agrária (art. 5º, §2º, I e III, e §3º, c/c art. 2º, §3º, III, “c”, do Decreto-lei 2.375/1987).

VII – Tratando-se de imóvel arrecadado pela União e não transferido ao Estado antes de promulgada a Constituição de 1988, incide seu art. 20, inciso I. Ou seja, trata-se de bem da União.

VIII – Conquanto a propriedade do imóvel litigioso caiba à União, o Incra ostenta legitimidade para figurar no pólo ativo da relação processual, pois se trata de bem destinado à reforma agrária.

IX – Segundo o art. 130 do Código de Processo Civil, cabe ao juiz indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

X – Não há que se falar em falta de fundamentação apenas por ser sucinta a sentença.

XI – Havendo julgamento antecipado da lide (art. 330, CPC), não há necessidade de realização da audiência preliminar de que trata o art. 331 do Código de Processo Civil.

XII – A apresentação de memoriais somente se justifica em casos que demandem dilação probatória (arts. 454 e 456, CPC).

XIII – Sendo o imóvel de propriedade da União e estando ele ilegitimamente ocupado pelo réu, deve-se julgar procedente o pedido reivindicatório.

XIV – A ocupação mansa, pacífica e sem oposição do imóvel pelo réu por diversos anos é irrelevante, porquanto se trata de ação reivindicatória (natureza petitória), a qual se baseia no jus possidendi, e não no *ius possessionis*.

XV – A ocupação de bem público por particular não configura posse, mas mera detenção. Precedente.

XVI – Somente se reconhece direito à indenização de benfeitorias introduzidas em imóvel da União quando se tratar de ocupação de boa-fé (arts. 71, parágrafo único, e 132, §1º, Decreto-lei 9.760/1946). Precedente.

XVII – Se nunca houve dúvida de que o domínio das terras não pertencia a particulares e se não consta qualquer autorização do Poder Público para sua ocupação, não há como reconhecer a boa-fé do ocupante.

XVIII – Caso em que, mesmo que houvesse posse, ela seria de má-fé, não autorizando a indenização de acessões artificiais, benfeitorias úteis e pertenças.

XIX – A mera existência de pedidos de regularização fundiária pendentes de apreciação não altera esse quadro, porquanto não bastam à transferência da propriedade.

XX – Revogação da decisão que atribuiu efeito suspensivo ao recurso. Apelação não provida.

Acórdão

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por maioria, rejeitar a preliminar de ilegitimidade ativa e, por unanimidade, revogar a decisão que atribuiu efeito suspensivo ao recurso, e rejeitar as demais preliminares da causa e negar provimento à apelação quanto ao mérito da causa, nos termos do voto do Exmo. Sr. Juiz Federal convocado Marcelo Albernaz.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 26/11/2008.

Juiz Federal *Marcelo Albernaz*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Marcelo Albernaz*: — O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Inbra ajuizou ação reivindicatória em face de Sebastião Neves de Almeida, visando à retomada do lote 33, “num quantitativo de 2.372,9662 ha (dois mil, trezentos e setenta e dois hectares e noventa e seis ares e sessenta e dois centiares), localizado em área remanescente da ‘Gleba Gama’, Município de Nova Guarita/MT, matriculada em nome da União Federal sob o n. 4385, livro 2, ficha 1 a 3, no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Colíder/MT, em 17 de janeiro de 1990”.

Alega que o “imóvel [...] é de domínio da União [...]” e está “inserido nos perímetros do Projeto de Assentamento ‘PA Renascer’, criado através” de portaria da autarquia, ressaltando, ainda, que, “atualmente, existem cerca de 200 famílias acampadas” na área e “aproximadamente 600 outras às margens da estrada vicinal que dá acesso ao referido Projeto”.

Sustenta que a ocupação da área pelo réu é caracterizadamente de má-fé, “pois é difícil o convencimento de que o réu ignora o vício que impede a aquisição legítima do imóvel”.

Pediu antecipação de tutela para ser imitado imediatamente na posse do imóvel e, ao final, sua reintegração definitiva “na posse da área esbulhada”.

O pedido de antecipação de tutela foi deferido (fl. 41).

O réu contestou (fls. 127-154), alegando que: a) falta legitimidade ao Incra para a ação; b) há necessidade de o Estado de Mato Grosso integrar a lide, porquanto as terras seriam de sua propriedade; c) a cadeia possessória e os pedidos de regularização da área provam a posse de boa-fé; d) tem direito de retenção sobre as benfeitorias úteis e necessárias.

Requeru a produção de prova pericial e sustentou a improcedência do pedido.

As partes pediram a suspensão do processo pelo prazo de 60 dias (fls. 209-210), tendo o pedido sido deferido (fl. 211).

As partes celebraram acordo para delimitar o “percentual que cada parte ocupará da referida área até o trânsito em julgado da presente ação” (fls. 231-233).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela não homologação do acordo (fls. 242-250).

O acordo foi homologado e suspensa a decisão que antecipou a tutela (fls. 252-255).

Houve réplica à contestação (fls. 290-299).

O réu pugnou (fls. 304-306) pela produção de prova testemunhal e pericial, a fim de se apurar o “grau de ocupação existente no objeto da demanda [...], comprovação de sua produtividade e atividades agropastoril; ainda o estado de conservação e de avaliação das benfeitorias existentes na fazenda” e “que seja trazido para dentro dos presentes autos, a título de prova emprestada, as que foram carreadas na Ação de Reintegração de Posse em apenso”.

O pedido foi julgado procedente “para consolidar a situação já deferida em sede de antecipação de tutela, garantindo ao Autor o direito à imissão na posse do imóvel descrito à fl. 3, lote 33, com área de 2.372,9662 ha, situado no município de Nova Guarita/MT”.

Consta da sentença (fls. 308-311):

[...]

Entendo desnecessária a dilação requerida pelo Réu, uma vez que a questão sob debate envolve matéria eminentemente de direito, sendo irrelevante os fatos que se pretende demonstrar.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, em casos tais, reiteradamente tem decidido pela falta de interesse do Estado de Mato Grosso, legitimando a

União, ainda que através de suas entidades, para o trato judicial das questões afetas às terras devolutas. A título de mero exemplo, menciono o processo 95.4496-0, que tramitou perante este Juízo, julgado em 24/05/2004 [...].

[...] o Autor trouxe o documento de fls. 19/20, que é a prova do domínio sobre a área em testilha.

O registro, pelo quanto consta daquela peça, data de 1979.

A par disso, têm-se os contratos de compra e venda de posse rural, às fls. 63/68, celebrados nos anos de 1988 e 1995.

Ora, em primeiro lugar, quando da suposta aquisição de posse a área já se encontrava registrada em nome da União, desde 1979. Portanto, não se diga da legalidade de qualquer negociação entabulada no sentido de retirar os atributos do domínio.

Com clareza, percebe-se que o réu engendrou ampla discussão acerca das benfeitorias, numa nítida admissão de ser a área pretensamente adquirida, de propriedade da União. Tanto que busca reaver o quanto empregado a tal título.

Dessarte, dispensadas maiores explicações, já que, além da robusta e irrefutada prova trazida pelo Autor, o Réu culminou por ratificar, ainda que tacitamente, a precariedade de seu status frente ao imóvel sob controvérsia.

A bem da verdade, pelo que se tem dos autos, e como de costume no Estado de Mato Grosso, pelo que posso visualizar de diversas situações similares à presente, o Réu, sabedor de sua situação de não proprietário, apostou na aventura de, a qualquer preço, empreender verdadeira invasão das terras da União.

Não se cogita, portanto, sequer de boa-fé, como viabilizadora da indenização pelas benfeitorias. Nitidamente, o Réu tinha pleno conhecimento da ilegalidade de seus atos e chega a reconhecer isso nesse feito, quando noticia a aquisição de posse de terra “sem dono”, já que desamparada de título dominial, e, por conseguinte, devoluta, ou seja, pertencente à União. [...]

O réu apela (fls. 327-361), alegando que: a) houve cerceamento de defesa, porquanto o pedido de produção de prova pericial não foi decidido, “não foi oportunizada tentativa de conciliação” e “não foi possibilitado [...] apresentar suas alegações finais”; b) o Incra não tem legitimidade para a ação e as provas testemunhais e periciais “colocariam, no mínimo, sob dúvida todo o procedimento que levou ao registro de tais escrituras em nome da União”; c) o Incra “já reconhecia a ocupação

da área em questão e estavam em vias de regularização, inclusive com a emissão de CCIR e outros documentos”; d) “não se encontram as terras devolutas situadas nos Estados Federativos, entre os quais Mato Grosso, relacionadas entre os imóveis da União”, nos termos do Decreto-lei 9.760/46”; e) “o art. 26 da Constituição Federal inclui entre os bens dos Estados as terras devolutas não compreendidas entre as da União”; f) “é possuidor de comprovada boa-fé de animus domini de uma área de terras no município de Nova Guarita, MT, Comarca de Colider, MT, sendo no montante de 978,00 alqueires, com benfeitorias, denominada Fazenda JR (conhecida como fazenda ‘Lampião’, em razão do antigo garimpo com mesmo nome nessa área no ano de 80), localizada às margens da estrada que liga a cidade de Nova Guarita a de Peixoto de Azevedo, MT”; g) “tais terras foram ocupadas com a anuência do Incra e adquiridas de pequenos proprietários, há aproximadamente 16 (dezesesseis) anos atrás, como comprovam os documentos da cadeia possessória, mantendo posse sobre a mesma com animus domini e sem contestação por parte da Apelada”; i) “nestas áreas é empreendida atividade pecuária de excelência, estando a fazenda atualmente arrendada para a pessoa de Pedro Gomes de Araújo, com edificação de benfeitorias destinadas exclusivamente à consecução da atividade, plantio de culturas de pastagens, especialmente adequadas à criação de gado mantendo especial preocupação ambiental no manejo do gado e pastagens”; j) desde seus “antecessores na posse, nestes anos todos, procuraram o órgão apelado para o fim de regularizar sua propriedade, sendo-lhes sempre garantido que isso seria feito em pouco tempo [...]. Seus antecessores inclusive foram vítimas de concussão, perpetrado por então servidores da Autarquia [...], que exigiam grandes quantidades de ouro em troca da legalização da propriedade, como a comprovar o Processo Administrativo Disciplinar”; l) “a atual mudança de rumos fruto da alegada manobra política local é claramente exposta quando o próprio Incra fez atender a pedidos específicos de terras reivindicadas, quando outras áreas da mesma gleba Gama não são objeto de Ação Judicial, entre as quais, entre outros, a ocupada pelo próprio prefeito de Nova Guarita, Aldir José Luke, lote 19”; m) “resta demonstrado que a Apelada litiga de má-fé ao tergiversar fatos relevantes, através da presente lide, agiu judicialmente para o fim de, traiçoeiramente, expulsá-lo das áreas, como se grileiro fosse, havendo ajuizado esta Ação Reivindicatória com pedido de imissão de posse em tutela

antecipada, induzindo o Juízo a quo a deferir liminar e inaudita altera parte”; n) “o imóvel tem localização na Amazônia Legal, distando tão somente por volta de 30 (trinta) quilômetros do eixo da Rodovia Federal BR 163”; o) o Decreto 2.375, §§ 2º e 3º do art. 2º, dispõe expressamente que a União deve transferir aos Estados o domínio “das terras devolutas na faixa de 100 km (cem quilômetros) do eixo das Rodovias Federais”; p) “o que surpreende as pessoas de bom senso em MT, ao saberem da situação humilhante por que passa [...] e seus vizinhos e que se busca reverter por meio deste apelo, é que a área objeto do litígio somente interessa a alguns espertos clientes, justamente porque formadas em pastagens e com benfeitorias, custeadas e edificadas estas por conta exclusiva e particular”; q) há que se reconhecer “o direito à retenção por benfeitorias úteis e necessárias adimplidas [...] na área reivindicada [...], porquanto realizadas em área de posse mansa, pacífica e justa, caracterizando-se a boa-fé, já reconhecida pela Apelada em procedimentos administrativos não trazidos aos autos”; r) as benfeitorias cuja indenização faz jus somam R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais); s) as terras nem sequer eram consideradas boas “para a pecuária, agricultura ou até mesmo para ser habitada (seja pelas inúmeras intempéries da natureza — região que matou muita gente de malária, por exemplo —, seja pela distância dos grandes centros — estrada e asfalto ainda é coisa rara)”; graças a sua iniciativa e à de outras pessoas, as terras “têm as qualidades que o Brasil passou a conhecer. Foram esses desbravadores do século XX que romperam mais essa bandeira, foram eles que perseguiram o sonho dourado de poder estabelecer muito além das fronteiras conhecidas que a vida urbana nos permite e, assim, desbravar o centro-oeste brasileiro; t) dizer que pessoas como ele são possuidoras de má-fé “de áreas devolutas que sequer a União ou o Estado de Mato Grosso sabem de quem são é atingir o âmago de cada um; é como se estivesse negando uma cultura mato-grossense vivida naquela região há mais de 20, 30, 40 ou 50 anos; é negar, acima de tudo, os verdadeiros responsáveis pelo desbravamento e o pujante desenvolvimento que nosso país saboreia, seja na agricultura ou na pecuária, tão bem defendida e patrocinada pelo suor de cada fazendeiro daquela rica região brasileira”.

Contra-razões do Incra (fls. 403-414).

Deferido pedido de efeito suspensivo, “com fundamento no art. 558, parágrafo único, do Código

de Processo Civil [...]”, com “a finalidade de manter o *status quo* desta data, não implicando reversão da situação, fática ou jurídica, eventualmente criada após a sentença” (fls. 487-488).

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento e parcial provimento da apelação, ressaltando “que somente é devida” indenização “em relação às (benfeitorias) necessárias, posto que o recorrente é possuidor de má-fé”.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcelo Albernaz:

I – Juízo de Admissibilidade

Conheço da apelação, pois preenche os pressupostos de admissibilidade.

II – Mérito da Apelação

II.1 – Legitimidade Ativa do Incra

As terras reivindicadas pelo Incra, situadas nas proximidades de rodovia federal, foram arrecadadas entre os anos de 1977 e 1979 e matriculadas em nome da União junto a cartório de registro de imóveis, a teor da certidão de fls. 14-15.

Assim, ao menos desde o registro, deixaram de se qualificar como terras devolutas.

Nesse sentido, o art. 2º, inciso IV, do Decreto-lei 2.375/1987 já estabelecia que “constituirão terras públicas não devolutas” as terras situadas às margens de rodovia federal, “registradas, na forma da lei, em nome de pessoa jurídica pública”.

No mesmo diapasão, extrai-se da Constituição de 1988¹ que somente se qualificam como devolutas as terras não incorporadas validamente ao patrimônio particular e ainda não arrecadadas por meio de ação discriminatória.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Selene Maria de Almeida, Fagundes de Deus e o Exmo. Sr. Juiz Federal Marcelo Albernaz (convocado).

¹ Especialmente do art. 225, § 5º. Afinal, esse dispositivo trata de duas categorias de terras públicas: terras devolutas e terras arrecadadas pelo Poder Público em ações discriminatórias.

Não mais se tratando de terra devoluta, afiguram-se inaplicáveis os arts. 20, II, e 26, IV, da Lei Fundamental e o art. 1º, “e” e “f”, do Decreto-lei 9.760/1946.

Quanto à titularidade do domínio sobre o imóvel, impõe-se reconhecer que ela cabe à União.

Com efeito, a arrecadação ocorreu na vigência do Decreto-lei 1.164/1971, que assim dispunha em seus arts. 1º, X², e 2º:

Art. 1º São declaradas indispensáveis à segurança e ao desenvolvimento nacionais, na região da Amazônia Legal, definida no artigo 2º, da Lei 5.173, de 27 de outubro de 1966, as terras devolutas situadas na faixa de cem quilômetros de largura, em cada lado do eixo das seguintes rodovias já construídas, em construção ou projetadas:

[...]

X – BR-163 – Trecho: Cuiabá-Cachimbo-Santarém – Alenquer-Fronteira com o Suriname, na extensão aproximada de 2.300 km;

Art. 2º Ficam incluídas ente os bens da União, nos termos do artigo 4º, item I da Constituição, as terras devolutas a que se refere o artigo anterior.

A superveniência do Decreto-lei 2.375/1987 não mudou esse quadro, visto que a arrecadação do imóvel litigioso ocorreu antes da edição do aludido diploma legal, o qual manteve inalterada a situação jurídica das terras públicas, não devolutas, da União, existentes na faixa de cem quilômetros de largura das rodovias federais (art. 2º, §1º).

Observe-se, por oportuno, que o art. 5º do Decreto-lei 2.375/1987 não ensejou a automática transferência de domínio das referidas terras não devolutas da União para os Estados, visto que impôs condições (vinculação do uso aos objetivos do Estatuto da Terra e legislação conexas e prévia afetação das áreas necessárias ao uso especial do Exército).

Outrossim, a esta altura, não mais é possível efetivar tal transferência, pois o imóvel já foi destinado a projeto de reforma agrária (art. 5º, §2º, I e III, e §3º, c/c art. 2º, §3º, III, “c”, do Decreto-lei 2.375/1987).

Diante disso, tratando-se de imóvel arrecadado pela União e não transferido ao Estado antes de promulgada a Constituição de 1988, incide seu art. 20, inciso I. Ou seja, trata-se de bem da União.

² Redação dada pela Lei 5.917/1973.

Conquanto a propriedade do imóvel litigioso caiba à União, o Incra ostenta legitimidade para figurar no pólo ativo da presente relação processual, nos termos do art. 6º, parte final, do Código de Processo Civil.³

Afinal, a Lei 4.504/1964 (Estatuto da Terra) conferiu ao Ibra, sucedido pelo Incra⁴, competência para *promover* e coordenar a execução da reforma agrária (art. 16, parágrafo único), mediante a distribuição e a redistribuição de terras, pela execução de diversas medidas, entre elas, a “*reversão à posse do Poder Público de terras de sua propriedade, indevidamente ocupadas e exploradas, a qualquer título, por terceiros*” (art. 17, “e”).

In casu, o imóvel litigioso já foi destinado à reforma agrária (Portaria Incra/SR-13/n. 114/2002, de 18 de dezembro de 2002 – fl. 16), cabendo ao Incra a adoção de todas as medidas necessárias à implantação do Projeto de Assentamento, inclusive ajuizando as ações destinadas à desocupação da área por terceiros.

Como se vê, o Incra ostenta legitimidade ativa para a causa.

O fato de o Estado do Mato Grosso ter apresentado oposição em outro processo relativo a glebas vizinhas não ostenta nenhuma relevância para o presente caso.

De qualquer modo, se o Estado do Mato Grosso ainda pretende receber o imóvel por doação, poderia ele apenas ingressar espontaneamente⁵ no feito na condição de assistente do Incra (art. 50, CPC), porquanto este ostentará legitimidade para reivindicar o bem de terceiros enquanto sua propriedade couber à União e ele estiver destinado à reforma agrária.

II.2 – Cerceamento de Defesa

³Como o Incra propõe a ação em nome próprio, inexistente violação do art. 131 da Constituição Federal.

⁴Regulamentando o Decreto-lei 1.110, de 9 de julho de 1970, que criou o Incra, dispôs o Decreto 4.705, de 23 de maio de 2003 (Anexo I, art. 2º), vigente à época do ajuizamento da ação, que “o Incra tem os direitos, competências, atribuições e responsabilidades estabelecidos na Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra) e legislação complementar, em especial a promoção e a execução de reforma agrária e da colonização”. A disposição foi mantida integralmente no Anexo I, art. 2º, do Decreto 5.735, de 27 de março de 2006, em vigor.

⁵E não por provocação do réu.

Segundo o art. 130 do Código de Processo Civil, cabe ao juiz indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

In casu, conforme se verá adiante, as diligências postuladas pela parte ré às fls. 304/306 são inúteis e/ou desnecessárias para o julgamento da presente causa.

Senão, vejamos:

1 – é incontroverso o fato de o imóvel não ter ainda sido validamente destacado do patrimônio público para o particular⁶;

2 – o imóvel está registrado em nome da União;

3 – está suficientemente provado pelos documentos acostados que o réu detém o imóvel, por si e por seus antecessores, há diversos anos, sem que conste qualquer impugnação judicial anterior da União ou do Incra;

4 – é irrelevante para o julgamento desta ação reivindicatória o fato de o réu ter tornado o imóvel produtivo;

5 – a avaliação das benfeitorias, caso se reconheça direito à sua indenização, pode ser realizada em sede de liquidação do julgado (art. 628, CPC);

6 – é irrelevante para o julgamento desta causa o conhecimento dos “titulares de direito de propriedade, das frações ideais de domínio, referentes ao Condomínio de Reserva Florística-3 (CRF3)”.

Diante disso, agiu bem o juízo *a quo* ao entender desnecessária a dilação requerida pelo réu, indeferindo as diligências probatórias por ele postuladas.

Não há, pois, que se falar em cerceamento de defesa ou em violação do art. 5º, LV, da Constituição Federal.

II.3 – Falta de Fundamentação da Sentença

Apesar de sucinta, a sentença está suficientemente fundamentada.

Com efeito, ela apresenta razões de fato e/ou de direito para negar a dilação probatória, rejeitar as preliminares atinentes à legitimidade ativa do Incra e à intervenção do Estado do Mato Grosso, julgar procedente o pedido reivindicatório e indeferir os pedidos de indenização/retenção por benfeitorias.

⁶O próprio réu em nenhum momento afirma ter adquirido a propriedade do imóvel por algum dos meios admitidos em lei.

Logo, não há ofensa ao art. 458, III, do Código de Processo Civil, nem ao art. 93, X, da Constituição Federal.

II.4 – Ausência de Audiência de Conciliação

Havendo julgamento antecipado da lide (art. 330, CPC), não há necessidade de realização da audiência preliminar de que trata o art. 331 do Código de Processo Civil.

É o que se extrai de sua literalidade, ao dispor que o juiz designará audiência preliminar *se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes*⁷.

Não bastasse isso, o §3º do art. 331 do Código de Processo Civil preceitua que, “se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção de prova, nos termos do §2º”.

No caso em exame, por se tratar de ação reivindicatória de imóvel público, tem-se como altamente improvável a obtenção de qualquer transação.

Portanto, *não há nulidade pela não realização de audiência de conciliação.*

II.5 – Ausência de Oportunidade para Alegações Finais

A apresentação de memoriais somente se justifica em casos que demandem dilação probatória (arts. 454 e 456, CPC).

Como houve julgamento antecipado, desnecessária era a apresentação de memoriais.

Inexiste, pois, nulidade pela ausência de apresentação de memoriais.

II.6 – Pedido Reivindicatório

Conforme se extrai de cópia de certidão do 1º Serviço Registral de Colíder/MT, a União Federal adquiriu terras com a superfície de 135.000 ha (cento e trinta e cinco mil hectares), 41.000 ha (quarenta e um mil hectares), e 259.000 ha (duzentos e cinquenta e nove mil hectares), “havido por incorporação de terras devolutas por força dos artigos 1º e 2º do Decreto-Lei n. 1.164 e item I, do artigo 4º da Constituição Federal,

conforme Discriminação Administrativa procedida pelo INCRA”, matriculadas, respectivamente, sob os n. 2.433, em 07/11/1977; 2.879, em 20/02/1978; e 4.432, em 16/01/1979, todas no Sexto Serviço Registral da Comarca de Cuiabá/MT (fls. 14-15).

No total, foi arrecadada uma área de 435.000,00 ha (quatrocentos e trinta e cinco mil hectares), denominada Gleba Teles Pires, localizada no Município de Colíder/MT e situada na faixa de 100 km (cem quilômetros) de largura do eixo de rodovia federal.

Ao tempo da arrecadação das terras correspondentes à Gleba Teles Pires (1976), vigia o Decreto-lei 1.164, de 1º de abril de 1971, que estatuiu:

Art. 1º São declaradas indispensáveis à segurança e ao desenvolvimento nacionais, na região da Amazônia Legal, definida no artigo 2º, da Lei 5.173, de 27 de outubro de 1966, as terras devolutas situadas na faixa de cem quilômetros de largura, em cada lado do eixo das seguintes rodovias já construídas, em construção ou projetadas: (Redação dada pela Lei 5.917, de 10/09/1973)

[...]

X – BR-163 – Trecho: Cuiabá-Cachimbo-Santarém – Alenquer-Fronteira com o Suriname, na extensão aproximada de 2.300 km; (Redação dada pela Lei 5.917, de 10/09/1973)

[...]

Art 2º Ficam incluídas ente os bens da União, nos termos do artigo 4º, item I da Constituição, as terras devolutas a que se refere o artigo anterior.

[...]

A Lei 6.383/76 incumbia ao Incra presidir o processo discriminatório e promover “o registro, em nome da União, das terras devolutas discriminadas, definidas em lei, como bens da União” (art. 13).

Por sua vez, consta do documento de fls. 19-22 (cópia de registro efetuado no 1º Cartório de Registro de Imóveis de Colíder/MT) o registro de imóvel rural “correspondente a uma área de terras com 219.376,2702 hectares, matriculada sob o n. 4.385, em 17 de janeiro de 1990, constando como proprietária a União, remanescente de área maior de 435.000,00 hectares, denominada Gleba Teles Pires”, matriculada sob o n. 4.432, em 16 de janeiro de 1979, no Cartório do 6º Ofício da Comarca de Cuiabá/MT, 3ª Circunscrição, também de propriedade da União (fls. 19-22).

⁷O julgamento antecipado da lide se trata de hipótese prevista na seção do Código de Processo Civil que precede àquela na qual se encontra o art. 331.

A área ocupada pelo réu está inserida nesse imóvel, denominado Gleba Gama, de 219.376,2782 ha (duzentos e dezenove mil, trezentos e setenta e seis hectares, vinte e sete ares e oitenta e dois centiares), desmembrada da Gleba Teles Pires.

Diante disso, e considerando tudo o que já foi consignado acima (item II.1), está provado que a União é a proprietária do imóvel litigioso.

Também está provado que o réu ocupa o imóvel há diversos anos.

Não há qualquer título legítimo que justifique essa ocupação de imóvel público.

Silvio Venosa⁸ leciona que

Ação reivindicatória é a ação petítória por excelência. É direito elementar e fundamental do proprietário a seqüela; ir buscar a coisa onde se encontra e em poder de quem se encontra. Deflui daí a faculdade de o proprietário recuperar a coisa. Escuda-se no direito de propriedade para reivindicar a coisa do possuidor não proprietário, que a detém indevidamente. É ação real que compete ao titular do domínio para retomar a coisa do poder de terceiro detentor ou possuidor indevido. “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” (antigo art. 554). Possuir injustamente é ter o bem sem o direito de possuir (*ius possidendi*).

A ocupação mansa, pacífica e sem oposição do imóvel pelo réu por diversos anos é irrelevante, porquanto se trata de ação reivindicatória (natureza petítória), a qual se baseia no *jus possidendi*, e não no *jus possessionis*.

Ademais, “a ocupação de bem público, ainda que dominical, não passa de mera detenção” (STJ. 4ª Turma. REsp 146367/DF. Relator: Ministro Barros Monteiro. Data do Julgamento: 14/12/2004. DJ 14/03/2005, p. 338).

Logo, é procedente o pedido reivindicatório.

II.7 – Benfeitorias

Desde a célebre lição de Orozimbo Nonato, pacificou-se o entendimento de que a ocupação de bem

público pelo particular não configura posse, mas mera detenção.

Nesse sentido:

Embargos de terceiro. Mandado de reintegração de posse. Ocupação irregular de área pública. Inexistência de posse. Direito de retenção não configurado.

1. Posse é o direito reconhecido a quem se comporta como proprietário. Posse e propriedade, portanto, são institutos que caminham juntos, não havendo de ser reconhecer a posse a quem, por proibição legal, não possa ser proprietário ou não possa gozar de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.

2. A ocupação de área pública, quando irregular, não pode ser reconhecida como posse, mas como mera detenção.

3. Se o direito de retenção depende da configuração da posse, não se pode, ante a consideração da inexistência desta, admitir o surgimento daquele direito advindo da necessidade de se indenizar as benfeitorias úteis e necessárias, e assim impedir o cumprimento da medida imposta no interdito proibitório.

4. Recurso provido.

(STJ. 2ª Turma. REsp 556721/DF. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Data do Julgamento: 15/09/2005. DJ 03/10/2005, p. 172).

Somente se reconhece direito à indenização de benfeitorias introduzidas em imóvel da União quando se tratar de ocupação de boa-fé.

Sobre isso, dispõe o art. 132, §1º, do Decreto-lei 9.760/1946:

Art. 132. A União poderá, em qualquer tempo que necessitar do terreno, imitir-se na posse do mesmo, promovendo sumariamente a sua desocupação, observados os prazos fixados no § 3º, do art. 89.

§ 1º As benfeitorias existentes no terreno somente serão indenizadas, pela importância arbitrada pelo SPU, se por este fôr julgada de boa-fé a ocupação.⁹

O mesmo entendimento resulta da interpretação do art. 71, parágrafo único, do mencionado decreto-lei:

⁸VENOSA, Silvio de Salvo. *Ação reivindicatória e tutela da propriedade*. Disponível em <www.justicavirtual.com.br/artigos/art64.htm>. Acesso em: out. 2008.

⁹Sem grifos no original.

Art. 71. O ocupante de imóvel da União *sem assentimento desta*, poderá ser sumariamente despejado e *perderá, sem direito a qualquer indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo*, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515 e 517 do Código Civil.

Parágrafo único. Excetua-se dessa disposição os *ocupantes de boa-fé*, com cultura efetiva e moradia habitual, e os direitos assegurados por este Decreto-lei.¹⁰

Acerca do assunto, colha-se o julgado na AC 2001.01.00.017437-8/MA¹¹:

O art. 71 do Decreto-Lei n. 9.760/1946 estatui que “o ocupante de imóvel da União sem assentimento desta, poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a qualquer indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515 e 517 do Código Civil”. Trata-se, na verdade, de uma ação de despejo ou desapossamento, dispensando os requisitos do art. 927 do Código de Processo Civil, com exceção do previsto no inciso II, e há possibilidade do deferimento liminar mesmo se intentada além do prazo de ano e dia da turbação ou esbulho. Excetua-se daquela disposição (art. 71 do Decreto-lei 9.760/1946), na forma do parágrafo único, e ainda assim apenas quanto ao aspecto da sumariedade e do direito a indenização quanto ao que haja sido incorporado ao solo, as ocupações de boa-fé, com cultura efetiva e moradia habitual.

Para que seja justa a posse sobre bem público, é insuficiente que não seja violenta, clandestina ou precária, exigindo-se em qualquer hipótese assentimento da entidade competente, numa das formas legais. Conforme jurisprudência que vem desde o Tribunal Federal de Recursos, “não há distinguir, para efeitos legais, entre posse clandestina e ocupação, sem que esta seja precedida de ato autorizativo, nos termos do Decreto-lei 9.760, de 1940 (Ementário de Jurisprudência do TFR, 89, p. 11).

In casu, o conjunto probatório permite concluir que nunca houve dúvida de que o domínio das terras não pertencia a particulares.

Afinal, a ocupação da área pelo réu e por seus antecessores, conforme ele mesmo reconhece (fls. 143 e seguintes), teve início após encerrado o processo de

arrecadação pelo Inbra e o registro da propriedade em nome da União.

Outrossim, não consta qualquer autorização do Poder Público para o exercício de tal ocupação.¹²

Nesse contexto, *não há como considerar de boa-fé a ocupação exercida pelo apelante, sendo incabível a indenização de benfeitorias*.

Ademais, mesmo que o apelante fosse considerado possuidor, sua posse também seria de má-fé.

Com efeito, “é de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa” (art. 1.201, CC/2002; art. 490, CC/1916).

Tratando-se de imóvel público e constando essa condição do registro imobiliário, é evidente que ele não poderia ter sido alienado por particulares (fls. 63/64 e 66/68).

A mera existência de pedidos de regularização fundiária pendentes de apreciação (fls. 69/71) não altera esse quadro, porquanto não bastam à transferência da propriedade.

Nos termos do art. 1.219 do Código Civil/2002¹³, “o possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se lhe não forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis”.

Ao possuidor de má-fé é assegurado somente o ressarcimento das benfeitorias necessárias, nos termos do art. 1.220 do Código Civil¹⁴, sem direito de retenção sobre o imóvel.

Ocorre que nenhum dos melhoramentos, obras, plantações e instalações introduzidos pelo apelante no bem litigioso se qualifica como benfeitoria necessária.

A propósito, confira-se o que foi por ele relacionado:

a) “55 km (cinquenta e cinco quilômetros) de cerca, com 5 (cinco) fios de arame liso, sustentados por

¹⁰ Sem grifos no original.

¹¹ TRF 1ª Região. Quinta Turma. AC 2001.01.00.017437-8/MA. Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira. Data do Julgamento: 20/09/2006. DJ 09/11/2006, p. 37.

¹² A declaração de fls. 73/74 não comprova o contrário.

¹³ Art. 516, CC/1916.

¹⁴ Art. 517, CC/1916.

lascas de madeira dura, na distância de 3 metros uma da outra”;

b) “um motor estacionário marca Tobatta 4 cilindros, com 40 KWA”;

c) “uma máquina para misturar sal”;

d) “6 km (seis quilômetros) de estradas internas, aterradas e cascalhadas”;

e) “1.452,00 (mil quatrocentos e cinquenta e dois) hectares de pastagens plantadas com capim mombaça/brizantão/umedicula”;

f) “3.500 (três mil e quinhentos) hectares de pastagens plantadas com capim brizantão”;

g) “quinze açudes”;

h) “30 metros lineares de cocho de ração/sal para gado de engorda”;

i) “seis currais completos, com lances de madeira de lei, com tronco e balanço e em anexo cada um com uma remanga para 1.000 cabeças de gado, totalmente cascalhada”;

j) “01 (uma) casa de madeira-sede, com piso e banheiros em alvenaria”;

l) “01 (um) poço semi-artesiano com bomba elétrica submersa e caixa d’água tipo taça de 12 metros de altura”;

m) “um alojamento, em edificação de madeira, com 6 quartos, piso e banheiro em alvenaria, coberta com telha de amianto 6 mm”;

n) “um galpão, em edificação de madeira, com parte do piso em alvenaria, para depósito de sal, adubos e maquinário, medindo 300 m²”.

Na verdade, trata-se de pertencas (equipamentos não incorporados ao imóvel, como máquina para misturar sal) e de acessões artificiais (construções e plantações), os quais não gozam do tratamento legal dispensado às benfeitorias necessárias.

A princípio, as pertencas podem ser levantadas pelo réu.

Já as acessões artificiais recebem tratamento semelhante ao conferido às benfeitorias úteis, motivo pelo qual não são indenizáveis ao possuidor de má-fé.

Sobre o assunto:

[...] Possuidor de boa-fé tem direito a indenização das benfeitorias. As edificações, ou construções, “conquanto acessões industriais, equiparam-se às benfeitorias úteis” (REsp 739); quanto a elas, cabe, também, indenização ao possuidor de boa-fé. [...]

(STJ. 3ª Turma. REsp 98191/SP. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Data do Julgamento: 04/12/1997. DJ09/03/1998, p. 88).

Portanto, *sob qualquer ótica, o apelante não faz jus a indenização, nem tampouco a direito de retenção.*

E nem se diga que a perda das benfeitorias contraria os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, porquanto a conduta do réu qualifica-se como ilegal.

Há que se considerar, ainda, os prováveis danos ecológicos e sociais causados principalmente pelo desmatamento e pelo retardamento nos assentamentos agrários, justificando-se compensá-los com as benfeitorias realizadas pelo réu.

Além disso, não se pode olvidar que, por diversos anos, o réu explorou o imóvel, dele auferindo ganhos que servem como compensação dos investimentos realizados.

III - Dispositivo

Ante todo o exposto, *revo*go a decisão de fls. 487-488 e *nego provimento* à apelação.

É o voto.

Sexta Turma

Agravo de Instrumento

2006.01.00.047135-0/PA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro
Agravante: Estado do Pará
Procurador: Dr. José Aloysio Cavalcante Campos
Agravado: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Rafael Ribeiro Rayol
Divulgação: e-DJF1 de 06/02/2009
Publicação: 09/02/2009

Ementa

Constitucional, Administrativo e Ambiental. Pretensão de criação, pelo Estado do Pará, de área de proteção e floresta estadual, e, pelo Ibama, de reserva extrativista – Resex. Conflito de interesses entre o Estado e o Ibama. Decisão que suspende a criação da unidade de conservação estadual.

I – A competência para a criação de unidade de conservação, segundo disposto na Constituição, é comum e concorrente entre a União, Estados, Municípios e Distrito Federal (Constituição Federal de 1988, art. 23, incisos VI e VII).

II – Decisão que, visando a uma melhor análise da situação fática dos autos, determinou a suspensão da criação de unidade de conservação de interesse estadual, ante o interesse federal de criação de outra, também de conservação, mas de característica e objetivo diversos.

III – Em razão da existência de conflitos envolvendo os interesses de madeireiros e da população tradicional que habita a região, recomenda-se a manutenção do *status quo*, até que se identifique qual a unidade de conservação que melhor atende aos interesses das populações locais e da preservação do meio ambiente.

IV – Agravo desprovido.

Acórdão

Decide a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 20/10/2008.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado do Pará de decisão (cópia – fls. 33-39) proferida em Ação Cautelar Inominada ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o ora agravante, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais

Renováveis – Ibama e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, a qual concedeu medida liminar para (fls. 38-39):

a) Determinar que o Estado do Pará se absteinha de criar a Floresta Estadual Amazônia e a Área de Proteção Ambiental Santa Maria de Prainha (cujas localizações estão dispostas nas minutas de decreto existentes à fls. 94/203), bem como quais-

quer outras unidades de conservação que se sobreponham à área descrita no memorial descritivo de fls. 230/232, correspondentes à área de estudos para a criação da Reserva Extrativista Renascer.

b) Suspender a eficácia jurídica dos decretos de criação da Floresta Estadual Amazônia e da Área de Proteção Ambiental Santa Maria de Prainha, ou outras unidades de conservação que se sobreponham à área descrita no memorial descritivo de fls. 230/232, correspondentes à área de estudos para a criação da Reserva Extrativista Renascer, caso já tenham sido editados, assinados, publicados e estejam em vigor.

c) Determinar que o Estado do Pará se abstenha de aprovar planos de manejo florestal sustentável nas áreas onde pretende criar a Floresta Estadual Amazônia e a Área de Proteção Ambiental Santa Maria de Prainha, ou outras unidades de conservação que se sobreponham à área descrita no memorial descritivo de fls. 230/232, correspondentes à área de estudos para a criação da Reserva Extrativista Renascer.

d) Determinar que o Ibama se abstenha de aprovar planos de manejo florestal sustentável nas áreas onde pretende criar a Floresta Estadual Amazônia e a Área de Proteção Ambiental Santa Maria de Prainha e a Reserva Extrativista Renascer.

e) Determinar que o Incra se abstenha de criar projetos fundiários que se sobreponham à área descrita no memorial descritivo de fls. 230/232 ou em seu entorno.

Alega o agravante, em fundamentada petição, que haveria violação de sua competência e autonomia como Estado membro para a gestão de seu território, uma vez que a decisão agravada termina por suspender os efeitos da legislação que definiu o Macrozoneamento Ecológico-Econômico do Estado (Lei Estadual 6.745/2005), editada em perfeita consonância com a Lei Federal 11.284/2006, que dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável. Cita, também, diversos outros diplomas legais estaduais que cuidam não só do combate ao desmatamento, mas também de recuperação de áreas degradadas e gestão econômica do meio ambiente.

Assevera, com apoio em artigos da Lei 11.284/2006, que é totalmente infundada a afirmação posta na decisão agravada de que a criação da Floresta Estadual da Amazônia e da Área de Proteção Ambiental Santa Maria da Prainha (na realidade, seu nome correto seria Área de Proteção Ambiental Santa Maria do Uruará) terminaria por expulsar da região as popu-

lações tradicionais, que lá residem, em favor de interesses de madeireiros que desejam explorar a área.

Aduz que não há qualquer irregularidade, ou sequer indícios, no procedimento que embasou a criação das unidades de conservação em tela, e que os estudos técnicos e consultas públicas realizados teriam obedecido estritamente, os ditames legais. Alega, também, que são infundadas as ilações sobre a inconsistência desses estudos, que teriam sido elaborados em exíguo prazo (40 dias), visto que foram subsidiados com informações de instituições de grande credibilidade como, por exemplo, o Museu Paraense Emílio Goeldi.

Indeferi, às fls. 425-428, o pedido de efeito suspensivo.

Em petição apócrifa (fls. 430-436), reiterada às fls. 477-483, agora assinada, o agravante pede reconsideração da decisão que indeferiu o efeito suspensivo.

Contraminuta apresentada pelo Ministério Público Federal (fls. 486-519 – vols. 2 e 3).

A Procuradoria Regional da República, pelo ilustre Procurador Nicolau Dino de Castro e Costa Neto, apresentou parecer (fls. 540-559), opinando pelo desprovimento do agravo de instrumento.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Pretende o Estado do Pará a reforma da decisão agravada, para, cassada a liminar, publicar os Decretos de criação da Floresta Estadual da Amazônia e da Área de Preservação Permanente de Santa Maria de Uruará, que, segundo afirmou, formam um polígono com outras sete unidades de conservação, alcançando uma soma total de 16,4 milhões de hectares.

Afirmou também que as duas áreas objeto do litígio, não obstante alcancem pouco mais de 1% do total da área global, “nem por isso deixam de ser significativas do ponto de vista da lógica de detalhamento do ordenamento territorial e ambiental do Estado do Pará” (fl. 8).

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro, Souza Prudente e o Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo.

Na inicial da ação o Ministério Público Federal informa que tramita, no âmbito federal, um procedimento administrativo, instaurado em 2003, pelo Ibama em Santarém, que tem por objeto “a formulação de estudos voltados para a criação da Reserva Extrativista Renascer nos municípios de Prainha e Medicilândia”, enquanto, no âmbito do Estado do Pará, em 2006, “tiveram início os estudos com a finalidade de criação, na mesma área, da Floresta Estadual Amazônia e da Área de Proteção Ambiental Santa Maria de Prainha, as quais se estendem pelos municípios de Medicilândia, Prainha e Uruará” (fl. 46).

Verifica-se, desse modo, um aparente conflito entre o órgão ambiental federal e o correspondente órgão estadual.

Dispõe a Constituição Federal que:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII – preservar as florestas, a fauna e a flora;

[...].

Por sua vez, a Lei 6.938/1981, que institui a Política Nacional de Meio Ambiente, dispõe, na redação dada pela Lei 8.028/1990, que:

Art. 1º Esta Lei, com fundamento nos incisos VI e VII do art. 23 e no art. 235 da Constituição, estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, constitui o Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama) e institui o Cadastro de Defesa Ambiental.

Art. 2º A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

[...]

II – racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar;

III – planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais;

IV – proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas;

V – Controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras.

[...]

Art. 4º A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

I – à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico;

II – à definição de áreas prioritárias de ação governamental relativa à qualidade e ao equilíbrio ecológico, atendendo aos interesses da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

[...]

Art. 5º As diretrizes da Política Nacional do Meio Ambiente serão formuladas em normas e planos, destinados a orientar a ação dos Governos da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios no que se relaciona com a preservação da qualidade ambiental e manutenção do equilíbrio ecológico, observados os princípios estabelecidos no art. 2º desta Lei.

Na esteira dessa legislação, o Estado do Pará, pretendendo regulamentar, dentro de seu poder concorrente, o Zoneamento Ecológico-Econômico – ZEE, editou a Lei 6.745/2005, que instituiu o Macrozoneamento Ecológico-Econômico do Estado do Pará.

Assim, obedecendo às determinações legais para a criação de unidade de conservação (art. 22 e seguintes da Lei 9.985/2000, regulamentados pelo Decreto 4.340/2002) procedeu aos estudos e às consultas públicas necessárias.

A decisão agravada, entretanto, considerou que os estudos foram feitos em prazo exíguo, pelo que não teriam sido “apreciados todas as vertentes e os aspectos inerentes a tão poliédrico assunto, como são os atinentes à seara ambiental” (fl. 35), afirmando, de outra parte, que “o estudo encampado pelo Ibama prolongou-se no tempo de maneira razoável, pelo que é mais robusto e mais confiável do que aquele elaborado pelo Estado do Pará em pouco mais de um mês” (fl. 36), concluindo que o estudo elaborado pelo Estado “é incompleto e incompatível com a proteção do meio ambiente, bem como revela-se potencialmente nocivo à sobrevivência dos ribeirinhos fixados centenariamente na área litigiosa”.

Em arremate, a decisão agravada expende que (fl. 37):

18. Por fim, revela-se evidente que a reserva extrativista idealizada pelo Ibama, atende perfeitamente aos interesses maiores da nação brasileira, dando efetividade aos princípios constitucionais de promoção da dignidade da pessoa humana e da proteção e preservação do meio ambiente em benefício das presentes e futuras gerações, insculpidos, respectivamente, nos arts. 1º e 225, da Constituição Federal, o que não pode ser obstaculizado por medidas governamentais outras, que acabam por atender a interesses privados de grupos econômicos, em detrimento dos menos favorecidos e do meio ambiente.

19. Desta forma, não há como se negar que estão presentes todos os pressupostos legais ensejadores do deferimento da medida de urgência pleiteada pelo *Parquet*.

Difícil, senão impossível, neste exame preliminar da questão, definir qual o bem mais relevante a ser protegido, a criação de Reserva Extrativista pelo órgão federal ou a criação de Floresta Estadual e área de Proteção Ambiental pelo Estado do Pará.

Tenho por relevante, no entanto, o pronunciamento do douto representante do Ministério Público Federal nesta instância, o qual, depois de analisar a legislação de regência, assim se expressa (fls. 552-554):

Feitas tais considerações sobre a natureza e as características da Reserva Extrativista Renascer (unidade de conservação em vias de estudo e implantação pelo órgão federal) e das unidades de conservação pretendidas pelo Estado do Pará, *na mesma área do Município de Prainha, impõe-se, agora, examinar qual deve ser o interesse prevalente.*

Para tanto, cabe observar que, embora o Ibama e o Estado do Pará invoquem, de lado a lado, razões ligadas à proteção do meio ambiente, os aspectos acima apontados evidenciam que, em muitos pontos, há interesses colidentes entre si.

De fato, a implantação da Resex Renascer inspira-se primacialmente na proteção do meio ambiente, no uso sustentável dos recursos naturais e na regularização fundiária de comunidades tradicionais, assegurando-se-lhes meios conducentes à sua sustentabilidade física e cultural. Em contrapartida, a criação da Flota e da APA pelo Estado do Pará não leva em conta tais aspectos, mas sim, e tão somente, o uso sustentável dos recursos florestais em padrões economicamente viáveis.

Demonstração inequívoca disso pode ser encontrada no “Detalhamento do Macrozoneamento Ecológico-Econômico no Estado do Pará”, produzi-

do pela Secretaria Especial de Produção do Governo do Estado do Pará. Ali se vê a explicitação dos objetivos gerais do estudo, quais sejam: I – avaliar a demanda por áreas florestais para produção florestal manejada no Estado; II – avaliar o potencial de oferta de áreas florestais para produção florestal manejada no Estado e III – identificar e avaliar novas áreas com potencial para produção florestal manejada no Estado. (fl. 85 dos autos).

Mais adiante, ainda no mesmo documento, consta que a indústria madeireira do Pará necessita de aproximadamente 167 mil km² de área florestal líquida para manter o consumo de matéria-prima com base na produção de 2004 (fl. 86). Quanto à oferta de áreas florestais, assinala o Relatório produzido pelo Estado do Pará, que

“A área florestal bruta para produção florestal potencial soma aproximadamente 456 mil km². Porém, em torno de 206 mil km² são florestas sem aptidão para uso econômico por uma ou mais das seguintes razões: florestas com muito baixo valor comercial florestas já exploradas de forma predatória, florestas situadas em áreas de topografia extremamente acidentada, florestas inseridas nas áreas de preservação permanente. *Além disso, o Estado possui aproximadamente 21 mil km² de florestas em Resexs, as quais apresentam restrições para a exploração florestal.* Portanto, as florestas com potencial para uso florestal no Pará somam aproximadamente 250 mil km² (25 milhões de hectares). Essas áreas serão referidas nesse relatório como “área florestal potencial”. [grifei]

Digno de nota é o propósito subjacente à criação da Flota e da APA pelo Estado do Pará, ou seja, incrementar as áreas destinadas à produção florestal, tendo ficado explícito (vide, inclusive, a nota 5 na página 13 do Relatório – fl. 87 dos autos) que o modelo da Resex não atende aos interesses do Estado do Pará, já que em tais áreas “a exploração madeireira poderá ocorrer somente em bases comunitárias (baixa intensidade) e sob condições específicas definidas no plano de manejo de cada unidade”.

Tais interesses, como bem anotado na petição inicial, não se coadunam com a implantação da Resex Renascer, em face das características e finalidades deste modelo de unidade de conservação, onde sobressaem aspectos relacionados à sociodiversidade.

A confrontação das pretensões veiculadas de lado a lado sinaliza no sentido da prevalência da implantação da Resex Renascer em relação à intenção do Estado do Pará, de criação de unidades de conservação de uso sustentável, voltadas à gestão e exploração econômica de recursos florestais.

Tal primazia decorre do fato de ser mais abrangente e socialmente mais relevante o interesse vocalizado pelo ente federal, na medida em que atende a dois propósitos socioambientais: a utilização sustentável de recursos naturais e a regularização fundiária, garantindo-se a subsistência física e cultural de comunidades tradicionais, cuja presença na área, aliás, é incontestável, conforme se vê inclusive na petição de agravo.

No que concerne à alegação de eventual violação do pacto federativo, merece ser transcrita, ainda, a manifestação do eminente Procurador Regional da República, posta nos seguintes termos (fls. 554-555):

Não merece prosperar, noutro passo, o argumento do agravante no que concerne à suposta violação de sua competência em matéria ambiental e ao comprometimento do pacto federativo, por várias razões: a uma, porque, em se tratando de proteção do meio ambiente, a competência material ou de implementação é *comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos exatos termos do art. 23, VI e VII, CF; a duas, porque, sendo comum a competência, vários fatores legitimam a preponderância do interesse federal na questão. Vejamos.*

A predominância do interesse federal, no caso, prende-se à dupla finalidade de que se reveste a implantação da reserva extrativista, como já sobejamente demonstrado (proteção ambiental e regularização fundiária). Ora, considerando-se essa dimensão de regularização fundiária, a criação de uma reserva extrativista pelo ente federal coincide com um dos propósitos da política agrícola e fundiária, que é de competência exclusiva da União, ex vi do art. 184 da Constituição. [...]

[...]

Isso por si só já justificaria a predominância do interesse federal, em face da existência de um elemento materializador de um interesse público que transcende os lindes da unidade federativa estadual.

Há mais, porém. A própria Lei 11.284, de 02/03/2006, estabelece, no art. 4º, II, que a gestão de florestas públicas para produção sustentável compreende a destinação de florestas públicas às comunidades locais, nos termos do art. 6º desta Lei. E no art. 6º desse diploma normativo têm-se a seguinte previsão:

Art. 6º Antes da realização das concessões florestais, as florestas públicas ocupadas ou utilizadas por comunidades locais serão identificadas para a destinação, pelos órgãos competentes, por meio de:

I – criação de reservas extrativistas e reservas de desenvolvimento sustentável, observados os requisitos previstos da Lei 9.985, de 18 de julho de 2000;

II – concessão de uso, por meio de projetos de assentamento florestal, de desenvolvimento sustentável, agroextrativistas ou outros similares, nos termos do art. 189 da Constituição Federal e das diretrizes do Programa Nacional de Reforma Agrária;

III - outras formas previstas em lei.

Como se pode perceber, a Lei, de forma expressa e indubitável, assegura primazia para a criação de reservas extrativistas, exatamente por considerar as condicionantes socioambientais presentes na questão conservacionista, quando em jogo interesses de comunidades tradicionais, pois, nesse caso, tão importante quanto assegurar o uso sustentável dos recursos naturais é a regularização da posse de comunidades locais sobre áreas indispensáveis à conservação dos recursos ambientais e à sua reprodução física e cultural.

A instalação de reserva extrativista pela União tem preferência sobre quaisquer outras atividades a serem desenvolvidas pelo estado federado, ainda que inspiradas no propósito de utilização sustentável dos recursos naturais.

Deve-se atribuir mais “peso” e assegurar, pois, numa correta ponderação de valores e interesses, predominância ao interesse vocalizado pelo ente federal, no que tange à implantação da Resex Renascer, por sua maior abrangência.

A solução da tensão verificada entre os dois interesses debatidos na presente lide deve levar em conta também a sinalização constante do art. 2º, §2º, do Decreto-lei 3.365/1941, relativamente ao critério da “direção vertical dos entes federativos” em matéria de desapropriação. Em tal dispositivo legal se verifica, com efeito, que os “bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados [...]”. O reverso, porém, não é admitido, por considerar-se prevalecente, *in casu*, o interesse da União.

Não se trata — cabe advertir — de estabelecer uma hierarquização na Federação. Não! Cuidase, sim, de constatar que, em diversas matérias, o ordenamento jurídico adota como parâmetro para solução de tensões entre interesses protagonizados por entes federativos distintos, o critério da preponderância do interesse, emprestando valor superior àquele objetivo perseguido pelo ente federal, por ser mais abrangente.

Nesse exato sentido, pronunciou-se o Ministro Celso de Mello, nos autos da ação cautelar inominada 1.255/RR, em hipótese em tudo semelhante a de que trata o agravo de instrumento em tela. A questão posta sob apreciação do STF, naquela oportunidade, dizia respeito à pretensão do Estado de Roraima de obstaculizar procedimento administrativo a cargo da União e do Ibama, o qual tinha por escopo a criação de uma reserva extrativista. O Estado de Roraima invocou o argumento de que a iniciativa da União e do Ibama violava o pacto federativo e comprometia a execução de programas instituídos por aquela unidade da Federação, tais como projetos de assentamento, reserva extrativista e programas de manejo florestal.

Dai que, apesar dos argumentos desenvolvidos pelo agravante, não vejo demonstrados os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Ademais, conforme assinalai ao indeferir o efeito suspensivo, a existência de conflitos armados na região, além de ânimos exaltados por parte de madeireiros e da comunidade local, conforme noticiado pelo agravante, assinala a prudência com que a questão deve ser dirimida, razão pela qual não se recomenda a reforma da decisão agravada, que mantenho.

Nego provimento ao agravo de instrumento, ficando prejudicada a apreciação do pedido de reconsideração.

É o meu voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Senhor Presidente, concordo plenamente com o voto de Vossa Excelência na linha de inteligência do art. 23, incisos VI e VII, que estabelece uma competência comum e gerencial executiva da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, visando proteger o meio ambiente, combater a poluição em qualquer de suas formas e ainda preservar as florestas, a fauna e a flora.

Se no caso dos autos, o Estado do Pará, agravante, e o Ibama, como órgão executor da política nacional do meio ambiente, e até mesmo o Instituto Chico Mendes, que entendo deva também integrar a lide no raio de sua competência, visando o mesmo objetivo de proteção ao meio ambiente, como aqui resta descrito nos autos, enquanto se decida pelas autoridades

competentes o aparente conflito de atribuições desses órgãos que deveriam agir de forma harmônica na linha do princípio cooperativo e precavido, conforme determina a Agenda 21, resultante da Convenção Internacional sobre Biodiversidade – Eco-92, devam esses órgãos, cada qual no raio de suas competências legais, inclusive também eventuais municípios que estejam na mesma situação geográfica, adotarem todas as medidas necessárias à proteção do meio ambiente, evitando que ações agressoras quer de particulares por meio de atos comissivos, quer de agentes públicos por meio de atos omissivos que não exercem na forma legal o seu regular poder de polícia, devam exercê-lo, agora, no sentido de manter de forma eficaz a proteção do meio ambiente, enquanto se decide esse conflito de atribuições legais dos órgãos de proteção ambiental que visam exatamente o mesmo objetivo comum, que é a criação de reservas extrativistas e de proteção ambiental integral. Nesta linha de convicção, também, nego provimento ao agravo e mantenho a decisão recorrida.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo: — Senhor Presidente, com relação a outra preocupação levantada no julgamento do agravo, tenho aqui o memorial que diz que a decisão recorrida já ordenou que se fizesse ao Estado do Pará a abstenção de aprovar planos de manejo florestal sustentável nas áreas onde se pretende criar uma floresta estadual e também se determinou ao Ibama que se abstivesse de aprovar planos da mesma natureza. Isso vai ao encontro de fazer uma preservação do meio ambiente, enfim da área, para efeito de, previamente, se ter uma definição dessa identificação de qual área vai ser: uma área federal, uma reserva extrativista ou uma unidade de conservação estadual. Fazendo essas observações, acompanho o voto de Vossa Excelência.

Apelação Cível

2001.01.00.037891-8/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente
Apelante: Sechosc – Sindicato de Empregados no Comércio Hoteleiro, Restaurantes, Bares, Lanchonetes, Pizzarias
Advogado: Dr. João Emanuel Silva de Jesus
Apelante: União Federal
Procuradora: Dra. Isabela Marques Seixas
Apelado: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Oswaldo José Barbosa Silva
Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Procurador: Dr. Antônio Ezequiel de Araújo Neto
Remetente: Juízo Federal da 17ª Vara – DF
Divulgação: e-DJF1 de 10/10/2008
Publicação: 13/10/2008

Ementa

Constitucional, Consumidor e Processual Civil. Ação civil pública. Estabelecimentos comerciais. Prestação de serviços. Cobrança de acréscimo pecuniário (gorjeta). Portaria 4/1994 (Sunab). Violação ao princípio da legalidade e ao Código de Defesa do Consumidor.

I – O pagamento de acréscimo pecuniário (gorjeta), em virtude da prestação de serviço, possui natureza facultativa, a caracterizar a ilegitimidade de sua imposição, por mero ato normativo (Portaria 4/1994, editada pela extinta Sunab), e decorrente de convenção coletiva do trabalho, cuja eficácia abrange, tão somente, as partes convenientes, não alcançando a terceiros, como no caso, em que se pretende transferir ao consumidor, compulsoriamente, a sua cobrança, em manifesta violação ao princípio da legalidade, insculpido em nossa Carta Magna (CF, art. 5º, II) e ao Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990, arts. 6º, IV, e 37, § 1º), por veicular informação incorreta, no sentido de que a referida cobrança estaria legalmente respaldada.

II – Apelações e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento às apelações e à remessa oficial, tida por interposta.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 15/08/2008.

Desembargador Federal *Souza Prudente*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Cuida-se de recursos de apelação interpostos contra sentença proferida pelo douto Juízo da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Distrito Federal e Terri-

tórios contra a Superintendência Nacional do Abastecimento, sucedida pela União Federal, o Sindicato de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares de Brasília, figurando, ainda, como litisconsorte passivo, o Sindicato dos Empregados no Comércio Hoteleiro, Restaurantes, Bares, Lanchonetes, Pizzarias, Churrascarias, Boites (*sic*), Cozinhas Industriais, Empresas Fornecedoras de Refeições Coletivas e Afins, Choparias, Danceterias,

Sorvetarias, Serviços de Buffet, Cantinas, Quiosques, Empresas de Tickets de Refeições e Similares e em Condomínios de Apart-Hotel do Distrito Federal – Sechos, objetivando seja decretada a inconstitucionalidade *incidenter tantum* do art. 23 da Portaria 4/1994, da Sunab, bem como para condenar o Sindicato promovido a informar que a cobrança de percentual sobre produto e serviços ao consumidor (gorjeta) integra o preço e não tem relação com a convenção coletiva, não devendo constar nas notas de consumo a sua referência nem a sua compulsoriedade, em função da Convenção Coletiva do Trabalho, sob pena de cominação em multa pecuniária, bem assim a devolução ao consumidor, em dobro, do que foi a ele efetivamente cobrado, aplicando-se, destarte, a diretriz inserta no parágrafo único do artigo 42, da Lei 8.078/1990.

O juízo monocrático julgou parcialmente procedente o pedido, para decretar a inconstitucionalidade *incidenter tantum* do referido art. 23 da Portaria 4/1994, da extinta Sunab, condenando-se, ainda, os Sindicatos promovidos a informar aos estabelecimentos comerciais que a cobrança de percentual sobre produto e serviços ao consumidor integra o preço e não tem relação com a convenção coletiva, não devendo constar das respectivas notas de consumo, sob o fundamento de que embora as Leis Delegadas 4/1962 e 5/1962 autorizem a Sunab a intervir no domínio econômico, não lhe conferem legitimidade para legislar sobre gorjetas ou taxas de serviço. Nesse sentido, sustenta que a intervenção no domínio econômico tem por finalidade somente coibir abusos existentes no mercado, tais como a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. Alega, ainda, que uma Convenção Coletiva de Trabalho vincula apenas a relação empregado-empregador, ou seja, as relações de trabalho, não podendo, em hipótese alguma, instituir a obrigatoriedade da gorjeta. No tocante à cominação de multa e à restituição, ao consumidor, do que foi efetivamente cobrado, concluiu aquele juízo que tal pleito não poderia ser veiculado nos presentes autos, eis que os estabelecimentos comerciais, responsáveis pela cobrança, não integram a relação processual aqui instaurada, sem prejuízo, contudo, da atuação fiscalizatória dos órgãos competentes, em caso de descumprimento da tutela mandamental ordenada (fls. 159/170).

Em suas razões recursais, sustenta o Sindicato recorrente, em resumo, que a gorjeta é um fato recorrente no cotidiano do comércio, devendo, por isso,

ser regulamentada a fim de coibir abusos, sendo que tal parcela integra a remuneração dos empregados, conforme entendimento jurisprudencial de nossos tribunais sobre a matéria. Acrescenta, ainda, que o ato impugnado encontraria amparo no art. 146 da Constituição Federal, que autoriza a intervenção do Estado no domínio econômico, dando-lhe legitimidade para verificar a comercialização de bens e serviços, incluindo-se aí a regulamentação das gorjetas, reservando-se ao consumidor a opção, ou não, pelo estabelecimento que eventualmente pratique essa cobrança. Requer, pois, o provimento do recurso de apelação, para que seja reformada a sentença recorrida, com a consequente improcedência do pedido (fls. 177/182).

A União Federal também veiculou recurso de apelação, suscitando a preliminar de improriedade da via eleita, sob o fundamento de que os autores da demanda estariam utilizando-se da ação civil pública como substitutivo da ação direta de inconstitucionalidade, o que não se admite, na espécie. No mérito, postula a improcedência da demanda, amparando-se nos mesmos argumentos deduzidos pelo Sindicato-recorrente, pugnando, pois, pelo provimento do recurso de apelação (fls. 281/295).

Com as contra-razões de fls. 254/256 e 303/305, subiram os autos a este egrégio Tribunal, por força, também, da remessa oficial, tida por interposta, opinando a douta Procuradoria Regional da República pela manutenção da sentença recorrida (fls. 313/318).

Este é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — I. Não prospera a preliminar de inadequação da via eleita, suscitada pela União Federal, sob o fundamento de que a presente ação civil pública estaria sendo usada como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade.

Com efeito, a pretensão deduzida nestes autos não envolve declaração, *in abstracto*, da inconstitucionalidade do ato normativo apontado na inicial, mas, sim, a sua declaração incidental de inconstitucionalidade, conforme ali expressamente consignado, em que

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Souza Prudente, Daniel Paes Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo.

se postula “o julgamento pela procedência da presente Ação Civil Pública, decretando esse íncrito Juízo a inconstitucionalidade (*incidenter tantum*), do artigo 23, da Portaria 4/1994, da Sunab [...]”, não se vislumbrando, pois, na espécie, o óbice apontado pela recorrente, no particular, que pudesse inviabilizar a veiculação da postulação deduzida na peça vestibular, em sede de ação civil pública.

Com efeito, o que se busca, nestes autos, é uma tutela mandamental inibitória, no sentido de que o poder público se abstenha de conceder autorizações para inclusão, por parte dos estabelecimentos comerciais, de acréscimos (gorjetas) nas contas de consumo, com a condenação dos sindicatos promovidos, no sentido de que eventual cobrança dos aludidos acréscimos é parte integrante do preço por eles cobrados, não guardando, contudo, qualquer relação com a convenção coletiva do trabalho, nem dispondo de caráter compulsório. Em sendo assim, a questão da inconstitucionalidade do ato normativo, autorizador da referida cobrança é questão preliminar que se impõe, para que seja examinado o mérito da pretensão. Não se trata, pois, na espécie, de controle concentrado de constitucionalidade de lei, a impossibilita a sua veiculação por meio de ação civil pública, mas, sim, repita-se, de um controle difuso, perfeitamente possível, na via eleita.

Sobre o tema, sem embargo de algumas divergências nos campos doutrinário e jurisprudencial, o colendo Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da ação civil pública para fins de controle difuso da constitucionalidade de ato normativo do poder público, conforme se vê dos seguintes julgados, entre outros, *verbis*:

Constitucional. Processual civil. Ação declaratória. Declaração de inconstitucionalidade. Lei municipal.

I – A ação, no caso, tem como pedido a satisfação de uma pretensão de inexistência de direito de ingresso com meia-entrada mediante a apresentação de carteira de identificação estudantil. A declaração de inconstitucionalidade da lei em que se embasa o ato constitui fundamento jurídico do pedido, assim causa petendi. Não há falar, portanto, que o efeito do pleito seria a inconstitucionalidade em tese de lei, motivo por que não há falar, também, em impossibilidade jurídica do pedido.

II – RE conhecido e provido. Decisão: [...] se a ação civil pública tem como pedido principal uma pretensão, constituindo a declaração de inconstitu-

cionalidade da lei em que se embasa o ato que se quer anular, fundamento jurídico do pedido, assim causa petendi, não há falar em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. *O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não se identifique como objeto único da demanda, mas simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal [...].*

(RE 264906/RS, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 20/04/2005, p. 134.)

Ação civil pública. Controle difuso versus controle concentrado de constitucionalidade.

Proclamou o Supremo Tribunal Federal não ocorrer usurpação da própria competência quando a inicial da ação civil pública encerra pedido de declaração de inconstitucionalidade de ato normativo abstrato e autônomo, seguindo-se o relativo à providência buscada jurisdicionalmente – Reclamação 2.460-1/RJ. Ressalva de entendimento. Reclamação – negativa de seguimento. A contrariedade do pleito formulado a precedente do Plenário revela quadro ensejador da negativa de seguimento à reclamação.

(Rcl 2687/PA, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, unânime, DJU de 18/02/2005.)

No âmbito deste egrégio Tribunal, trago à colação os seguintes julgados:

Constitucional. Processual civil. Ação civil pública. Serviço de telecomunicações. Concessão disciplinada em lei municipal. Declaração incidental de inconstitucionalidade. Possibilidade.

1 – Versando a pretensão deduzida nos autos em torno de tutela inibitória do poder público municipal, no tocante à concessão de serviço de telecomunicação, a declaração incidental de inconstitucionalidade do ato normativo em que se ampara o ato administrativo impugnado constitui mero fundamento jurídico do pedido, inserindo-se no controle difuso de constitucionalidade das leis, podendo, assim, ser veiculada como fundamento de ação civil pública, sem que isso represente usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes deste Tribunal e da Suprema Corte.

2 – Apelação provida. Sentença reformada, para regular processamento do feito.

(AC 2004.38.02.003529-9/MG, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Sexta Turma, DJ de 26/02/2007, p.53.)

Constitucional. Processual civil. Ação civil pública. Preservação do conjunto urbanístico de Brasília. Inadequação da via eleita descaracterizada. Possibilidade de declaração incidental de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública sem usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Sentença anulada. Apelação provida.

1. Declaração de inconstitucionalidade de norma, se em caráter incidental, não constitui objeto da ação civil pública, e sim questão lógica a priori que se impõe transpor para que seja apreciado o *meritum causae*, no caso, possível ofensa ao conjunto urbanístico de Brasília com a construção de coberturas nos edifícios residenciais do plano piloto.

2. “O objeto da ação civil pública é a proteção do bem da vida tutelado pela ordem jurídica, podendo ter como fundamento a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, posta como *questão prejudicial*, premissa necessária ao julgamento da questão de mérito. O objeto da ação direta de inconstitucionalidade é a própria declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com a retirada destes do sistema.” (José Adonis Callou de Araújo Sá, in *Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*)

3. *A declaração incidental de inconstitucionalidade de uma norma*, como questão prejudicial, na ação civil pública como em outra qualquer via processual, *não faz coisa julgada*, conforme a regra do art. 469, III, do CPC. A decisão na ação direta de inconstitucionalidade possui hoje, além de eficácia *erga omnes*, também efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, por força da Lei 9.868/1999.

4. A sentença proferida na ação civil pública, com fundamento em inconstitucionalidade de lei ou outro ato normativo, e que faça coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, não está imune ao exame do Supremo Tribunal Federal, pela via do Recurso Extraordinário. Vale dizer, mesmo no controle difuso de constitucionalidade no âmbito da ação civil pública ou outra ação coletiva, o julgamento definitivo será do Supremo Tribunal Federal.

5. Na ação civil pública ou em outras ações coletivas, o sistema da coisa julgada é *secundum eventus litis*. Significa dizer que no nosso sistema a coisa julgada atinge os ausentes do processo apenas quando os beneficia. Em regra, a improcedência do pedido formulado na ação coletiva não impede a ação individual. A declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, em qualquer das duas vias de ação direta no Supremo Tribunal Federal, possui eficácia contra todos e efeitos vincu-

lantes relativamente aos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

6. A declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, proferida na ação civil pública, ou qualquer outro instrumento de controle difuso, *apenas afasta a incidência da norma sobre as situações concretas em julgamento, e não prejudica o exame da mesma questão na ação direta de inconstitucionalidade ou na ação direta de constitucionalidade*. (grifos ausentes no original, fls. 106/107 e 168/169).

7. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade Jurídica da utilização da ação civil pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa de quaisquer atos ou leis do Poder Público, desde que a questão constitucional não se identifique como o único objeto da demanda, mas mera questão prejudicial, lógica e necessariamente anterior ao juízo de mérito da lide principal.

8. É juridicamente possível que a inconstitucionalidade de norma seja alegada como *causa de pedir* em ação individual ou coletiva.

9. É lícito promover, *incidenter tantum*, o controle difuso de constitucionalidade de normas se o objeto da ação civil pública é o julgamento de relação jurídica de efeitos concretos e não a apreciação da validade constitucional de lei em tese, conforme o estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal na apreciação da Reclamação 2724/PA, Relator Ministro Celso de Mello e demais precedentes.

10. Apelação do Ministério Público Federal provida.

(AC 2002.34.00.040920-3/DF, Relatora Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, unânime, DJU de 13/06/2005)

Não havendo, pois, qualquer óbice à veiculação da pretensão deduzida na inicial, por meio de ação civil pública, rejeito a preliminar suscitada pela União Federal, na espécie.

II. No mérito, em que pesem os fundamentos deduzidos pelos recorrentes, não prospera a pretensão recursal por eles postulada, na medida em que não conseguem infirmar as razões em que se amparou a sentença recorrida, *in verbis*:

[...]

O autor, através da presente ação, impugna a cobrança compulsória da “gorjeta”, que é feita com respaldo em Convenção Coletiva de Trabalho firmada com o Sindicato dos trabalhadores da área respectiva e na Portaria 4, de 22/04/1994, da Sunab.

É incontroversa a cobrança compulsória por parte dos estabelecimentos hoteleiros, bares, restaurantes e similares, da taxa de 10% sobre o valor da nota de despesa, a título de gorjeta, bem como que tal se dá em decorrência de Convenção Coletiva de Trabalho, por autorização da Portaria 4/1994.

Resta analisar, portanto, a legalidade da cobrança.

A Portaria da Sunab 4/1994, em seu art. 23, autoriza aos restaurantes, churrascarias, bares, meios de hospedagem e similares, a acrescentarem qualquer importância (gorjeta) às notas de despesas de seus clientes, para distribuição a seus empregados, desde que previstas e estabelecido percentual em Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo de Trabalho ou Dissídio Coletivo de Trabalho. Diz, ainda, que o percentual deverá ser informado ao consumidor, através do cardápio.

Em contestação, a Sunab arguiu que a Portaria, ou mais especificamente o dispositivo ora impugnado, decorre de sua competência para intervir no domínio econômico, mediante o estabelecimento de normas de comercialização, firmadas nas Leis Delegadas 4 e 5 de 1962.

A Lei Delegada 4, de 26 de setembro de 1962, em seus arts. 1º e 2º, mencionados pela Sunab em sua contestação, são do seguinte teor:

Art. 1º. A União, na forma do art. 146 da Constituição, fica autorizada a intervir no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de mercadorias e serviços essenciais ao consumo e uso do povo, nos limites fixados nesta lei.

Parágrafo único. A intervenção se processará, também, para assegurar o suprimento dos bens necessários às atividades agropecuárias, da pesca e industriais do País.

Art. 2º. A intervenção consistirá:

I – na compra, armazenamento, distribuição e venda de:

a) gêneros e produtos alimentícios;

II – na fixação de preços e no controle do abastecimento, neste compreendidos a produção, transporte, armazenamento e comercialização;

III – na desapropriação de bens, por interesse social, ou na requisição de serviços, necessários à realização dos objetivos previstos nesta lei;

IV – na promoção de estímulos à produção.

Já a Lei Delegada 5/62, que Organiza a Superintendência Nacional do Abastecimento – Sunab e dá outras providências, em seu art. 2º, preceitua:

Art. 2º. Compete à Sunab:

VI – aplicar a legislação de intervenção no domínio econômico para assegurar a livre

distribuição de mercadorias e serviços essenciais;

Tais dispositivos, entretanto, não dão à Sunab legitimidade para legislar sobre “gorjetas” ou taxas de serviço, vez que autorizam tão somente a *aplicação da legislação de intervenção no domínio econômico*.

Cumprir lembrar que o Estado, quando intervir no domínio econômico visa apenas coibir abusos como a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, o que em nada se relaciona com a matéria ora tratada, evidenciando a ilegitimidade da Sunab para autorizar cobrança compulsória da “gorjeta”.

De outro lado, mesmo que a Sunab tivesse a competência que alega, jamais uma Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo ou Dissídio Coletivo, poderia ultrapassar a relação empregador-empregado, para prever e estabelecer obrigações compulsórias a terceiros, bem como extrapolar as questões laborais.

Cumprir transcrever aqui o art. 611 da Consolidação das Leis do Trabalho que dispõe sobre a Convenção Coletiva:

Art. 611. Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

Se a Convenção Coletiva deve tratar apenas das condições e relações individuais de trabalho, evidente a ilegalidade da instituição da cobrança compulsória da gorjeta.

Os dispositivos constitucionais mencionados em contestação, mais especificamente o inciso XXXII do art. 5º, incisos I, V e VIII do art. 24, arts. 170 e 173, em nada beneficiam as Rés. Ao contrário, demonstram a competência exclusiva da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre produção e consumo.

Tanto a Portaria da extinta Sunab quanto a Convenção Coletiva que instituiu a cobrança da gorjeta jamais poderão ser consideradas como medidas interventivas no poder econômico, na forma prevista em lei, além de não poder o ato ora atacado ser considerado como regulador da economia, nem relativo a controle de preços, como querem fazer crer os Réus, pois não existe abuso do poder econômico nem atos praticados contra a ordem econômica.

Também não se aplica ao caso ora examinado, o art. 28 do Decreto 51.644-A, que regulamentou a Lei Delegada 4/1962, que diz: “Caberá à

Sunab, mediante resolução de seu Conselho Deliberativo, fixar normas para aplicação de sanções previstas, bem como dispor sobre o processamento uniforme dos recursos decorrentes, observados os limites estabelecidos neste Regulamento”.

Evidente, pois, que a cobrança da gorjeta fere o princípio da reserva legal, inserto no art. 5º, inciso II, que diz que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei*.

A cobrança compulsória da gorjeta, mediante informação ao consumidor de que está legalmente obrigado a seu pagamento, caracteriza lesão a direito, matéria tratada no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), mais especificamente em seus arts. 6º, inciso IV, e 37, § 1º, que são do seguinte teor:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º. É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Depreende-se que a informação no cardápio de que os 10% sobre os valor das despesas é cobrado legalmente caracteriza-se em informação enganosa, posto que não existe lei que a estabeleça.

Em verdade, é livre o preço, bem como qualquer acréscimo cobrado do consumidor, desde que exista informação exata do que se trata.

Diz, acertadamente, o il. representante do Ministério Público Federal, fl. 151, que “parece evidente que o pagamento da gorjeta é ato voluntário do consumidor em reconhecimento ao bom atendimento ou serviço que eventualmente recebe. Como não há lei que obrigue o consumidor a pagar gorjeta, ainda mais se o serviço não for adequado ou razoável aos seus olhos, a exigência em tela configura abuso e coerção que não encontra amparo na Constituição e no Código de Defesa do Consumidor”.

Há que se concluir que a Portaria 4/1994, da extinta Sunab, fere o princípio constitucional da reserva legal e o Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, inciso IV).

Requerem os autores à condenação dos Sindicatos e Réus a informar aos estabelecimentos que a cobrança de percentual sobre produto e serviços ao consumidor integra o preço e não tem relação com a convenção coletiva, não devendo constar nas notas a sua referência nem a sua compulsoriedade em função da Convenção, sob pena de cominação de multa equivalente a 5.000 UFIR por cada estabelecimento recalcitrante, bem como a devolução ao consumidor, em dobro, do que foi a ele efetivamente cobrado.

Quanto a esta última parte do pedido, qual seja, a cominação de multa e a devolução ao consumidor do que foi efetivamente e cobrado, não poderá ser determinado neste decisório, tendo em vista que os “estabelecimentos” não são parte nesta ação.

Assim, as sanções a serem aplicadas aos estabelecimentos que não cumprirem com a determinação deverão ser aplicadas administrativamente, pelo órgão que detém competência para fiscalizar o mercado de consumo.

Pelo exposto, julgo procedente em parte o pedido para decretar a inconstitucionalidade incidenter tantum, do art. 23 da Portaria 4/1994, da extinta Sunab, bem como para condenar os Sindicatos Réus a informar aos estabelecimentos que a cobrança de percentual sobre produto e serviços ao consumidor integra o preço e não tem relação com a convenção coletiva, não devendo constar nas notas a sua referência nem a sua compulsoriedade em função da Convenção (fls. 163/170).

Corroborando desse entendimento, a douta Procuradoria Regional da República pronunciou-se, nestes termos:

[...]

Com efeito, o Sindicato de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares de Brasília garantiu aos seus estabelecimentos integrantes, através do art. 23 da Portaria Sunab 4/1994, a possibilidade de acrescentarem compulsoriamente qualquer importância às notas de despesas de seus clientes, a título de gorjeta, desde que previstos por Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo ou Dissídio Coletivo.

Ocorre que, obrigar o cliente a pagar uma determinada quantia a título de gorjeta, sem qualquer amparo legal, configura a toda evidência, abuso contra o consumidor.

Na sociedade brasileira, as chamadas “gorjetas” consistem numa importância que o cliente geralmente paga ao empregado do estabelecimento em que consome algum bem ou serviço, em decorrência do bom atendimento que lhe é dado.

Trata-se, pois, de uma faculdade do cliente, que não é obrigado legalmente ao pagamento de tal valor. Sendo assim, a cobrança obrigatória de qualquer importância a título de gorjeta, porque sem amparo legal, configura ato ilegal e abusivo em face do consumidor.

Bem diferente, no entanto, será se o estabelecimento cobrar um percentual sobre o serviço ou produto, a fim de que seja repassado, posteriormente, aos empregados, incluindo tal valor no preço final do produto ou serviço, porquanto nesse caso, o cliente pagaria o referido valor porque integrante do preço, e não a título de gorjeta.

Não merece prosperar, também, a alegação do apelante no sentido de que a legalidade da cobrança estabelecida no art. 23 da Portaria 4/1994 decorre da competência que as Leis Delegadas 4/1962 e 5/1962 atribuíram à Sunab para legislar sobre domínio econômico. Tal como consignado pela MM. Juíza de primeiro grau, o fato de a Lei Delegada 5/1962 ter atribuído à Sunab, em seu art. 2º; inciso VI, a competência para “aplicar a legislação de intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de mercadorias e serviços essenciais”, mesmo numa interpretação superficial, em nada se relaciona com a regulamentação das gorjetas.

Por fim, o fato de as gorjetas integrarem a remuneração do empregado, tal como estabelece a CLT, não implica à obrigatoriedade do seu pagamento, até porque o próprio diploma normativo dos trabalhadores dispõe, claramente, em seu art. 457, § 3º, que as gorjetas constituem importância espontaneamente paga pelo cliente ao empregado.

Ante o exposto, o Ministério Público Federal opina pelo conhecimento e improvemento das apelações (fls. 316/318).

Como visto, não dispondo a acréscimo pecuniário pela prestação de serviço em referência, vulgarmente, denominado de gorjeta, qualquer respaldo legal, afigura-se manifestamente ilegítima a imposição, mormente quando amparado em mero ato normativo e decorrente de convenção coletiva do trabalho, cuja eficácia abrange, tão somente, as partes convenientes, não produzindo efeitos em relação a terceiros, como no caso, em que se pretende transferir ao consumidor, compulsoriamente, a sua cobrança, em manifesta violação ao princípio da legalidade, insculpido em nossa Carta Magna (CF, art. II) e ao Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990, arts. 6º, IV, e 37, § 1º), por veicular informação incorreta, no sentido de que a refe-

rida cobrança estaria legalmente respaldada, conforme assim bem consignado na sentença monocrática.

III. Com estas considerações, nego provimento aos recursos de apelação e à remessa oficial, tida por interposta, mantendo-se, por conseguinte, a sentença monocrática, em todos os seus termos.

Este é meu voto.

Sétima Turma

Apelação Cível

2005.38.00.012909-8/MG

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado)
Apelante: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. José Luiz Gomes Rolo
Apelada: Telemar Norte Leste S/A
Advogados: Dr. Sacha Calmon Navarro Coelho e outros(as)
Rec. Adesivo: Telemar Norte Leste S/A
Remetente: Juízo Federal da 24ª Vara – MG
Divulgação: e-DJF1 de 19/02/2009
Publicação: 20/02/2009

Ementa

Embargos à execução. Imposto sobre Lucro Líquido Sociedade Anônima. Declaração de inconstitucionalidade com eficácia erga omnes por meio da Resolução 82/1996, do Senado Federal. Início compensação realizada em 2000. Prescrição (5+5). Art. 170-a, do CTN, de 10 jan 2001: irretroatividade. Desnecessidade da exigência de trânsito em julgado da decisão que declara a inconstitucionalidade: lei afastada do mundo jurídico pela Resolução 82, do Senado Federal.

I – Vinha entendendo que a partir da publicação da Resolução do Senado, conforme o art. 52, X, da CF/88, que deve fluir o prazo prescricional de cinco anos para o ajuizamento da ação que visa à restituição ou compensação de contribuição social. No entanto, rendo-me ao posicionamento emanado pelo STJ, no sentido de que em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional da ação de repetição de indébito ocorrerá após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador (prazo decadencial), acrescido de mais cinco anos, contados da homologação tácita (esse sim, prazo prescricional). Precedente. A ação oferecida pela embargante (Processo 96.0035507-0), para efetuar compensação do ILL (1990 a 1993) com o IPRJ, foi ajuizada em DEZ 1996, restando evidente que não há falar em prescrição.

II – Apesar da necessidade de participação da Fazenda Nacional e da impossibilidade de compensação antes do trânsito em julgado da sentença que a deferira, observo que a possibilidade de efetuar a compensação, no caso, originou-se com a declaração de inconstitucionalidade do ILL para as Sociedades Anônimas, com efeitos *erga omnes*, produzidos pela Resolução 82, de 1996, do Senado Federal. Ademais, a ação ajuizada pelo embargante (96.0035507-0) é anterior à Lei 9.430/1996, que cuida da dependência da participação do órgão responsável pela administração do tributo a ser compensado. Estes fatos superam a necessidade de decisão transitada em julgado que declare a inconstitucionalidade do tributo, notadamente, porque a Resolução do Senado Federal afastou a Lei do mundo jurídico.

III – O embargante promoveu a compensação (16 JUN 2000), ainda não vigia o art. 170-A, do CTN (LC 104, de 10 JAN 2001), que regulamentou a exigência do trânsito em julgado da decisão, não havendo falar na aplicação retroativa do aludido dispositivo.

IV – Apelação e remessa oficial providas em parte: honorários advocatícios fixados em 1% sobre o valor da causa. Prejudicado o recurso adesivo.

V – Peças liberadas pelo Relator, em 16/12/2008, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a Sétima Turma *dar provimento, em parte*, à apelação e à remessa oficial, prejudicado o recurso adesivo, por maioria.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 16/12/2008.

Juiz Federal *Rafael Paulo Soares Pinto*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto:
– Por petição protocolizada em 19 ABR 1995, Telemar Norte Leste S/A, oferece embargos à execução fiscal promovida pela FN (IRPJ – SET/OUT/2000), postulando fosse declarada insubsistente a execução fiscal, extinguindo-se o respectivo crédito tributário, aduzindo para tanto: a) em 1996, o Senado Federal, por meio da Resolução 82, atribuiu eficácia *erga omnes* à decisão do STF que declarou inconstitucional a exigência de Imposto sobre Lucro Líquido (ILL) para as Sociedades Anônimas; b) os créditos de ILL foram compensados com parcelas vincendas do IRPJ, portanto tributos de mesma espécie, cuja compensação era regida pelo art. 66 da Lei 8.383/1991, e poderia ser efetuada pelo próprio contribuinte em recolhimentos subsequentes, restando irrelevante eventual deficiência de instrução de pedido compensatório; c) em DEZ 1996 a embargante ajuizou ação (96.0035507-0) para se eximir do recolhimento do ILL, bem como recuperar os valores referentes aos anos de 1990 a 1993, com decisão favorável (f. 126/31, 162), com trânsito em julgado em 2002 (f. 241). Diante disso, em 16 JUN 2000, protocolou na DRF-BH pedido de compensação dos valores de ILL 1990/3 com parcelas de IRPJ SET/OUT 2000, procedendo à compensação requerida. O pedido de compensação restou indeferido pelos seguintes fundamentos: intempestividade do pedido de compensação (que deveria ter sido formulado até 5 anos da extinção do crédito tributário, que teria ocorrido com os pagamentos indevidos), deficiência do pedido de compensação (não veio acompanhado da existência de decisão judicial que autorizava o encontro de contas) e falta de trânsito em julgado da referida decisão judicial no momento da realização da compensação; d) não há falar em prescrição (5+5); e) irrelevância da instrução acaso deficiente do pedido de compensação, pois a compensação entre tributos da mesma espécie pode ser feita unilateralmente pelo sujeito passivo (art. 66, da Lei n.

8.383/1991); f) desnecessidade, ao tempo da realização da compensação, do trânsito em julgado da decisão, pois a exigência do art. 170-A, do CTN remete à data de 10 JAN 2001. (VC=R\$57.679.873,56).

O Juiz Federal da 24ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, José Carlos Machado Júnior, mediante sentença proferida em 30 MAI 2006, (f. 833/842), julgou procedentes os embargos para declarar extinto o crédito tributário vergastado, julgando extinta a execução fiscal, ao fundamento de que: a) a embargante estava autorizada (processo 96.0035507-0) a proceder compensação do ILL que recolheu indevidamente com as parcelas de IRPJ, conforme disciplinado no art. 66 da Lei 8.383/1991, independentemente de aval do Fisco, concluindo pela desnecessidade do requerimento na via administrativa. O MS 2004.38.00.045258-1, da 11ª Vara SJMG, de igual forma, afastou o crédito tributário em questão, apesar do indeferimento da liminar, ao entendimento que a compensação somente é possível após o trânsito em julgado da sentença e foi extinto sem julgamento do mérito (art. 267, VIII, do CPC – desistência da ação); b) a exigência do trânsito em julgado de sentença judicial surgiu em 2001, não se podendo falar em aplicação retroativa do dispositivo; c) compensação efetuada encontrava razão na Resolução 82/1996 do Senado Federal, que suspendia a execução do art. 35 da Lei 7.713/1988, considerado inconstitucional pelo STF. Condenou, por fim, a embargada ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa.

Irresignada, a União interpõe recurso de apelação (f. 847/864), aduzindo: a) impossibilidade de reconhecer-se a compensação nos embargos, conforme estabelecido no § 3º, art. 16, da Lei 6.830/1980; b) impossibilidade de compensação antes do trânsito em julgado da sentença que a deferira; c) esgotado o prazo para pleitear a compensação/restituição do tributo, porque transcorridos 5 (cinco) anos da extinção dos respectivos créditos, havendo a tese dos “cinco mais

cinco” sido superada pelo art. 3º da LC 118/2005; d) requer, ainda, caso mantida a sentença, a redução dos honorários advocatícios.

Contrarrazões pela embargante (particular) (f. 872/895), sem fatos novos.

Recurso adesivo da embargante (f. 896/905), pela fixação dos honorários pelos parâmetros do § 3º, art. 20, do CPC, entre 10% e 20% sobre o valor da causa.

Contrarrazões pela União, ao recurso adesivo (f. 909/913), sustentando impossibilidade da majoração postulada, tendo em vista a exorbitância do valor já fixado (R\$2.883.993,67).

É o breve relatório.

Voto*

Da prescrição

Vinha entendendo que a partir da publicação da Resolução do Senado, conforme o art. 52, X, da CF/88, que deve fluir o prazo prescricional de cinco anos para o ajuizamento da ação que visa à restituição ou compensação de contribuição social. No entanto, rendo-me ao posicionamento emanado pelo STJ, no sentido de que, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, *o prazo prescricional da ação de repetição de indébito ocorrerá após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador (prazo decadencial), acrescido de mais cinco anos, contados da homologação tácita (esse sim, prazo prescricional)*. (Precedentes: REsp 795.733/SP, rel. Min. José Delgado, DJ de 06/02/2006).

Deve ser ressaltado que não há falar em retroatividade da Lei Complementar 118/2005, pois, não sendo considerada lei interpretativa, não pode retroagir por expressa vedação legal, além do que, ainda que fosse considerada lei interpretativa, ela não poderia retroagir, em respeito ao princípio da segurança jurídica, evitando-se com isso a denominada surpresa fiscal.

Nesse sentido:

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida e os Exmos. Srs. Juizes Federais Rafael Paulo Soares Pinto e Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho (convocados).

Processo civil e tributário – Agravo regimental – Prescrição – Tributo lançado por homologação – Termo inicial – Tese dos “cinco mais cinco” – Art. 3º da Lei Complementar 118/2005.

O STJ, intérprete e guardião da legislação federal, firmou posição no sentido de que a extinção do crédito tributário, em se tratando de tributos lançados por homologação, não ocorre como o pagamento, sendo indispensável a homologação expressa ou tácita e, somente a partir daí, é que se inicia o prazo prescricional de que trata o art. 168, I, do CTN (tese dos “cinco mais cinco”).

O art. 3º da LC 118/2005 não pode ser considerado como norma interpretativa, pois inovou no plano normativo, emprestando-lhe significado diverso do Tribunal que tem competência constitucional para interpretar a norma federal.

Admitir a aplicação retroativa do dispositivo, atingindo as demandas em curso, atenta contra os postulados da autonomia e da independência dos Poderes.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 689233/AL, 2ª Turma, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 19/09/2005)

A ação oferecida pela embargante (Processo 96.0035507-0), para efetuar compensação do ILL (1990 a 1993) com o IPRJ, foi ajuizada em dezembro 1996, restando evidente que não há falar em prescrição.

Da compensação

Desde a edição da Lei 9.430/1996, a compensação de tributos da mesma espécie depende da participação do órgão responsável pela administração do tributo a ser compensado, pois efetuará a compensação, em face do requerimento do contribuinte. Portanto, ao contrário do afirmado pela embargante, resta indispensável a participação do *Fisco*, a quem cabe apurar a liquidez e certeza do crédito compensando:

Processual civil. (...). Compensação.(...)

(...) O procedimento para compensação, não obstante a natureza administrativa, pode ser decidido judicialmente, independentemente do tipo de ação; o juiz pode declarar que o crédito é compensável, decidindo desde logo os critérios da compensação, cabendo à Administração controlar e fiscalizar a liquidez e certeza dos créditos compensáveis.

(...)”

(STJ, REsp 162.427/BA, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, T2, ac. un., DJ 07/08/2000, p. 102).

Isto porque, quando do início do procedimento de compensação (em 2000), já estava em vigor a exigência da Lei 9.430/1996.

Ocorre, todavia, que apesar da necessidade de participação da Fazenda Nacional e da impossibilidade de compensação antes do trânsito em julgado da sentença que a deferira, observo que a possibilidade de efetuar a compensação, no caso, originou-se com a declaração de inconstitucionalidade do ILL para as Sociedades Anônimas, com efeitos *erga omnes*, produzidos pela Resolução 82, de 1996, do Senado Federal. Ademais, a ação ajuizada pelo embargante (96.0035507-0) é anterior à Lei 9.430/1996, que cuida da dependência da participação do órgão responsável pela administração do tributo a ser compensado. Estes fatos superam a necessidade de decisão transitada em julgado que declare a inconstitucionalidade do tributo, notadamente, porque a Resolução do Senado Federal afastou a Lei do mundo jurídico.

Vale lembrar, quando o embargante promoveu a compensação (16 JUN 2000), ainda não vigia o art. 170-A, do CTN (LC 104, de 10 JAN 2001), que regulamentou a exigência do trânsito em julgado da decisão, não havendo falar na aplicação retroativa do aludido dispositivo.

Os argumentos utilizados pelo Fisco para o indeferimento da compensação são inconsistentes, sobretudo porque não há falar em prescrição, bem como pelo fato da Resolução 82/1996, do Senado Federal, que afastou a Lei do mundo jurídico, suprir a necessidade de decisão transitada em julgado que declare a inconstitucionalidade do tributo.

Por sua vez, a teor do art. 20, § 4º, do CPC, pois vencida a FN, fixo a verba honorária em 1% sobre o VC.

Posto isso, *dou provimento, em parte*, à apelação e à remessa oficial, apenas para fixar a verba honorária em 1% sobre o VC, prejudicado o recurso adesivo

Voto Vogal Vencido em Parte

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: – Ouvi com atenção o relatório, a sustentação oral do ilustre advogado do apelado da tribuna e, agora, o voto do eminente Relator.

Acompanho o resultado, basicamente, em face do argumento de que a Resolução 82/1996, do Senado, retirou do mundo jurídico a exação. Exatamente por esse motivo é que não havia necessidade de se aguardar o trânsito em julgado do *decisum*, posto que, se a norma instituidora do tributo deixou de existir, não havia sentido lógico e jurídico de se aguardar o trânsito em julgado. Não fosse isso, entendendo que não se haveria de falar em possibilidade de compensação, porque ela ocorreu em 2000, portanto após a Lei 9.430/1996, mas o segundo argumento do eminente Relator me convence, sem razão, da Fazenda Nacional apelante, na espécie.

Relativamente ao provimento parcial da apelação e da remessa, para fixar os honorários em valor inferior a 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, *data venia* do eminente Relator, vou adotar um entendimento majoritário, ou melhor, unânime, da 5ª Turma, a respeito de honorários devidos pela Fazenda Pública, quando vencida na demanda. Em casos que tais, a 5ª Turma fixa, em regra, os honorários em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o que me parece adequado e justo para o caso, tendo em vista que a causa não comporta grande controvérsia fática e que a matéria já está decidida, já existe uma orientação jurisprudencial sobre o tema, não havendo excepcionalidade alguma que justifique honorários advocatícios diversos daquele que estou fixando neste momento.

Portanto, dou provimento, em parte, à apelação e à remessa em maior extensão do que o eminente Relator.

Oitava Turma

Apelação Cível

2006.33.00.016639-0/BA

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso
Apelante: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. José Luiz Gomes Rolo
Apelado: Sindicato da Indústria do Curtimento de Couros e Peles no Estado da Bahia – Sindicouros
Advogados: Dra. Virginia Cotrim Nery e outros
Remetente: Juízo Federal da 6ª Vara – BA
Divulgação: e-DJF1 de 05/02/2009
Publicação: 06/02/2009

Ementa

Tributário. PIS/Cofins. Não cumulatividade. Art. 195, § 12, da CF/1988 — EC 42/2003. Leis 10.637/2002, 10.833/2003 e 10.925/2004. Vedação de tratamento desigual a contribuintes em situações equivalentes. Art. 150, II, da CF/1988.

I - A EC 42/2003 — art. 195, § 12, da CF/1988 — e as Leis 10.637/2002, 10.833/2003 e 10.925/2004 estabeleceram hipóteses de não cumulatividade para as contribuições para o PIS e para a Cofins. Essas Leis majoraram significativamente as alíquotas das contribuições, com a contrapartida da não cumulatividade, gerando hipótese de créditos para os contribuintes.

II – A efetivação da não cumulatividade do PIS e da Cofins pressupõe a necessária previsão de deduções que digam respeito a operações anteriores do contribuinte, que possam ser aproveitadas posteriormente. As deduções previstas nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 não configuram benesse fiscal, mas verdadeiro pressuposto da não cumulatividade, no intuito de compensar o aumento da alíquota das contribuições para o PIS e a Cofins.

III – O art. 8º da Lei 10.925/2004 previu a não cumulatividade para o contribuinte que tenha como insumo ou matéria-prima de origem animal ou vegetal previsto na NCM (Nomenclatura Comum do Mercosul), desde que o produto final seja destinado à alimentação humana ou animal.

IV – Em razão do princípio da isonomia tributária, que veda ao ente tributante instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente — art. 150, II, da Constituição Federal de 1988 —, não se pode admitir o aumento significativo da alíquota das contribuições, sem a necessária contrapartida da não cumulatividade.

V – A isonomia tributária não permite que sejam excluídos da não cumulatividade prevista para as contribuições ao PIS e à Cofins os produtores que adquirem seus insumos ou matérias-primas de origem animal de pessoas físicas ou de cooperado pessoa física, pelo simples fato de não terem produto final destinado à alimentação humana ou animal, sem qualquer justificativa para tanto.

VI – Aplicável o crédito presumido criado pelo art. 8º, *caput* e § 3º, da Lei 10.925/2004, que permite às pessoas jurídicas que produzam mercadorias de origem animal ou vegetal, classificadas nos capítulos lá especificados da NCM, a dedução nas contribuições para o PIS e Cofins, tal como especificado na norma.

VII – Apelação cível e remessa oficial a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação cível e à remessa oficial, nos termos do voto da Relatora.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 25/11/2008.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — O Sindicato da Indústria do Curtimento de Couros e Peles no Estado da Bahia – Sindicouros alegou em sua inicial, em síntese, que:

I – as empresas filiadas ao autor recolhem a contribuição para o Cofins e para o PIS *na forma não cumulativa, uma vez que é compelido ao recolhimento do IRPJ pelo Lucro Real, por força da Lei 9.718/1998, art. 14 c/c Lei 10.833/2003, art. 1º* (fl. 5);

II – a Medida Provisória 66/2002 aumentou significativamente a alíquota da contribuição para o PIS (de 0,65% para 1,65%) e estabeleceu a não cumulatividade da contribuição. Contudo, a referida MP não permitiu o creditamento de insumos oriundos de pessoa física, o que onerou sobremaneira o autor. Alega não estar abrangida pela ressalva do art. 3º da MP 66/2002, que *estabeleceu o crédito presumido para determinadas empresas delimitadas em códigos da Nomenclatura Comum do Mercosul, que produzam mercadorias de origem animal ou vegetal destinados à alimentação humana ou animal* (fl. 6);

III – quanto à Cofins, afirma que a Lei 10.833/2003, a exemplo do que ocorreu com o PIS, pretendeu acabar com a cumulatividade de sua cobrança. Assim, a alíquota da Cofins passou de 3% para 7,6%, com a determinação da *não cumulatividade consubstanciada na constituição de créditos tributários (a serem utilizados para fins de redução da Cofins não cumulativa devida) derivados de determinadas despesas e custos incorridos, delimitados na MP* (fl. 10);

IV – igualmente ao ocorrido com a nova sistemática da cobrança do PIS, para a Cofins *fora instituída a regra da não cumulatividade para esse tributo, foram também criados mecanismos que vedam expressamente a utilização de determinados créditos decorrentes de insumos consumidos no processo produtivo da parte-autora*, notadamente quanto à vedação ao creditamento de

insumos adquiridos de pessoa física — art. 3º e §§ da Lei 10.833/2003 (fl. 10);

V – após sucessivas alterações e Medidas Provisórias, *atualmente, vige a regra da Lei 10.925/2004 para apuração do PIS e da Cofins que proíbe o creditamento das empresas na compra de insumos de pessoas físicas, e, por outro lado, estabelece um crédito presumido (de 60% a 35%) calculado sobre o valor dos bens e serviços utilizados como insumo na fabricação de produtos destinados à venda ou à prestação de serviços, adquiridos de pessoas físicas ou recebidos de cooperado pessoa física, desde que o produto final seja destinado à alimentação* (fl. 14);

VI – *assim é que as empresas filiadas ao Sindicato Autor (agroindústria/curtume), ao passo que sofreram forte acréscimo em sua carga fiscal de PIS e Cofins, uma vez que as alíquotas das referidas contribuições foram elevadas, estão proibidas de utilizar créditos desses tributos oriundos da compra de insumos de pessoas físicas* (fl. 14). Concluiu o autor que *a restrição ao crédito de PIS e Cofins para todas as empresas filiadas ao Sindicouros – BA, nos casos de compras de mercadorias de pessoa física, sem direito ao crédito presumido, resulta em tributação a maior do que a devida*.

Sendo assim, requereu o sindicato autor *a extensão às empresas filiadas do crédito presumido criado pelo art. 8º da Lei 10.925/2004, que permite às pessoas jurídicas que produzam mercadorias de origem animal ou vegetal, classificadas nos capítulos lá especificados da NCM, a dedução nas contribuições para o PIS e Cofins, de um crédito presumido (de 60% a 35%) calculado sobre o valor dos bens e serviços utilizados como insumo na fabricação de produtos destinados à venda ou à prestação de serviços, adquiridos de pessoas físicas ou recebidos de cooperado pessoa física*.

A União (Fazenda Nacional) apresentou contestação, em que refutou as alegações do autor, alegando, em síntese, que:

I – o suposto tratamento desigual alegado não se sustenta. É que, *aliada ao tipo de atividade econômica das empresas, junta-se, no que diz respeito à diferenciação de tratamento, a essencialidade da atividade e sua destinação, vez que ao limitar o direito ao crédito presumido, nos termos do art. 8º da Lei 10.925/2004, o legislador quis contemplar com o benefício aquelas empresas que destinam seus produtos à alimentação e não ao vestuário* (fl. 154); [...] *em razão da destinação de seus produtos e do tipo de atividade, somente certas empresas do ramo de agroindústria terão direito ao dito crédito presumido resultante da aquisição de insumos adquiridos de pessoas físicas ou cooperados pessoas físicas, não havendo nisso qualquer ofensa à isonomia* (fl. 155);

II – a determinação de alíquotas diferenciadas não implica malferimento à isonomia, e que *evidente que os produtos fabricados pelas associadas do demandante não cumprem a mesma função e não têm a mesma destinação daqueles produtos gerados pelas pessoas jurídicas contempladas no art. 8º da Lei 10.925/2004* (fl. 157);

Conclui pela *impossibilidade da extensão do benefício ali previsto às associadas do demandante*, e, assim, pugnou pela improcedência ao pedido do autor.

A MM. Magistrada sentenciante julgou procedente o pedido do sindicato, para *declarar a aplicabilidade, aos associados do autor, do crédito presumido criado pelo art. 8º, caput e § 3º, da Lei 10.925/2004, que permite às pessoas jurídicas que produzam mercadorias de origem animal ou vegetal, classificadas nos capítulos lá especificados da NCM, a dedução nas contribuições para o PIS e Cofins, de um crédito presumido (de 60% a 35%) calculado sobre o valor dos bens e serviços utilizados como insumo na fabricação de produtos destinados à venda ou à prestação de serviços, adquiridos de pessoas físicas ou recebidos de cooperado pessoa física*.

Fundamentou que *o princípio da igualdade é aplicável à hipótese, pois a discriminação criada pelas Leis 10.637/2002, 10.833/2003 e 10.925/2004 não encontram guarida na Constituição, implicando, em última instância, em uma diferenciação que, sem estar em conexão com o sentido da Emenda Constitucional 42/2003, traduz-se em situação mais benéfica através da possibilidade de utilização de crédito presumido, e que, a única alternativa processualmente viável de solução do conflito com tais objetivos é reconhecer que, em verdade, o crédito presumido, como garantia da não cumulatividade, deve*

ser aplicado aos substituídos do sindicato autor. Houve remessa (fls. 179/185).

Em suas razões de apelação, sustenta a União que a sentença indevidamente ampliou a relação constante nas leis em comento. Afirma que *a utilização de créditos presumidos de PIS e Cofins relativos a aquisições efetuadas junto a pessoas físicas, sendo certo, inclusive que o princípio da não cumulatividade tributária está sujeito à lei, como recomenda a própria Emenda Constitucional 42/2003, [...] e as leis, no caso específico, não possuem a abrangência imprimida pela sentença* (fls. 193/194). Aduz que para o PIS e a Cofins foi adotada técnica de apuração a sistemática da redução da base impositiva mediante créditos fictícios apurados em entradas eleitas de bens, serviços, encargos, custos e insumos ligados à atividade, fato que denota a inimportância do crédito financeiro, mas apenas a necessidade da existência de efetiva simbiose entre a origem das receitas de vendas e as operações de compras (entradas) originadoras dos créditos, o que é objeto de controle mediante registro em lei de forma exaustiva das hipóteses passíveis de geração de créditos. Encontrada a base de cálculo não cumulativa, aplica-se então a respectiva alíquota, pertinente ao regime geral ou a algum regime especial, se houver. Dessume-se daí que não existe, fora da lei, qualquer margem de manobra no sentido de ampliar os descontos tal como determinou a sentença (fls. 137/138).

Quanto à isonomia, afirma que *a lei imprimiu tratamento diferente a contribuintes que se encontram em situações de diferentes naturezas* (fl. 202), e que, sendo assim, no caso concreto, a discriminação efetuada pela Lei é válida, uma vez que as situações têm características diferentes entre si e, portanto, diferentes capacidades contributiva, documental e até mesmo social (fl. 203).

Por tais razões, pugna a União pela reforma da sentença.

Contrarrazões apresentadas pelo apelado, em que pleiteia a manutenção da sentença recorrida (fls. 212/239).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — A Constituição Federal de 1988 estabelece que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, mediante contribuições sociais (art. 195), entre as quais se incluem a contribuição para o PIS e a Cofins.

A Emenda Constitucional 42/2003 remeteu à lei a possibilidade de definição dos setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes sobre a receita ou o faturamento do empregador serão não cumulativas (art. 195, § 12º).

As Leis 10.637/2002, 10.833/2003 e 10.925/2004 estabeleceram hipóteses de não cumulatividade para as contribuições para o PIS e para a COFINS.

Em relação ao PIS, a Lei 10.637/2002 majorou a alíquota de 0,65% para 1,65% (art. 2º), determinando a não cumulatividade, uma vez que *do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:* [...] § 3º *O direito ao crédito aplica-se, exclusivamente, em relação: I – aos bens e serviços adquiridos de pessoa jurídica domiciliada no País; II – aos custos e despesas incorridos, pagos ou creditados a pessoa jurídica domiciliada no País* (art. 3º, §3º, I e II, da Lei 10.637/2002).

Quanto à Cofins, a Lei 10.833/2003 majorou a alíquota do tributo para 7,6% (art. 2º), estabelecendo, quanto à não cumulatividade, que *o direito ao crédito aplica-se, exclusivamente, em relação: I – aos bens e serviços adquiridos de pessoa jurídica domiciliada no País; II – aos custos e despesas incorridos, pagos ou creditados a pessoa jurídica domiciliada no País* (art. 3º, § 3º, da Lei 10.833/2003).

Ou seja, a modalidade de recolhimento estipulada pelas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 quanto ao PIS e a Cofins busca, nitidamente, acréscimo da carga tributária no último estágio da cadeia produtiva, com o devido aproveitamento dos valores pagos nas etapas anteriores.

Ocorre que, para corrigir distorções verificadas quanto à não previsão de crédito quando os insumos

são adquiridos de pessoas físicas, o que é muito comum no meio agrícola, culminou-se com o previsto no art. 8º da Lei 10.925/2004, *in verbis*:

Art. 8º. *As pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, que produzam mercadorias de origem animal ou vegetal, classificadas nos capítulos 2, 3, exceto os produtos vivos desse capítulo, e 4, 8 a 12, 15, 16 e 23, e nos códigos 03.02, 03.03, 03.04, 03.05, 0504.00, 0701.90.00, 0702.00.00, 0706.10.00, 07.08, 0709.90, 07.10, 07.12 a 07.14, exceto os códigos 0713.33.19, 0713.33.29 e 0713.33.99, 1701.11.00, 1701.99.00, 1702.90.00, 18.01, 18.03, 1804.00.00, 1805.00.00, 20.09, 2101.11.10 e 2209.00.00, todos da NCM, destinadas à alimentação humana ou animal, poderão deduzir da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, devidas em cada período de apuração, crédito presumido, calculado sobre o valor dos bens referidos no inciso II do caput do art. 3º das Leis 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, adquiridos de pessoa física ou recebidos de cooperado pessoa física. (Redação dada pela Lei 11.051, de 2004) (Vigência)*

[...] § 3º O montante do crédito a que se referem o caput e o § 1º deste artigo será determinado mediante aplicação, sobre o valor das mencionadas aquisições, de alíquota correspondente a:

I – 60% (sessenta por cento) daquela prevista no art. 2º das Leis 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, para os produtos de origem animal classificados nos Capítulos 2 a 4, 16, e nos códigos 15.01 a 15.06, 1516.10, e as misturas ou preparações de gorduras ou de óleos animais dos códigos 15.17 e 15.18; e

II – 50% (cinquenta por cento) daquela prevista no art. 2º das Leis 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, para a soja e seus derivados classificados nos Capítulos 12, 15 e 23, todos da TIPI; e (Redação dada pela Lei 11.488, de 2007)

III – 35% (trinta e cinco por cento) daquela prevista no art. 2º das Leis 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, para os demais produtos. (Incluído pela Lei 11.488, de 2007).

(Sem grifo no original.)

Assim, tendo-se em conta a norma destacada, foi prevista a não cumulatividade tão somente para o contribuinte que tenha como insumo ou matéria-prima de origem animal ou vegetal previsto na NCM, e, além disso, que seu produto final seja destinado à alimentação humana ou animal.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Federais Maria do Carmo Cardoso e Leomar Barros Amorim de Sousa e o Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos.

Na interpretação das normas deve-se atentar para os preceitos legais que estão integrados no sistema de regras e princípios, pois a presunção de legalidade, que legitima a atividade administrativa, deve ser considerada à luz das normas positivas, dos princípios gerais do Direito, dos bens e valores juridicamente tutelados e das garantias fundamentais.

Entre esses princípios, que não se pode desprezar, inclui-se o princípio da isonomia tributária, que veda ao ente tributante instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente — art. 150, II, da Constituição Federal de 1988.

Para a efetivação da não cumulatividade do PIS e da Cofins é necessária a previsão de deduções que digam respeito a operações anteriores da empresa, que possam ser aproveitadas posteriormente. Assim, as deduções previstas nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 não configuram benesse fiscal, mas verdadeiro pressuposto da não cumulatividade, no intuito de compensar o aumento da alíquota das contribuições para o PIS e para a Cofins.

Pura e simplesmente aumentar significativamente a alíquota das contribuições para os contribuintes filiados ao apelado, sujeitos à tributação do imposto de renda pelo lucro real, sem que tenham a contrapartida da não cumulatividade, com o aproveitamento relativo às suas matérias-primas ou insumos, não pode ser admitido.

A isonomia tributária não permite que sejam excluídos da não cumulatividade prevista para as contribuições ao PIS e à Cofins os produtores que adquirem seus insumos ou matérias-primas de origem animal de pessoas físicas ou de cooperado pessoa física, pelo simples fato de não terem produto final destinado à alimentação humana ou animal, mas destinado ao vestuário.

Em matéria tributária, as distinções podem se dar em função da capacidade contributiva ou por razões extrafiscais que estejam alicerçadas constitucionalmente, como na determinação de tratamento favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte (art. 146, III, d, da CF) — Paulsen, Leandro, in Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, 9ª edição, editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, p. 194.

Não se admite que contribuintes em situações equivalentes tenham tratamento desigual (art. 150, II, da CF/1988). Tal como asseverado pela Exma. Juíza sentenciante, com propriedade, que *adequando-se o conceito de isonomia ao de “situação equivalente”, a equivalência revela igualdade mais ampla. Referida igualdade exige absoluta consonância, ou seja, situações iguais na equivalência, mas diferentes na forma, não podem ser tratadas diversamente. A equivalência estende à similitude das situações a necessidade de tratamento igual pela política impositiva, afastando a tese de que os desiguais devem ser tratados, necessariamente, de forma desigual, pois os desiguais, em situação de aproximação devem ser tratados, pelo princípio da equivalência, de forma igual, em matéria tributária, visto que a igualdade absoluta, na equivalência, não existe, mas apenas a igualdade na equiparação de elementos (fl. 182).*

A situação de equivalência do apelado com aqueles expressamente previstos como autorizados ao regime de não cumulatividade é patente. As Leis 10.637/2002, 10.833/2003 e 10.925/2004 não apresentaram elementos que legitimassem o tratamento diferenciado entre os contribuintes que estejam em situação equivalente. Não há permissão constitucional para a discriminação efetivada, de que somente aqueles produtores cujo produto final seja destinado à alimentação humana ou animal fazem jus ao creditamento dos insumos.

Portanto, deve ser mantida a sentença para reconhecer a aplicabilidade, aos associados do autor, do crédito presumido criado pelo art. 8º, *caput* e § 3º, da Lei 10.925/2004, que permite às pessoas jurídicas que produzem mercadorias de origem animal ou vegetal, classificadas nos capítulos lá especificados da NCM, a dedução nas contribuições para o PIS e Cofins, de um crédito presumido (de 60% a 35%) calculado sobre o valor dos bens e serviços utilizados como insumo na fabricação de produtos destinados à venda ou à prestação de serviços, adquiridos de pessoas físicas ou recebidos de cooperado pessoa física.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos (convocado): — O Sindicato da Indústria do Curtimento de Couros e Peles no Estado da Bahia ajuizou ação ordinária, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, contra a União (Fazenda Nacional), objetivando a declaração do direito de seus filiados ao crédito presumido criado pelo art. 8º da Lei 10.925/2004, desde a data da sua criação, que permite às pessoas jurídicas que produzem mercadorias de origem animal ou vegetal, classificadas nos capítulos especificados na Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM, a dedução nas contribuições para o PIS e Cofins, de um crédito presumido (de 60% a 35%) calculado sobre o valor dos bens e serviços utilizados como insumo na fabricação de produtos destinados à venda ou à prestação de serviços, adquiridos de pessoas físicas ou recebidos de cooperado pessoa física, em respeito aos princípios da isonomia tributária e da livre concorrência.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi indeferido (fls. 133/135), de cuja decisão não foi interposto recurso.

Após a contestação da União (fls. 153/165) e a impugnação do autor (fls. 167/177), a magistrada *a quo* proferiu sentença (fls. 179/185), julgando procedente o pedido, para declarar a aplicabilidade, aos associados do autor, do art. 8º, *caput* e § 3º, da Lei 10.925/2004, que permite às pessoas jurídicas que produzam mercadorias de origem animal ou vegetal, classificadas nos capítulos especificados da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM, a dedução nas contribuições para o PIS e Cofins de um crédito presumido (de 60% a 35%), calculado sobre o valor dos bens e serviços utilizados como insumo na fabricação de produtos destinados à venda ou à prestação de serviços, adquiridos de pessoas físicas ou recebidos de cooperado pessoa física. Condenou a União ao ressarcimento das custas processuais e ao pagamento da verba honorária fixada em R\$ 1.000,00 (hum mil reais).

A União (Fazenda Nacional) interpôs recurso de apelação, sustentando, em síntese, que a técnica da não cumulatividade do IPI tem como fundamento o disposto no art. 153, § 3º, II, da CF/1988. Afirma que a Carta Magna vedou a cumulatividade, que fica inibida por um sistema de abatimento consistente na faculdade de o contribuinte, no momento da liquidação

da obrigação tributária, deduzir, por compensação, no todo ou em parte, crédito de imposto já previamente determinado e escriturado. Alega ser imprescindível que o IPI a ser objeto de creditamento tenha sido efetivamente pago e tenha incidido sobre bens que compoñam o ciclo de industrialização, ou seja, que venham, de alguma forma, a agregar-se ao produto final, passando a integrar o corpo físico deste.

Assevera, ademais, que, no caso da aplicação da não cumulatividade, no tocante às contribuições para o PIS e a Cofins, foi adotada como técnica de apuração a sistemática da redução da base imponible mediante créditos fictícios apurados em entradas eleitas de bens, serviços, encargos, custos e insumos ligados à atividade, fato que denota a não importância do crédito financeiro, mas apenas a necessidade da existência de efetiva simbiose entre a origem das receitas de vendas e as operações de compras que dão origem aos créditos. Afirma a inexistência de qualquer margem de manobra no sentido de ampliar os descontos conforme entendeu a sentença. Sustenta a inexistência de quebra do princípio da isonomia e da capacidade tributária (fls. 188/205).

Em contrarrazões, o autor pugna pela manutenção da sentença (fls. 212/239).

Contra a decisão do magistrado *a quo*, que recebeu o recurso de apelação da União nos efeitos devolutivo e suspensivo, o autor interpôs agravo de instrumento, autuado nesta Corte sob o número 2007.01.00.036775-6/BA, ao qual, por decisão monocrática, foi negado seguimento, nos termos do art. 557 do CPC.

Às fls. 296/311, o Sindicato autor junta memorial, repisando as razões para a prevalência do direito reconhecido na sentença, bem assim pleiteando seja analisado e definido o direito à compensação do crédito presumido do PIS/Cofins, decorrente da aquisição de insumo de pessoa física, permitindo a aplicação do disposto no art. 16 da Lei 11.116/2005 ou da determinação contida no art. 74 da Lei 9.430, que permitem a compensação do referido crédito presumido com qualquer tributo administrado pela Receita Federal do Brasil, afastando, em definitivo, as restrições contidas no art. 2º do Ato Declaratório Interpretativo (ADI) da Secretaria da Receita Federal 15/05 e no art. 8º, § 3º, I e II, da Instrução Normativa SRF 660/06.

Na sessão de julgamento de 30/09/2008, a relatora Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

negou provimento à apelação e à remessa oficial, mantendo a sentença.

Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

Inicialmente, transcrevo trecho do memorial oferecido pelo Sindicato autor, juntado às fls. 296/311, que identifica os contornos da causa, *verbis*:

(...)

A presente ação ordinária, como dito alhures, foi proposta com o objetivo de estender estes benefícios para os filiados do Sindicouros; uma vez que a não concessão deste crédito para este seguimento do setor industrial, consiste num aumento considerável do ônus fiscal para os curtumes; na medida em que estes compram seus insumos integralmente de produtores rurais, sempre constituídos como pessoas físicas, sem a possibilidade de creditamento ordinário das contribuições em apreço, fato que acarreta violação dos princípios da não cumulatividade, isonomia e livre concorrência.

A questão ora *sub judice*, portanto, cinge-se à alegação de violação aos princípios da não cumulatividade e de tratamento não isonômico aos contribuintes, quanto à incidência e recolhimento das contribuições sociais do PIS e da Cofins, considerando as alterações promovidas pela EC 42/2003 e pelas Leis 10.637/2002, 10.833/2003, 10.865/2004 e 10.925/2004.

É cediço que tanto o PIS quanto a Cofins, nos últimos anos, passaram por diversas alterações em seus regramentos.

O princípio da não cumulatividade foi introduzido na sistemática de apuração do PIS pela edição da MP 66/2002, convertida na Lei 10.637/2002. O mesmo ocorreu em relação à Cofins, com a edição da MP 135/2003, convertida na Lei 10.833/2003.

A despeito de ambas as leis citadas terem feito menção às situações geradoras de crédito que poderiam utilizar o mecanismo do crédito presumido, excepcionaram da apontada sistemática as receitas advindas de pessoas jurídicas não domiciliadas no País e de pessoas físicas.

O art. 3º, §3º, dos aludidos veículos normativos introdutórios das normas do PIS e da Cofins, possui a seguinte redação, confira-se:

Art. 3º. Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

(...)

§ 3º. O direito ao crédito aplica-se, exclusivamente, em relação:

I – aos bens e serviços adquiridos de pessoa jurídica domiciliada no País;

II – aos custos e despesas incorridos, pagos ou creditados a pessoa jurídica domiciliada no País;

(...)

Ressalte-se, ainda, que em 19/12/2003, com o advento da Emenda Constitucional 42/2003, que alterou a redação do art. 195 da CF/1988, o princípio da não cumulatividade das contribuições foi elevado ao patamar constitucional, com a seguinte redação:

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

I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

(...)

b) a receita ou o faturamento:

(...)

§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do *caput*, serão não cumulativas.

Nos termos do art. 8º da Lei 10.925/2004, foi criado um crédito extraordinário, presumido, na ordem de 60% dos créditos das contribuições do PIS e da Cofins, para as pessoas jurídicas agroindustriais produtoras de mercadorias de origem animal ou vegetal, em relação a bens adquiridos de pessoa física ou recebidos de cooperado pessoa física, desde que tais mercadorias fossem destinadas à alimentação humana ou animal, classificadas nos códigos da NCM, lá especificados, *verbis*:

Art. 8º. As pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, que produzam mercadorias de origem animal ou vegetal, classificadas nos capítulos 2, 3, exceto os produtos vivos desse capítulo, e 4, 8 a 12, 15, 16 e 23, e nos códigos 03.02, 03.03, 03.04, 03.05, 0504.00, 0701.90.00, 0702.00.00, 0706.10.00, 07.08, 0709.90, 07.10, 07.12 a 07.14, exceto os códigos 0713.33.19, 0713.33.29 e 0713.33.99, 1701.11.00, 1701.99.00, 1702.90.00, 18.01, 18.03, 1804.00.00, 1805.00.00, 20.09, 2101.11.10 e 2209.00.00, todos da NCM, destinadas à alimentação humana ou animal, poderão deduzir da Contribuição para o PIS/Pasep

e da Cofins, devidas em cada período de apuração, crédito presumido, calculado sobre o valor dos bens referidos no inciso II do *caput* do art. 3º das Leis 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, adquiridos de pessoa física ou recebidos de cooperado pessoa física. (Resolução dada pela Lei 11.051, de 2004.)

Observo que a magistrada *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido para declarar a aplicabilidade, aos associados do autor, do art. 8º, *caput* e § 3º, da Lei 10.925/2004, que permite às pessoas jurídicas que produzam mercadorias de origem animal ou vegetal, classificadas nos capítulos lá especificados da NCM, a dedução nas contribuições para o PIS e Cofins, de um crédito presumido (de 60% a 35%) calculado sobre o valor dos bens e serviços utilizados como insumo na fabricação de produtos destinados à venda ou à prestação de serviços, adquiridos de pessoas físicas ou recebidos de cooperado pessoa física, valendo-se dos relevantes fundamentos a seguir transcritos:

Nessa linha, tendo a Emenda Constitucional 42/2003 tratado de permitir importante alteração da base de cálculo do PIS e Cofins, contemplou todos os setores e subsetores da atividade-fim em que se inclui a categoria econômica dos substituídos, e não apenas as agroindústrias vinculadas à NCM (que produzem mercadorias de origem animal e vegetal destinadas à alimentação humana ou animal).

O princípio da igualdade é aplicável à hipótese, pois a discriminação criada pelas Leis 10.637/2002, 10.833/2003 e 10.925/2004 não encontram guarida na Constituição, implicando, em última instância, em uma diferenciação que, sem estar em conexão com o sentido da Emenda Constitucional 42/2003, traduz-se em situação mais benéfica através da possibilidade de utilização de crédito presumido (apenas a determinado grupo produtor).

(...)

A única alternativa processualmente viável de solução do conflito com tais objetivos é reconhecer que, em verdade, o crédito presumido, como garantia da não cumulatividade, deve ser aplicado aos substituídos do sindicato autor.

Nesses termos, trata-se de uma interpretação conforme à constituição, restaurar principiologicamente a isonomia quebrada pelas leis em questão, reconhecendo a relação de pertinência dos substituídos, ao universo a ser alcançado pela não cumulatividade, estabelecida nos moldes do art. 8º da Lei 10.925/2004.

Posta assim a questão, tenho que a sentença merece ser confirmada, eis que na Exposição de Motivos que acompanhou a Medida Provisória 66/2002 (Lei 10.637/2002), o Ministro da Fazenda justifica a criação do crédito presumido disposto no § 5º do art. 3º desses instrumentos normativos, da seguinte forma:

Excelentíssimo Senhor Presidente da República

Tenho a honra de submeter à apreciação de Vossa Excelência a proposta de edição de Medida Provisória que dispõe sobre a não cumulatividade na cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), nos casos que especifica; sobre os *procedimentos para desconsideração de atos ou negócios jurídicos, para fins tributários*; sobre o pagamento e o parcelamento de débitos tributários federais, a compensação de créditos fiscais, a declaração de inaptidão de inscrição de pessoas jurídicas, a legislação aduaneira, e dá outras providências.

2. A proposta, de plano, dá curso a uma ampla reestruturação na cobrança das contribuições sociais incidentes sobre o faturamento. Após a instituição da cobrança monofásica em vários setores da economia, o que se pretende, na forma desta Medida Provisória, é, gradualmente, proceder-se à introdução da cobrança em regime de valor agregado — inicialmente com o PIS/Pasep para, posteriormente, alcançar a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins).

3. O modelo ora proposto traduz demanda pela modernização do sistema tributário brasileiro sem, entretanto, pôr em risco o equilíbrio das contas públicas, na estrita observância da Lei de Responsabilidade Fiscal. Com efeito, constitui premissa básica do modelo a manutenção da carga tributária correspondente ao que hoje se arrecada em virtude da cobrança do PIS/Pasep.

4. Cumpre esclarecer que qualquer alteração que tenha por premissa manter o montante arrecadado implica, necessariamente, a redistribuição da carga tributária entre setores.

5. No caso específico do setor agroindustrial, constata-se uma significativa relevância na aquisição de insumos que, no modelo proposto, não resultaria em transferência de créditos, porquanto não estão sujeitos à tributação — como é o caso de insumos adquiridos de pessoas físicas.

6. Isto posto, optou-se por conceder um crédito presumido no montante correspondente a setenta por cento das aquisições de insumos feitas a pessoas físicas, com vistas a minorar o desequilíbrio entre débitos e créditos. Esse crédito presumido

será adicionado aos créditos naturalmente já admitidos no modelo.

O objetivo do princípio da não cumulatividade é tributar apenas o valor agregado em cada etapa produtiva, no intuito de não onerar apenas uma das etapas. Esse princípio, ao ser alçado ao nível constitucional, acabou por estabelecer, na verdade, uma limitação ao poder de tributar, alterando substancialmente os tributos ora analisados e constituindo-se em um vetor ao legislador infraconstitucional, sem possibilitar interpretações restritivas. Dessa forma, tal garantia, quando conferida a determinando setor de atividade econômica, deve alcançar todas as empresas a ele pertencentes.

Sobre o assunto, trago à baila a lição do Professor Paulo de Barros Carvalho, que ensina que “o princípio da não cumulatividade é do tipo limite objetivo; impõe técnica segundo a qual o valor de tributo devido em cada operação será compensado com a quantia tributação, respeito à capacidade contributiva e uniformidade na distribuição da carga tributária sobre as etapas de circulação e de industrialização de produto” (*in Curso de Direito Tributário*, Editora Saraiva, 19ª edição, p. 186).

O crédito presumido extraordinário (de 60% a 35%), com fundamento nesta sistemática (não cumulatividade), previsto no art. 8º da Lei 10.925/2004, concedido apenas às empresas produtoras de mercadorias de origem animal e vegetal, destinadas à alimentação humana ou animal, confere a estas um tratamento mais benéfico, trazendo impactos consideráveis sobre a competitividade entre as empresas pertencentes ao mesmo setor, o agroindustrial.

No caso dos autos, os associados do sindicato autor viram-se privados do exercício deste crédito presumido, uma vez que produzem mercadorias destinadas à indústria têxtil. Tal omissão legislativa, ao meu ver, representa ofensa aos princípios tributários da isonomia e capacidade contributiva.

O princípio da isonomia é considerado um sobreprincípio por ser um dos principais vetores orientadores do legislador ordinário, quando da elaboração das normas voltadas também para o Direito Tributário.

Nesse sentido, se posiciona a doutrina, conforme se colhe da transcrição a seguir:

O princípio da igualdade, como regra jurídica, tem um caráter suprapositivo, anterior ao Esta-

do, e que mesmo se não constasse do texto constitucional, ainda assim teria de ser respeitado. (*in Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, 2ª edição, p. 158; Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco).

A lei, conforme ressalta Celso Antônio Bandeira de Melo, *não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o enunciado político-econômico absorvido pelo princípio da isonomia e jurisdicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes* (*O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, Malheiros Editores, 3ª tiragem, p. 10).

Existem situações, contudo, em que é necessário que a lei imponha tratamentos jurídicos diversos, porque, afinal de contas, a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Para reconhecer as diferenciações que podem ser feitas sem que ocorra a quebra da isonomia, sirvo-me, ainda, dos ensinamentos do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que orienta que seja investigado, de um lado, “aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o respectivo tratamento jurídico constituído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se há correlação ou fundamento racional abstratamente exigente com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional”.

No caso dos autos, o critério discriminatório utilizado para dar tratamento diferenciado a certas empresas em detrimento de outras do setor agroindustrial foi a produção de mercadorias de origem animal e vegetal, destinadas à alimentação humana ou animal.

A meu ver, esse fator eleito pelo legislador ordinário para discriminar não é razoável, pois não há que se estabelecer discriminação entre empresas do mesmo setor de atividade econômica, uma vez que estas se encontram em situação equivalente.

Qual a razão para se conceder tratamento jurídico diferenciado aos produtores de mercadorias destinadas à alimentação humana ou animal em detrimento das demais empresas do setor agroindustrial?

Tal regra pode propiciar um paradoxo, qual seja, o de permitir que um mesmo insumo, produzido por um mesmo produtor rural, pessoa física, adquirido por várias indústrias do mesmo setor, tenha o crédito presumido daquela etapa produtiva abatido somente no caso de ser adquirido por indústria de alimentos; enquanto que, se adquirido por uma têxtil, por exemplo, não o terá.

Tendo sido reconhecida a existência de tal crédito pela regra de incidência tributária, naquela etapa produtiva, observando o princípio da isonomia, entendendo que este crédito deve ser abatido por todas as empresas pertencentes ao mesmo setor econômico, uma vez que elas devem ser consideradas de maneira uniforme.

Outrossim, merece destaque que a única justificativa apresentada pela Fazenda Nacional, sendo este o ponto central dos fundamentos utilizados em seu recurso de apelação, é a de que os valores de PIS e Cofins nunca foram acrescentados nos insumos produzidos por pessoa física, simplesmente por jamais terem incidido antes sobre as mercadorias adquiridas, originárias das pessoas físicas, porque estas não recolhem um centavo de PIS e Cofins.

Essa assertiva, contudo, é genérica e alcança, também, os produtores de mercadorias destinadas a alimentação humana ou animal, que adquirem insumos de pessoas físicas, e usufruem do benefício previsto no art. 8º da Lei 10.925/2004. Esse fundamento, por si só, não autoriza a diferenciação, sem a quebra da igualdade das respectivas empresas, porque pertencentes ao mesmo setor.

Mesmo se assim não fosse, considero que as pessoas físicas sujeitam-se ao pagamento dessas contribuições, uma vez que, quando adquirem insumos (máquinas, adubo, ração), neles vêm embutidos PIS e Cofins que, efetivamente, são incorporados no custo do produto, sendo este o valor no qual se consubstancia o crédito.

Vale a pena citar trecho do voto proferido no julgamento do REsp 1008021/CE, da relatoria da Ministra Eliana Calmon, publicado no *DJ* de 11/04/2008, que, apesar de tratar de matéria diversa destes autos, reconhece que o produtor rural, pessoa física, recolhe PIS e Cofins, *verbis*:

(...) mesmo quando o produtor-exportador adquire matéria-prima ou insumo agrícola diretamente do produtor rural pessoa física, paga, embutido no preço dessas mercadorias o tributo (PIS/Cofins) indiretamente em outros insumos e empregados no respectivo processo produtivo.

(...)

Por fim, quero aqui registrar, como argumento jurídico que entendo de absoluta relevância, o fato de se tratar de exação que é extremamente gravosa ao contribuinte, o que autoriza o julgador a dar uma interpretação que venha ao encontro do interesse social.

Com estas considerações, acompanho o voto da eminente Relatora para negar provimento à apelação e à remessa oficial.

É o voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim: — Senhora Presidente, estou de acordo. Observo que, às vezes, em razão dos precedentes, da própria interpretação da norma, nesse sentido mais benigno, mais benéfico, termina-se por criar um fato que vai, depois, repercutir no Legislativo, no sentido de estender esse benefício a outras categorias de empresa.

Agravo de Instrumento

2008.01.00.067575-4/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente

Decisão: 10/12/2008

Divulgação: e-DJF1 de 09/01/2009

Publicação: 12/01/2009

Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel contra decisão proferida pelo douto juízo da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos da ação civil pública movida por Pro Teste Associação Brasileira de Defesa do Consumidor contra a União Federal e outros, deferindo o pedido de antecipação da tutela ali formulado, nestes termos:

A requerente pleiteia a reconsideração da decisão que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Transcreverei a aludida decisão, porque essencial para contextualizar a pretensão da requerente, para reafirmar a subsistência dos fundamentos da aludida decisão e para, primordialmente, justificar o deferimento do pedido de reconsideração em razão de novo e premente argumento.

A requerente pretende obter a antecipação dos efeitos da tutela para suspender os efeitos do Decreto 4.769/2003, que estabeleceu novo Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público – PGMU, e do Decreto 6.424/2008, que alterou tais metas, bem assim para suspender os aditamentos aos contratos de concessão firmados em 08/04/2008.

Informa que uma das condições para a renovação dos contratos de concessão para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC era o cumprimento das metas de universalização voltadas à disponibilização de infraestrutura.

Como os contratos foram renovados no ano de 2005, afirma o cumprimento das metas estaria atestado, de modo que seria chegada a hora de redução dos preços das tarifas, em especial a assinatura básica.

Isso porque, conquanto haja infraestrutura de STFC disponível, os cidadãos menos favorecidos não têm acesso ao serviço, na medida em que não dispõem de recursos financeiros para fazer frente ao custo da assinatura básica.

Tanto é assim que houve regresso no número de habilitados ao serviço, o que não poderia ser imputado à tendência mundial de supremacia dos telefones móveis diante dos fixos.

De fato, nos países desenvolvidos a redução de adesões à telefonia fixa teve lugar após maciça contratação do serviço, o que significa que se teria dado em decorrência de opção dos consumidores.

No Brasil, diversamente, a população carente não teria opção entre o serviço de telefonia fixa e o serviço móvel.

Seria conduzida, em razão de seu baixo poder aquisitivo, a contratar um telefone celular pré-pago, através do qual se limitaria a receber chamadas, já que as tarifas do serviço são elevadíssimas. Quando necessitasse fazer ligações, socorrer-se-ia de telefones públicos.

Ainda, correria o risco de nem mesmo poder contratar um celular pré-pago nos locais em que não há cobertura do serviço, com o que quedaria ao largo do serviço de telecomunicação.

Tudo isso denotaria, na realidade, que a universalização não foi completa sob o ponto de vista do acesso à infraestrutura já disponível e que há demanda reprimida do STFC nas classes C, D e E.

A deficiência deveria ser corrigida com o reconhecimento do cumprimento da meta estrutural e da consequente desnecessidade de pagamento das tarifas nos moldes vigentes na época em que a meta estava em fase de execução.

Não obstante, o Decreto 4.769/2003 ampliou as metas de universalização para prever a necessidade de instalação, em todos os municípios brasileiros, de Postos de Serviços de Telecomunicações – PSTs que contassem com telefone público, aparelho de fax e acesso discado à internet.

Antes que tais metas fossem cumpridas, foram alteradas pelo Decreto 6.424/2008 para impor às concessionárias a obrigação de prover todos os municípios brasileiros que não tenham acesso à internet banda larga de infraestrutura a tanto necessária.

Sustenta que a alteração das metas não observou o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, visto que as empresas cuja área de concessão tenha baixa densidade de banda larga teriam ônus superior às demais empresas.

Afirma a ilegalidade do último decreto, porquanto incluiu nos contratos de concessão do STFC, por meio de metas de universalização, serviços que não são prestados sob o regime público e não se classificam como STFC, senão que como Serviço de Comunicação Multimídia – SCM.

Ainda, permitiu que o SCM, modalidade diversa do STFC, fosse prestado pelas concessionárias sem outorga específica e sem licitação, em confronto com as Leis 9.472/1997 e 8.666/1993.

Avalizou que os recursos destinados a fazer frente às despesas das concessionárias com o cumprimento das metas de universalização do STFC fossem utilizados em modalidade diversa de serviço.

Sustenta que o aludido decreto ignorou os propósitos estatuidos pelo decreto anterior no sentido de que estimular a competição entre as empresas exploradoras dos serviços de telecomunicação e assegurar o acesso individualizado do cidadão ao menos a um serviço de telecomunicação e a modicidade das tarifas.

Encerra consignando que a inclusão do SCM nas metas do STFC importa prejuízo aos consumidores, visto que eles acabarão por arcar, através da manutenção das elevadas tarifas, com os custos para a implantação da estrutura de internet banda larga.

A Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel manifestou-se no prazo que lhe confere o art. 2º da Lei 8.437/1992, oportunidade em que esclareceu que as metas de universalização do STFC são periódicas, pautando-se pela demanda atual e pela evolução tecnológica.

A inovação do Decreto 6.424/2008 na matéria diria respeito à implantação de infraestrutura de rede de suporte do STFC para conexão em banda larga, intitulada backhaul pelo art. 3º da norma.

Logo, não se trataria de nova modalidade de serviço, diferente do STFC, senão que de nova infraestrutura utilizada para prestar esse serviço em alta velocidade, bem como para viabilizar a prestação do Serviço de Comunicação Multimídia – SCM.

A prestação do SCM não tocaria às concessionárias do STFC, mas às empresas a tanto contratadas mediante prévia licitação, o que significa que não haveria outorga de serviço sem ato específico e sem licitação.

Caberia às concessionárias, frise-se, disponibilizar o backhaul, que seria utilizado por elas para otimizar o STFC e, pelas futuras concessionárias do SCM, para oferecer o acesso à internet banda larga.

A Anatel acrescentou que a substituição da meta de instalação do PST pelo backhaul foi reputada economicamente viável diante dos custos calculados pelo Centro de Pesquisa de Desenvolvimento em Telecomunicações – CPqD, por isso que não seria necessário o recurso ao FUST.

A alegada desproporção de custos entre as concessionárias para a implantação do backhaul não seria pertinente, já que a Telesp teria pago ágio muito superior ao pago pela OI na aquisição da concessão.

De toda forma, ainda que se constatasse adiante que os custos para a concretização da nova meta não seriam integralmente cobertos pela exploração do STFC, poderia haver uso do FUST, desde que precedido de licitação.

A Agência averbou ainda que os custos de universalização não têm relação com as tarifas cobradas pelo STFC, cujo reajuste conta com índices próprios, e que o reajuste faz-se sobre toda a cesta de serviços, e não apenas sobre a assinatura básica.

Sustentou a existência de risco de perecimento do direito reverso, já que a suspensão do novo plano de metas atingirá aproximadamente 55.000 (cinquenta e cinco) mil escolas públicas.

A autora contrapôs-se à manifestação da Anatel, basicamente sob o argumento de backhaul não pode ser considerado modalidade de STFC, tampouco infraestrutura para suporte de STFC.

Para fazer prova da assertiva, juntou parecer de engenheiro eletricitista e documento elaborado pela Abusar – Associação Brasileira dos Usuários de Acesso Rápido.

Antes que esse Juízo apreciasse o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, a autora novamente compareceu aos autos, agora para noticiar que os aditamentos contratuais assinados entre a Anatel e as concessionárias do STFC não previram a reversão do backhaul ao termo da avença.

Decorreria daí que rede privada seria financiada com receita proveniente da tarifa do serviço prestado em regime público e, eventualmente, com os recursos do Fust.

É o relatório. Decido.

O deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela condiciona-se a dois requisitos, quais sejam, a plausibilidade do direito invocado e o risco de seu perecimento caso a pretensão seja acolhida apenas ao fim do processo.

Nesse exame de cognição sumária, não vislumbro a presença do primeiro requisito. Inicialmente, anoto minha anuência, em tese, a grande parte dos argumentos deduzidos pela autora na petição inicial.

Com efeito, se o backhaul não puder ser considerado modalidade de STFC, tampouco infraestrutura para suporte de STFC, sua inclusão como meta de universalização do referido serviço afronta diversos dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações e da Lei de Licitações.

Malgrado a extensão da internet banda larga seja extremamente vantajosa à população, não poderia ser feitas à custa das tarifas do STFC e, eventualmente, do FUST.

Isso porque, sendo necessário manter o valor das tarifas do STFC, ou mesmo as aumentar para custear a universalização da banda larga, privar-se-ia a população mais carente de realmente ter acesso individualizado ao STFC, já que não pode pagar essas tarifas.

E acesso não significa apenas a disponibilização da infraestrutura do serviço, senão que a possibilidade de sua contratação.

Como a assinatura básica é atualmente proibitiva para a família que ganha um salário mínimo — e há famílias que nem isso ganham — essa família é inexoravelmente conduzida para os telefones celulares pré-pagos como a única forma viável de se comunicar.

Nem se pode dizer que a perda dessa camada de consumidores pelas concessionárias do STFC é prejudicial às empresas, já que, regra geral, elas são acionistas das concessionárias de serviço de telefonia móvel.

Nem se afirme, ademais, que a universalização da banda larga suprirá a impossibilidade de os brasileiros mais carentes terem acesso individualizado ao STFC, eis que, se eles não podem pagar assinatura básica, é lógico que não podem adquirir um computador.

Por fim, não ignoro que, por mais que haja licitação antes da outorga da prestação do serviço de banda larga, o fato de as concessionárias do STFC serem proprietárias da infraestrutura — edificada com recursos públicos, não se olvide — faz com que elas tenham imensas vantagens em eventual certame.

Como não terão que pagar pela rede, poderão oferecer preços baixíssimos e, ainda que tenham concorrentes em tese, na prática seus preços alijarão outras prestadoras do mercado, a menos que a Anatel adote política para as excluir da licitação ou lhes impor ônus diferenciados.

Não obstante minha anuência aos argumentos da autora, o extenso relatório demonstrou que o enfrentamento da arguição de utilização dos recursos do STFC para custear modalidade diversa de serviço demanda o esclarecimento de questão técnica: se o backhaul é modalidade de STFC ou infraestrutura para suporte de STFC.

Com efeito, caso a resposta a um desses pontos seja positiva, os atos impugnados têm respaldo, eis que a universalização da banda larga, como estrutura de STFC, poderia ser inserta entre as metas de universalização do serviço, prestado em caráter público.

Diversamente, concluindo-se que o backhaul é suporte exclusivo de Serviço de Comunicação Multimídia – SCM, sua extensão não pode ser erigida como meta de universalização do STFC, embora seja essencial que toda a população tenha acesso à internet banda larga.

Caberá ao ente regulador, nessa hipótese, aventar outra forma de universalizar a banda larga que não o uso de recursos destinados ao STFC.

O certo é que, na atual fase do processo, não há prova técnica idônea, produzida sob o manto do contraditório, que evidencie a real natureza do backhaul, o que significa que não há prova inequívoca de que ele difere do STFC.

Este Juízo não pode ser basear em documentos trazidos pela autora para suspender os decretos impugnados e os contratos, o que importaria, em última instância, na descontinuidade da prestação do STFC, quando é fato que existe Decreto do Presidente da República (art. 3º do Decreto 6.424/2008), veículo de política pública sujeita à discricionariedade administrativa, que define o backhaul como “infraestrutura de rede de suporte do STFC para conexão em banda larga, interligando as redes de acesso ao backbone da operadora.”

Nesse rumo, apenas prova cabal que desconstitua a presunção de legitimidade e de veracidade do dispositivo, demonstrando que o backhaul não é STFC, dará azo ao deferimento da antecipação dos efeitos da tutela. Por ora, indesviável é o indeferimento do pedido.

O argumento de que não se observou a equivalência financeira entre a meta substituída e a meta atual e que essa última meta impôs obrigações desproporcionais às concessionárias igualmente prescinde de prova técnica, visto que estudo pretérito concluiu pela equivalência, bem como a oitiva das empresas rés.

De início, corrijo o erro material do último parágrafo transcrito, para substituir a expressão “prescinde de” por “demanda”.

Em seguida, anoto a higidez dos fundamentos da decisão quanto à inexistência de prova inequívoca de que o backhaul não é infraestrutura para o STFC, o que somente será dirimido através de prova técnica a ser produzida tão logo todas as partes apresentem resposta.

De fato, ao compulsar a contestação da União Federal e os documentos que a instruem, verifiquei que a inserção do backhaul entre as metas de universalização decorreu do elogiável propósito da União Federal de promover a inclusão digital do Brasil e do aval concedido pela consultoria jurídica para a medida.

O órgão consultivo pautou-se na premissa de que, se a infraestrutura em debate também viabilizar a prestação do STFC, além do SCM, não haveria óbice à inclusão dentre as metas e, de conseguinte, ao uso de recursos públicos, dentre os quais o do FUST.

Anotou que não seria imprescindível que o backhaul fosse voltado unicamente para o STFC, senão que bastaria que ele fosse suporte do serviço, ainda que se prestasse a outros serviços de âmbito privado.

Não haveria mácula à exigência de licitação, eis que as concessionárias de STFC lançariam mão da nova estrutura sem licitação apenas para prestar o serviço concedido. O SCM seria prestado em regime privado, antecedido de licitação.

Por fim, o backhaul, havendo sido incluído no rol de metas de universalização do STFC e sendo utilizado para a prestação desse serviço em regime público, seria reversível, a despeito de ser suporte para serviços prestados em regime privado.

Colaciono a passagem da contestação que trata do tema, e que cuida em verdade da transcrição de um parecer da Anatel, para que não parem dúvidas sobre a posição da administração sobre a reversibilidade dos bens (fls. 636/637):

2.3.18. Finalmente, entendido o backhaul como parte integrante do STFC, passível de universalização, vale destacar que os bens diretamente afetados à prestação dos serviços objeto da concessão são, por definição legal e contratual, sujeitos à reversão no término do contrato, e que os bens marcados com a cláusula de reversibilidade devem ser transferidos ao Poder Concedente quando o contrato de concessão for extinto.

2.3.19. Entre os bens reversíveis que figuram nos contratos de STFC — tanto na modalidade local, quanto na de longa distância — incluem-se os recursos vinculados às respectivas redes de suporte. Assim, os equipamentos que proporcionem o aumento da capacidade da rede de STFC (backhaul), instalados a partir de recursos destinados à universalização do STFC, passarão necessariamente a integrar o acervo da concessão. Esta afetação ocorrerá mesmo que, na presente conjuntura, tais equipamentos se destinem basicamente à exploração industrial, isto é, ao atendimento de outros prestadores de serviços (como o SCM).

3.20. Em suma, o backhaul que seja instalado no escopo de atendimento de uma meta de universalização do STFC passará a integrar formalmente a rede deste serviço e, como tal, deve ser considerado bem de caráter reversível.

Esse o ponto, não examinado na decisão anterior e nem na decisão que enfrentou os embargos de declaração, com o fito de permitir a prévia oitiva das requeridas, que me faz reconsiderá-la.

A União Federal já apresentou contestação, amparada em manifestações da Anatel, o que me autoriza a analisar o argumento deduzido pela requerente de que o backhaul não foi reputado reversível nos contratos e, portanto, não pode ser considerado infraestrutura do STFC.

Bom, tomando-se por correta, a título de retórica — futuramente se decidirá a questão —, a premissa da União Federal de que o backhaul também funciona como suporte do STFC e que por isso ele pode ser incluído como meta de universalização desse serviço, a consequência lógica seria mesmo a reversibilidade da novel infraestrutura.

Contudo, os fatos noticiados pela requerente dão conta de que as concessionárias de STFC consideram-no irreversível e, a bem da verdade, querem o melhor dos mundos: erigir uma infraestrutura privada, já que irreversível, com recursos públicos cujo uso foi autorizado porque o backhaul foi inserido entre as metas de universalização de um serviço público, cuja estrutura é necessariamente reversível.

Os bônus da alteração de metas são desejados pelas empresas, ao passo que os ônus são refutados.

Com efeito, o texto dos aditivos aos contratos de concessão do STFC elaborado com base na substituição de metas impugnada pela requerente e submetido à consulta pública 842/2007 incluía a cláusula de reversibilidade do backhaul.

As contribuições de números 30 e 31 da consulta pública, formuladas pela Oi e pela CTBC Telecom, pleitearam a exclusão da cláusula nos seguintes termos, respectivamente (fls. 586/587 - sem grifos no original):

O fato de um determinado bem estar sendo utilizado na prestação de STFC não é determinante para que ele seja rotulado de bem reversível.

As premissas regulatórias que tratam do ônus da reversibilidade de bens (de propriedade ou não da Concessionária) estão muito bem definidas no Contrato de Concessão e na regulamentação aplicável, em especial no Regulamento aprovado pela Resolução 447.

Ademais, todos os equipamentos e infraestrutura (da Oi ou de terceiros que eventualmente sejam utilizados no cumprimento da meta alternativa já estão inseridos nas alíneas 'a' e 'b' do Anexo 1 do Contrato de Concessão.

O Anexo I do Contrato de Concessão já contempla os bens e equipamentos que são considerados como reversíveis, vez que relacionam todos aqueles indispensáveis para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado prestado em regime público. Propõe-se, aqui, a exclusão do item, pois, apesar da infraestrutura de suporte ao STFC contemplada no texto da Consulta em comento, tal estará dedicada a prover meios para conexão à internet em banda larga, serviço este de natureza diversa do prestado em regime público e, portanto, não deve ser afetado pelo instituto da reversibilidade.

Vale conferir também a Contribuição 32, da lavra da Telesp – Telecomunicações de São Paulo (fl. 587 – sem grifos no original):

O anexo I do Contrato de Concessão já contempla todos os bens e equipamentos que podem ser considerados reversíveis independentemente se utilizados para atendimento dos compromissos de universalização ou não, vez que relacionados todos aqueles indispensáveis para a prestação do serviço. Incluir este novo item ao rol de bens reversíveis pode abrir um precedente para que no futuro outros bens que possam ser agregados a outros compromissos de universalização, mas não indispensáveis a prestação dos serviços sejam equivocadamente classificados como tal.

As contribuições confirmam a tese da requerente de que o backhaul não é essencial à prestação do STFC.

Dão a impressão de que houve um artifício para legitimar o uso de recursos públicos para viabilizar a edificação de uma rede privada. Criou-se um novo e dispensável suporte de STFC, voltado em verdade à rede de SCM, que pertencerá às concessionárias do serviço de telefonia fixa e será por elas explorada.

A validade do artifício será objeto de cognição em outra oportunidade, após a prova técnica. Registro meu temor de que ele avalize a inclusão de tudo o que puder ser utilizado pelo STFC nas metas de universalização, autorizando o uso de recursos públicos e afastando a reversão se esse “tudo” não for essencial ao serviço de telefonia prestado em regime público.

Por enquanto, examina-se a reversibilidade do backhaul. A cláusula que a previa foi excluída dos termos aditivos após as contribuições oferecidas na consulta pública, com base em parecer da Anatel (fls. 545/551).

O parecer, contraditoriamente, amparou-se na Contribuição 30, que afirma que o backhaul não se torna reversível pelo fato de ser utilizado para a prestação do STFC, mas averbou que a reversibilidade é inerente ao fato de o backhaul ser suporte do STFC, senão confira-se:

No que toca ao item 5.3.5 do reportado Informe, força-se remarcar o fato de que a exclusão da Cláusula Terceira existente no texto anterior não prejudica o caráter de reversibilidade do qual se revestem os bens componentes da infraestrutura de redes de suporte ao STFC, de que o backhaul é parte integrante, consoante o art. 30, XIV, da proposta de alteração do PGMU. Conforme justificativa à Contribuição 30 da 842ª Consulta Pública, a redação inicialmente elaborada visava ‘apenas individualizar, dentre as qualificações de bens já existentes, aqueles que, destinados à prestação do serviço, foram incorporados em razão da troca de metas de universalização.’ Deve-se destacar que a medida de semelhante detalhamento, vez que juridicamente irrelevante, restringe-se ao juízo de conveniência e oportunidade, necessariamente vinculado ao interesse público, de competência do Conselho Diretor da Anatel.

Infere-se que houve vício de motivação, já que se consignou a reversibilidade e acolheram-se os argumentos em sentido contrário, calcados na tese de que o backhaul não é essencial ao STFC.

Conclui-se, ademais, que o vício abriu margem para que as concessionárias do STFC questionem, no futuro, a reversibilidade do backhaul e de vindouras infraestruturas que também sirvam ao serviço prestado em regime público.

Ora, a cláusula nesse sentido foi excluída com fulcro em argumentos por elas deduzidos quanto à irreversibilidade. Se a cláusula foi excluída, plausível seria a assertiva de que o backhaul não é reversível.

Ainda, sustentável seria o argumento de que a meta de universalização substituída e a nova meta não guardaram equivalência financeira, uma vez que as concessionárias do STFC não contavam com a reversibilidade do backhaul, o que lhes imporia mais ônus do que os mensurados quando da assinatura dos termos aditivos dos contratos de concessão.

É indubitosa a chance de uma contenda futura sobre a reversibilidade, ocasião em que o backhaul já estará pronto e, por corolário, o prejuízo para o Poder Público está configurado.

Caso se conclua pela reversibilidade, corre-se o risco de a administração ter que indenizar os particulares, que contam com os bens em seu patrimônio em função da brecha dos contratos.

Noutra margem, definida a irreversibilidade, o Estado terá gasto uma fortuna em recursos públicos para construir bem privado, fortuna essa de remota recuperação na medida em que as empresas podem argumentar que o contrato não previu a reversibilidade, tanto que a cláusula constante da minuta foi suprimida.

O risco de perecimento está plenamente identificado e é de elevada monta, tornando imperiosa a necessidade de sustar a execução da nova meta de universalização até que a reversibilidade do backhaul seja elucidada

É evidente que a meta antiga tampouco pode ser executada, a uma, porque ela não mais existe e, a duas, porquanto ela importaria ônus às concessionárias de STFC que pode tornar-se desnecessário, criando mais um risco de prejuízo aos cofres públicos.

A suspensão da execução da meta não causa prejuízos imediatos às partes, senão que remotos, à população, que, na hipótese de se concluir pela legitimidade dos aditivos profligados, será privada, por algum tempo, do serviço prestado através do backhaul.

A esse despeito, a ponderação dos possíveis danos pende para que se suste o dano ao Estado, eis que esse é irreversível e ostenta elevado impacto financeiro, sabidamente custeado pela população.

Advirto que essa decisão não comporta o rótulo de obstáculo à inclusão digital, à extensão da internet às escolas públicas e ao progresso do País que as requeridas certamente pretenderão atribuir-lhe.

Tais políticas públicas são elogiáveis e consentâneas com a evolução tecnológica. Não obstante, cabe ao Poder Judiciário zelar para que elas sejam executadas em observância às normas de regência, segundo as quais os bens utilizados para a prestação do STFC são reversíveis.

Com essas considerações, reconsidero a decisão de fls. 296/302 e defiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para suspender os termos aditivos aos contratos de concessão de STFC firmados em abril de 2008 (fls. 68/72vº).

Em suas razões recursais, sustenta a agravante, em resumo, a ilegitimidade da pretensão deduzida nos autos de origem, reiterando os fundamentos deduzidos perante o juízo monocrático, destacando que, na espécie, além da decisão agravada amparar-se em argumentos apresentados pela autora da demanda somente após a apresentação da contestação pelas promovidas, em manifesta violação ao princípio da estabilidade objetiva da demanda, circunstância essa que, por si só, conduziria à sua nulidade, teve por principal suporte o fundamento de que a estrutura denominada *backhaul*, criada pelo Decreto 6.424, de 04/04/2008, com a finalidade de ampliação e robustecimento da infraestrutura da rede de STFC – Serviço Telefônico Fixo Comutado, seria irreversível à referida infraestrutura, em suposto prejuízo ao erário público, o que não corresponderia à realidade dos fatos, na medida em que, em relação à mesma, não persiste qualquer dúvida, seja no âmbito da Anatel ou do Ministério das Comunicações, no tocante à seu caráter de reversibilidade. Acrescenta, ainda, que a supressão da cláusula contratual, onde se previa, expressamente, a reversibilidade do *backhaul* teria decorrido da circunstância de que a mesma seria prescindível, eis que, em se tratando de mera ampliação/aperfeiçoamento da rede já existente, haveria, futuramente, a adesão de novas tecnologias e infraestruturas, mantendo-se, contudo, a indivisibilidade do bem. Alegando, pois, que a manutenção da decisão agravada implica na privação de inúmeras escolas públicas, no tocante ao acesso ao serviço de internet banda larga, requer a concessão de efeito suspensivo, até o pronunciamento definitivo da Turma julgadora (fls. 2/30).

Não obstante os fundamentos deduzidos pela recorrente, não vejo presentes, na espécie, os pressupostos do art. 558 do CPC, a autorizar a concessão da almejada antecipação da tutela recursal, na medida em que não conseguem infirmar as lúcidas razões em que se amparou a decisão agravada, notadamente em face do seu caráter nitidamente preventivo e, por isso, compatível com a tutela cautelar do agravo, manifestada nas letras e no espírito do referido dispositivo legal.

Não se pode olvidar que o juízo monocrático avaliou a privação a que estarão sujeitos os potenciais usuários dos serviços de acesso à internet, em decorrência da suspensão dos contratos descritos nos autos, contrapondo-a, contudo, ao possível prejuízo, de elevada monta, a que estará sujeito o erário público, se, após a regular instrução processual, restar comprovado o caráter de irreversibilidade da estrutura denominada *backhaul*, eis que, nessa hipótese, embora implementada com recursos públicos Poder Público, a sua propriedade pertenceria às empresas particulares, o que não se admite, na espécie.

Ademais, conforme notícia a própria recorrente, houve a exclusão da cláusula contratual que previa expressamente a reversibilidade da referida estrutura, sob o pretexto de que seria prescindível a sua previsão. Essa justificativa, contudo, além de possibilitar questionamentos futuros quanto à sua reversibilidade ou não, mormente em face das manifestações em sentido contrário já lançadas pelas empresas contratantes, conforme bem assinalou a decisão agravada, não encontra respaldo jurídico, eis que, em princípio, não estariam as referidas empresas obrigadas a algo não previsto contratualmente. De outra banda, ainda que prescindível fosse a previsão em referência, sem que houvesse qualquer alteração no caráter de reversibilidade do *backhaul*, a sua manutenção nos referidos contratos em nada prejudicaria as condições pactuadas, não se vislumbrando, em princípio, qualquer utilidade prática na sua exclusão, que não seja a de conceituar como irreversível a estrutura em referência.

Com estas considerações, indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal, sob a rubrica de efeito suspensivo.

Intime-se a agravada, nos termos e para as finalidades do art. 527, V, do CPC, abrindo-se vistas, após, à douta Procuradoria Regional da República, na forma regimental.

Dê-se ciência ao juízo monocrático.

Publique-se.

Agravo de Instrumento

2009.01.00.003064-4/MG

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

Decisão: 30/01/2009

Divulgação: e-DJF1 de 09/02/2009

Publicação: 10/02/2009

Decisão

Neste agravo de instrumento, interposto com pedido de efeito suspensivo ativo, pretende a empresa Arcelor-mittal Brasil S/A ver reformada a decisão proferida pelo Juízo Federal da 21ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais que, nos autos da Ação Declaratória 2008.38.00.035663-9, indeferiu o pedido de antecipação de tutela que objetivava a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários relativos à suposta incidência de contribuições previdenciárias sobre as parcelas pagas pela autora aos seus empregados a título de participação nos lucros e resultados (PLR), conforme Cláusula Décima do Acordo Coletivo de Trabalho.

A agravante afirma que a verossimilhança do direito alegado está presente, pois logrou demonstrar que (i) a empresa possui um autêntico plano de Participação nos Lucros e Resultados, atingindo o determinado pelo Texto Constitucional; (ii) a empresa pactuou um instrumento coletivo de trabalho, em uma das formas preconizadas pela Lei 10.101/2000 para regular a PLR; (iii) este instrumento coletivo de negociação (ACT) possui uma cláusula específica (décima) permitindo a empresa firmar seu Plano espontâneo aos gerentes, subgerentes e profissionais de nível superior.

Sustenta, ainda, que a participação nos lucros das empresas não integra a remuneração dos empregados e não pode ser incluída no salário de contribuição para o recolhimento da contribuição previdenciária.

Requer, assim, o provimento do presente agravo, para que, nos termos do art. 151, V, do CTN, seja suspensa a exigibilidade dos créditos tributários relativos à suposta incidência de contribuições previdenciárias sobre as parcelas pagas pela autora aos seus empregados com base na Cláusula 10ª do Acordo Coletivo de Trabalho firmado com o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e Material Elétrico de Belo Horizonte e Contagem.

O presente agravo de instrumento, protocolizado em 15/01/2009, veio-me concluso em 21/01/2009.

Decido

Presente o *periculum in mora*, recebo o agravo como de instrumento, nos termos da redação conferida ao art. 522 do CPC pela Lei 11.187/2005.

No Acordo de Participação de Trabalhadores nos Lucros ou Resultados da Empresa, celebrado em abril de 2008 (fls. 91/94), a agravante estabeleceu o pagamento aos empregados de ganhos variáveis adicionais à remuneração anual, sem substituir ou complementar esta, sob a forma de participação nos lucros ou resultados (PLR).

Nos termos do referido acordo, aquela participação foi estabelecida nos termos do art. 7º, XI, da Constituição Federal, e da Lei 10.101/2000, ou seja, os valores pagos aos empregados estariam desvinculados do salário e em caráter excepcional.

Conforme jurisprudência dominante nos Tribunais, o benefício em questão não comporta natureza salarial, pois não há contraprestação ao trabalho realizado, não devendo sobre ele incidir a contribuição previdenciária. Com efeito, colaciono o seguinte precedente, *verbis*:

Constitucional e Tributário. Contribuição previdenciária. Distribuição de lucros. Art. 7º, inciso XI, CF. Medida Provisória 794/1994 convertida na Lei 10.101/2000.

1. Até o advento da Medida Provisória 794/1994, a verba paga pela empresa a título de participação nos lucros não tinha vinculação com a remuneração do trabalhador, por expressa determinação da Constituição Federal (art. 7º, inciso XI).

2 Segundo jurisprudência firmada por esta Corte e pelo Superior Tribunal de Justiça, a participação dos empregados nos lucros ou resultados da empresa, por não ter natureza salarial, é desvinculada da remuneração, sendo indevida a cobrança de contribuição previdenciária sobre a distribuição de lucros e resultados aos empregados, mesmo após o advento da Medida Provisória 794/1994, posteriormente convertida na Lei 10.101/2000. Precedentes: STJ – REsp 283.512, Rel. Min. Franciulli Netto, *DJ* de 1º/10/2002; REsp 675.433/RS, Rel. Min. Denise Arruda, *DJ* de 26/10/2006; AGREsp 376.051/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* de 28/10/2003 – TRF 1ª Região.: AMS 1999.01.00120580-8, Rel. Juiz Federal Vallisney de Souza Oliveira (Conv.), *DJ* de 04/08/20005; AC 2000.01.00.025521-9, Rel. Des. Federal Hilton Queiroz, *DJ* de 1º/08/2003; AMS 1999.38.00.002525-4, Des. Federal Olindo Menezes, *DJ* de 10/10/2003). 3. Não tendo sido objeto de impugnação judicial as competências 12/92 a 06/93, 10/93, 11/93 e 12/94 da NFLD 31.994.032-2, por se tratarem de fatos geradores diversos, devem ser declaradas subsistentes, sob pena de se incorrer em julgamento extra petita.

4. Corrige-se a sentença neste ponto para declarar subsistente o crédito tributário constituído por meio da NFLD 31.994.032-2, relativo às competências 12/92 a 06/93, 10/93, 11/93, 12/94, mantendo-se a sentença nos demais termos.

5. Apelação do INSS e remessa oficial providas, em parte.

(AMS 1997.01.00.006867-0/MA, relator convocado Juiz Federal Roberto Carvalho Veloso, *DJ* de 13/04/2007).

Não obstante os fundamentos expostos na decisão agravada, especialmente acerca da natureza jurídica da parcela a ser paga pela agravante e os requisitos legais do acordo coletivo firmado, em sede de antecipação da tutela recursal, entendo que os documentos colacionados aos autos e as alegações da agravante militam em favor do reconhecimento da prova inequívoca da verossimilhança do direito postulado.

A caracterização das verbas pagas pelo empregador aos trabalhadores como distribuição de lucros, nos termos da Lei 10.101/2000, depende da desvinculação da remuneração e da ausência de habitualidade, o que, a meu ver, ficou demonstrado pela agravante.

Aplicável ao caso, considerando a fundamentação acima exposta, o inciso V do art. 151 do CTN, que indica a suspensão da exigibilidade nos casos em que houver “a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial”.

Assim, com base no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, *dou provimento ao agravo de instrumento*, para determinar a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários relativos à suposta incidência de contribuições previdenciárias sobre as parcelas pagas pela autora aos seus empregados com base na Cláusula 10ª do Acordo Coletivo de Trabalho firmado com o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e Material Elétrico de Belo Horizonte e Contagem.

Cientifique-se ao MM. Juiz *a quo* para que dê cumprimento a esta decisão.

Publique-se. Intime-se. Cumpra-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos à Vara de Origem para que sejam apensados ao processo principal, com fulcro no art. 3º da Resolução 600 –12, de 13/09/2004, do TRF 1ª Região.

Processo

2005.36.00.912689-7/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Julier Sebastião da Silva
Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos
Recorrido: Mario Delgaron Rodrigues Domiciano
Origem: 1º Juizado Especial Federal Cível/MT
Divulgação: e-DJF1 caderno MT de 16/12/2008
Publicação: 17/12/2008

Ementa

Direito Civil. Responsabilidade civil. Danos materiais e morais. Assalto. Agência dos Correios.

I– Inexiste nexo causal entre o evento danoso (roubo de R\$100,00, em espécie, e de um aparelho celular avaliado em R\$ 550,00) e uma ação ou omissão da agência dos Correios, onde o Recorrido fora assaltado.

II– A EBCT não é obrigada a fornecer serviço de guarda e segurança às agências franqueadas e aos usuários destas.

III– Recurso provido.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por unanimidade, *dar provimento ao recurso*, nos termos do voto do Juiz Relator.

Cuiabá/MT, 28 de novembro de 2008.

Juiz Federal *Julier Sebastião da Silva*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva:
— Trata-se de recurso interposto contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando a ECT a indenizar os danos materiais experimentados por *Mario Delgaron Rodrigues Domiciano*, fixados em R\$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais), acrescidos de correção monetária pelo INPC, e juros moratórios de 6% a.a.

Alega a Recorrente a inexistência de responsabilidade pelos danos materiais sofridos pelo Recorrido, os quais decorrem de um assalto, configurando caso fortuito; assim como a ausência de qualquer nexo de causalidade entre o dano e a prestação do serviço postal.

O Recorrido não ofertou contrarrazões.

É o relato.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva:
— Cinge-se a controvérsia dos autos à responsabilidade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos por danos decorrentes de assalto ocorrido em uma de suas agências.

Inicialmente, impõe-se ressaltar que a relação jurídica existente entre a ECT (prestadora de serviços) e o Recorrido (usuária) é de consumo, sujeitando-se, assim, aos ditames da Constituição Federal/1988 e do Código de Defesa do Consumidor. Logo, a responsabilidade da Recorrente é objetiva, no tocante aos danos oriundos da prestação do serviço público.

Todavia, no caso em exame, não se verifica a existência de nexo causal entre o evento danoso e uma ação ou omissão da agência dos Correios, onde o Recorrido fora assaltado. Ademais, a EBCT não é

obrigada a fornecer serviço de guarda e segurança às agências franqueadas e aos seus usuários, inviabilizando, assim, tanto a responsabilidade contratual quanto extracontratual da Recorrente pelos danos decorridos por falha da segurança.

Nesse sentido, é farta a jurisprudência dos nossos tribunais e, para ilustrar, trago à colação os seguintes julgados:

Civil e Processual. Responsabilidade civil. Dano material e moral. Assalto dentro da agência dos Correios. Indenização por danos morais incabível.

1 – Ação ajuizada objetivando indenização por danos morais e materiais, tendo em vista assalto sofrido dentro da Agência de Irajá, da ECT, no momento em que era postada uma correspondência.

2 – A responsabilidade da ré, empresa pública federal, exsurge no presente feito da sua atuação no domínio econômico, prestando serviços de natureza privada, sujeita às regras da responsabilidade civil de direito privado prevista no Código Civil, fundada na teoria da responsabilidade subjetiva.

3 – *In casu*, pela própria atividade a que se presta, não tendo a empresa qualquer relação com o fornecimento de serviços de guarda e segurança, não se pode exigir, como regra, que a mesma evite a ocorrência de subtração com ameaça de arma de fogo em suas dependências, não se vislumbrando, assim, qualquer relação de causalidade entre a conduta da Ré e o evento danoso.

4 – A responsabilidade da ECT só poderia ser reconhecida caso restasse comprovado que a mesma dispunha de meios disponíveis e eficazes para impedir o resultado danoso, dos quais não se utilizou.

5 – Indenização por dano moral incabível, vez que não restou demonstrado, nem comprovado, de que forma a honra, a dignidade ou a imagem do Autor tenham ficado efetivamente afetadas junto à sociedade.

6 – “Não é todo o sofrimento, dissabor ou chateação que geram a ofensa moral ressarcível. E necessário que a mágoa ou a angústia, além de efetivas, sejam decorrência do desdobramento natural de seu fato gerador. Existem aborrecimentos normais, próprios da vida em coletividade, e estes são indiferentes ao plano jurídico.” (Guilherme Couto de Castro, *in A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*, Ed. Forense, 1997, págs. 22/23).

7 – Negado provimento ao recurso. (Origem: Tribunal – Segunda Região. Classe: AC – Apelação Cível - 288521 Processo: 200202010216502 UF: RJ Órgão Julgador: Oitava Turma Especializada Data da decisão: 29/07/2008. Documento: TRF200188751. DJU -- Data:04/08/2008 – Página:

286. Desembargador Federal Raldênio Bonifacio Costa. 04/08/2008)

Civil. Responsabilidade Civil. Roubo e homicídio cometidos em agência franqueada da EBCT. Danos morais e materiais. Inexistência. Responsabilidade do franqueado pela segurança da agência. Previsão em cláusula contratual. Ausência de nexo causal entre qualquer conduta da EBCT e o dano ocorrido.

1 – No contrato de franquia está expresso, nos subitens da cláusula quarta, que a *responsabilidade* por todos os riscos, até mesmo de caso fortuito ou força maior, é do franqueado, sendo este que deve indenizar a ré por qualquer ocorrência e não o contrário (4.29, 4.34 e 4.35 do contrato).

2 – Entre as obrigações da ré (cláusula quinta), franqueadora, só se encontra a de permitir o uso da marca, fornecer materiais, produtos e treinamento, além de assessoria técnica, o que corresponde ao padrão em contratos deste tipo. Não se arrola entre suas obrigações manter segurança nas agências franqueadas ou de qualquer forma se responsabilizar por tal segurança. Contratualmente, portanto, nada pode ser exigido da ré.

3 – Não há que se falar em *responsabilidade* por ato ou omissão ilícita (art. 159 do antigo Código Civil), tendo em vista a inexistência de nexo causal entre qualquer conduta da ré e o dano ocorrido, já que ela não era responsável pela segurança das agências, não sendo possível falar que tenha falhado em garantir tal segurança. O homicídio em si foi praticado durante um *assalto* perpetrado por terceiros, não tendo ponto de contato com qualquer conduta da ré ou seus agentes.

4 – *Não há nenhum fato contratual ou extracontratual que implique responsabilidade da ré pelo ocorrido, que se tratou de uma lamentável*

fatalidade, decorrente de risco cuja responsabilidade era do próprio falecido, que tinha conhecimento das cláusulas que tratavam da questão.

5. Apelação dos autores improvida. (Origem: TRF - Primeira Região Classe: AC – Apelação Cível – 199936000068961. Processo: 199936000068961 UF: MT Órgão Julgador: Quinta Turma. Data da decisão: 06/02/2008. Documento: TRF100267223 e-DJFI Data: 21/02/2008 página: 282 Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida)

Com efeito, *dou provimento* ao recurso para julgar improcedente o pedido inicial.

Custas processuais e honorários advocatícios indevidos.

É como voto.

Processo

2005.36.00.906694-6/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva
Recorrente: Angelina Romis de Moura
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Origem: 1º Juizado Especial Federal Cível/MT
Divulgação: e-DJF1 caderno MT de 16/12/2008
Publicação: 17/12/2008

Ementa

Direito Previdenciário e Processual Civil. Rurícola. Aposentadoria por idade. Prévio requerimento administrativo. Desnecessidade. Princípio constitucional. Inafastabilidade da jurisdição. Existência de contestação. Pretensão resistida caracterizada. Segurado. Interesse na demanda. Sentença anulada. Recurso provido.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por unanimidade, dar provimento ao recurso para *anular a sentença*, nos termos do voto do Juiz Relator.

Cuiabá/MT, 28 de novembro de 2008.

Juiz Federal *Julier Sebastião da Silva*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva:
— Angelina Romis de Moura recorreu da sentença em face de o Juizado Especial Federal da Seção Judiciária de Mato Grosso ter declarado extinto o processo sem o julgamento do mérito.

Alega a Recorrente que não é necessário prévio requerimento administrativo para pleitear o benefício de aposentadoria por idade rural judicialmente. Requer a reforma do julgado.

Contrarrazões ofertadas.

É o relato.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Julier Sebastião da Silva:
— Não obstante a Recorrente não tenha requerido o benefício de aposentadoria por idade rural na via administrativa, não lhe pode ser obstado o acesso ao Poder Judiciário. No caso, há que prestigiar-se o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdic-

cional, explicito no art. 5º, inciso XXXV, da Magna Carta. Nesse sentido, os tribunais pátrios têm entendido que, para a aposentadoria rural por idade, não se exige o prévio requerimento administrativo, conforme julgado do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, ora reproduzido:

Previdenciário. Processual Civil. Aposentadoria por idade. Trabalhador rural. Prévio requerimento administrativo para concessão do benefício.

1 – Orientação jurisprudencial da Corte, harmônica ao entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, sobre desnecessária prévia postulação administrativa para propositura de ação previdenciária.

2 – Ressalva de entendimento contrário do Relator.

3 – Hipótese, ademais, em que o órgão previdenciário contestou o direito da autora ao benefício objeto da demanda, resistindo à pretensão nela deduzida, e deixando caracterizado, por via de consequência, o interesse processual, assim a necessidade de atuação do Poder Judiciário para dirimir a controvérsia.

4 – Recurso de apelação a que se dá provimento.

Acórdão Origem: TRF – Primeira Região
Classe: AC – Apelação Cível - 200601990473655
Processo: 200601990473655 UF: MT Órgão Julgador: Segunda Turma. Data da decisão: 11/06/2008.
Documento: TRF100277766. Fonte *e-DJF1* Data: 28/07/2008 Página: 161. Relator Desembargador Federal Carlos Moreira Alves. Decisão: A Turma, à unanimidade, deu provimento à Apelação. Data Publicação 28/07/2008.

Analisando-se os autos, verifica-se que o INSS protocolou contestação, ato processual este que configura sua pretensão resistida ao pedido formulado pela Segurada. No caso, encontra-se materializado o interesse de agir da parte autora.

Com efeito, dou provimento ao recurso, *para anular a sentença atacada e determinar que o processo seja encaminhado ao Juízo a quo para o prosseguimento do feito.*

Custas processuais e honorários advocatícios indevidos.

É como voto.

Recurso Cível

2006.36.00.902014-3/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Recorrido: Sebastião Pedroso de Barros
Advogada: Dra. Gisely Maria Reveles da Conceição
Divulgação: e-DJF1 caderno MT de 11/12/2008
Publicação: 12/12/2008

Ementa

Previdenciário. Pensão por morte. Óbito ocorrido antes da Lei 9.032/1995. Renda mensal inicial fixada segundo a lei vigente à época do fato gerador. Cálculo fixado segundo as fontes de custeio existentes à época. Irretroatividade da lei. Orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal.

I – A pretensão da Autora não pode ser acolhida em face de se tratar de vigência da lei no tempo. A pensão por morte não pode ter sua renda inicial alterada em face de lei posterior, porquanto à época de seu fato gerador, que é o óbito, a lei vigente, que fora elaborada segundo as fontes de custeio da época, é a que se aplica ao caso.

II – O fato gerador do benefício de pensão por morte é o óbito, o qual uma vez ocorrido deflagra o direito, e não a prestação continuada no benefício, sobre a qual, uma vez consolidada, as leis posteriores não terão incidência.

III – Importa dizer ainda que, em que pese a existência da respeitável Súmula 15 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, a matéria em questão envolve compatibilização de Lei com norma constitucional (art. 195, § 5º e 201 da CF), o que concede apenas ao STF a competência para decisão final acerca de tal discussão. Portanto, desde já mantenho meu posicionamento firmado na orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

IV – Recurso provido.

Acórdão

A turma, por unanimidade, *conheceu* o recurso e *concedeu-lhe provimento*, nos termos do voto do Exmo. Senhor Juiz Relator.

Cuiabá, 28 de novembro de 2008.

Juiz Federal José Pires da Cunha, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: – Trata-se de recurso interposto pelo INSS contra a sentença que julgou *parcialmente procedente*, observando a prescrição quinquenal, o pedido de revisão de benefício previdenciário — para aplicação da variação da ORTN/OTN —, incidente sobre os 24 primeiros salários-de-contribuição dos benefícios concedidos anteriormente à CF/1988.

A recorrente alega em síntese que: É completamente falsa a premissa abraçada pela recorrida, uma vez que, qualquer erro ou desvio ocorrido no cálculo da Renda Mensal Inicial – RMI do seu benefício, na data da concessão, já foi efetivamente corrigido, com o advento da nova ordem Constitucional de 05/10/1988.

Contrarrazões ofertadas.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: –
Com razão a Recorrente.

É princípio basilar da Seguridade Social a instituição de benefício com prévia e respectiva fonte de custeio (art. 201 CF).

A pretensão da Autora não pode ser acolhida, uma vez que se atrela ao benefício de pensão por morte, cujo fato gerador se implementa com o óbito do segurado e está adstrito à lei que o formatou e consolidou com sua respectiva fonte de custeio.

É sabido que os benefícios de pensão por morte, antes da Lei 8.213/1991 obedeciam a uma RMI denominada “quota familiar”, no valor de 50% do benefício acrescidos de 10% para cada beneficiário, nos termos do art. 48 da Consolidação das Leis da Previdência Social.

Com a edição da Lei 8.213/1991, a quota familiar passou a ser de 80% do valor do benefício, acrescido de 10% por beneficiário até o limite de 100%.

Em 1995, a Lei 9.032, alterou o art. 75 da Lei de Benefícios para estabelecer o valor de 100% para as RMIs dos benefícios de pensão por morte.

A partir desta panorâmica, observa-se que o benefício em questão sempre obedeceu a lei da data do óbito, ou seja, a lei vigente à época do fato gerador, sendo ainda que as leis que regulamentaram este benefício nunca foram aplicadas a fatos pretéritos.

Deste modo, a lei não retroage para alcançar ato jurídico perfeito.

Assim, justamente nesses termos, é a doutrina:

A questão é de aplicação de lei no tempo. A pensão se rege pela lei vigente ao tempo do óbito do segurado, que é o fato necessário e suficiente para a incidência da norma, vale dizer suporte fático. Não se aplicam as regras posteriores que aumentam o valor da renda mensal, uma vez que a lei somente se aplica aos fatos ocorridos após sua entrada em vigor. (Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior, em Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social, p. 248, editora Livraria do Advogado).

Portanto, a questão no presente caso é singela, porque o fato gerador que deu origem ao benefício da autora ocorreu antes da entrada em vigor da Lei 9.032/1995. Vale dizer, o fato gerador, no caso, a morte

do segurado, já ocorreu e não continua ocorrendo. Portanto, a lei a ser aplicada é a do tempo do fato.

Arremato com a jurisprudência pacífica no Tribunal Regional Federal da Primeira Região no sentido defendido acima:

Previdenciário. Pensão por morte. Lei aplicável. Data do óbito. Data de início do benefício.

I – A lei aplicável aos casos de pensão por morte é aquela em vigor à data do óbito, conforme o princípio constitucional da irretroatividade da lei (art. 5º, XXXVI). Precedentes deste Tribunal.

II – Tendo o cônjuge da autora falecido em 28/07/1991, deve-se aplicar o art. 74 da Lei 8.213/1991 em sua redação original, que determina o pagamento do benefício a contar da data do óbito. A alteração do dispositivo pela MP 1.596-14, convertida na Lei 9.528/1997, não alcança os benefícios devidos desde data anterior. 3. Apelação e remessa oficial improvidas.

(Origem: TRF – Primeira Região Classe: AC – Apelação Cível – 199901000532095 Processo: 199901000532095 UF: BA Órgão Julgador: Segunda Turma Suplementar – Data da decisão: 12/05/2004 Documento: TRF100167154 Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado))

É de se dizer, entretanto, que, muito embora, o Superior Tribunal de Justiça mantenha orientação no sentido de fazer-se aplicar a Lei 9.032/1995 a todas as RMIs, mesmo as com fato gerador pretérito, o Supremo Tribunal Federal, julgando o Recurso Extraordinário 416827 e 415454/SC, interposto pelo INSS, pelo voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, decidiu, *in verbis*:

Em seguida o Min. Gilmar Mendes, relator, conheceu do recurso e lhe deu provimento. *Considerou a orientação fixada pelo Supremo no sentido de que, se o direito ao benefício foi adquirido anteriormente à edição da nova lei, o seu cálculo deve se efetuar de acordo com a legislação vigente à época em que atendidos os requisitos necessários.* Asseverou, também, que a fonte de custeio da seguridade prevista no art. 195, § 5º da CF assume feição típica de elemento institucional da seguridade, assim como suas fontes de custeio, compatibilizando o dever de contribuir do indivíduo com o interesse da comunidade. Afirmou que, eventualmente, o legislador, no caso, poderia ter previsto de forma diferente, mas desde que houvesse fonte de custeio adequada para tanto. Por fim, tendo em vista esse perfil do modelo contributivo da necessidade de fonte de custeio, argumentou que o próprio sistema previdenciário,

constitucionalmente adequado deve ser institucionalizado com vigência, em princípio para o futuro. Concluiu, assim, ser inadmissível qualquer interpretação da Lei 9.032/1995 que impute aplicação de suas disposições a benefícios de pensão por morte concedidos em momento anterior a sua vigência, salientando que, a rigor, não houve concessão a maior, tendo o legislador se limitado a dar nova conformação, doravante, ao sistema de concessão de pensões. O julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Min. Eros Grau. (Informativo de Jurisprudência do STF 402 de 19 a 23 de setembro de 2005). Destaquei.

Depreende-se do voto do ilustre Relator que fora considerado orientação fixada no STF segundo a qual a legislação aplicável ao benefício, incluindo seu cálculo, é a lei do tempo do fato. Desse modo, vê-se que a orientação do Supremo Tribunal vai no sentido de que a RMI dos benefícios são calculadas segundo a lei vigente à época da implementação do fato gerador.

Desse modo, em que pese a existência da respeitável Súmula nº 15 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, a matéria em questão envolve compatibilização de Lei com norma constitucional (art. 195, § 5º e 201 da CF), o que concede apenas ao STF a decisão final acerca de tal discussão. Portanto, desde já mantenho meu posicionamento firmado na orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Posto nestes termos, *voto pelo conhecimento do recurso* e seu *provimento*, reformando sentença prolatada e julgando pedido da parte Autora improcedente.

Sem custas e honorários.

É como voto.

Recurso Inominado

2008.35.00.906829-4/GO

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Augusto Tôres Nobre
Recorrente: Leontildes Batista Oliveira
Advogado: Dr. Osório Evandro de Oliveira Silva
Recorrido: INSS – Instituto Nacional do Seguro Social
Advogado: Dr. Claud Wagner Gonçalves Dias
Divulgação: e-DJF1 caderno GO de 18/12/2008
Publicação: 19/12/2008

Voto – Ementa

Processual Civil. Pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo. Exigência desnecessária. Extinção sem resolução do mérito. Recurso provido. Sentença anulada.

I – Trata-se de Recurso Inominado interposto contra sentença que extinguiu o feito sem resolução de mérito por ausência de pressuposto de constituição válido e regular do processo.

II – Argumenta a parte autora que não se quedou inerte quando instada a emendar a inicial; que os documentos juntados aos autos são suficientes para o exame de admissibilidade da petição inicial; que o procedimento adotado pelo juízo do JEF de origem demonstra excessivo apego à forma em detrimento dos princípios que regem os JEFs; que os documentos juntados demonstram a presença de interesse de agir.

III – Presentes os pressupostos de admissibilidade conheço do recurso.

IV – A r. sentença recorrida merece ser reformada.

V – A matéria de fundo é revisão de benefício previdenciário (LB, art. 29, § 5º). Mostra-se então desnecessário exigir do autor cópias do requerimento administrativo e fichas financeiras, ainda mais quando juntadas com a inicial carta de concessão e memória de cálculo do benefício concedido.

VI – De destacar, por fim, que o autor não se manteve inerte quando chamado a cumprir diligência ordenada por ato ordinatório. No prazo assinalado, requereu fosse reconsiderada a determinação e determinado o regular prosseguimento do feito, ao argumento de presentes os requisitos indispensáveis à proposição da ação.

VII – Do exposto, *dou provimento* ao recurso para *anular a sentença* e determinar o regular prosseguimento do feito.

VIII – Sem condenação em honorários advocatícios (Lei 9.099/1995, art. 55).

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, decide a Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Goiás, por unanimidade, *dar provimento* ao recurso para *anular a sentença*, nos termos do voto do Juiz Relator, sob a forma de voto-ementa (art. 46 da Lei 9.099/1995; Regimento Interno dos Juizados Especiais Federais da Primeira Região – Resolução 10/TRF/1ª Região, de 29/04/2002).

Goiania, 3 de dezembro de 2008.

Juiz Federal *Carlos Augusto Tôres Nobre*, Relator.

Agravo de Instrumento

2008.3600.902879-0/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha
Agravante: Francisco Nascimento da Silva
Advogada: Dra. Shirlei Mesquita Sandim
Agravada: União Federal
Divulgação: e-DJF1 caderno MT de 11/12/2008
Publicação: 12/12/2008

Ementa

Processo Civil. Agravo de instrumento. Decisão denegou pedido de justiça gratuita. Recurso de apelação não recebido. Autor não tem condições de arcar com as custas do processo e os honorários de advogado sem ter prejuízo próprio ou da família. Agravo provido.

I – Para que a parte goze dos benefícios da assistência judiciária gratuita, bastará uma simples afirmação de que não está em condições de arcar com as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou da família. *In casu*, a necessidade, como dito, sob o ponto de vista do direito, não está vinculado a determinado limite de valor de renda mensal percebida pelo beneficiário da assistência judiciária gratuita, mas sim, à impossibilidade de pagamento das despesas processuais sem prejuízo do próprio sustento ou da família.

II – Agravo provido.

Acórdão

A turma, por unanimidade, conheceu o agravo de instrumento e concedeu a ele *provimento*, nos termos do voto do Exmo. Senhor Juiz Relator.

Cuiabá, 28 de novembro de 2008.

Juiz Federal José Pires da Cunha, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha – Trata-se agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por *Francisco Nascimento da Silva* em face da *União Federal*, pelo qual se insurgem contra a decisão que indeferiu seu pedido de justiça gratuita.

Alega o Agravante que a decisão não fora acertadamente proferida pois, conforme prova nos autos, o Agravante faz jus ao direito de gratuidade da justiça por não ter meios de arcar com as despesas processuais pois, caso assim fosse, deixaria prover o sustento de sua família.

Apresenta, ainda, provas que demonstram suas despesas mensais, juntando documentos que demonstram os gastos, justificando, desse modo, a insuficiência

de seus recursos para onerar seus rendimentos com custas processuais.

Requer ao final a reforma da decisão para que seja concedido ao seu favor o benefício da justiça gratuita e, por conseguinte, seja recebido seu recurso de Apelação que ora interpôs.

A liminar foi deferida.

É o relato.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha – Trata-se de insurgência quanto ao indeferimento de pedido de justiça gratuita e, por consequência, o não recebimento de recurso interposto pelo Agravante.

À vista dos documentos apresentados, verifico que a decisão agravada, de fato, não acolhe o direito ao qual é acometido o Agravante.

Nos presentes autos, o Agravante apresenta provas de que sua renda mensal, oriunda de seu salário como servidor público da Funasa, é de R\$ 2.333,99 e que com o referido valor arca-se estritamente as despesas mensais de sua família.

Destarte, para que a parte goze dos benefícios da assistência judiciária gratuita, bastará uma simples afirmação de que não está em condições de arcar com as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou da família.

In casu, a necessidade, como dito acima, sob o ponto de vista do direito, não está vinculado a determinado limite de valor de renda mensal percebida pelo beneficiário da assistência judiciária gratuita, mas sim, à impossibilidade de pagamento das despesas processuais sem prejuízo do próprio sustento ou da família.

Portanto, em face de tais considerações entendo que há nos argumentos do recurso relevantes fundamentos, bem como perigo de demora, capazes de autorizar a suspensão da eficácia da decisão agravada para que seja concedido o pedido de justiça gratuita.

Posto nestes termos, *voto pelo provimento* do presente agravo de instrumento, confirmando a decisão liminar, concedendo ao Agravante benefício da justiça gratuita.

Sem custas

É como voto.

Recurso Cível

2008.36.00.700385-0/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procurador: Dr. Danilo Eduardo Vieira de Oliveira
Recorrida: Taluany Agostinho dos Santos
Advogada: Dra. Teresinha Aparecida Braga Menezes

Ementa

Seguridade social. Amparo Social. Art. 20, § 3º, Lei 8.742/1993. Autora tem 9 anos de idade. Patologia grave – Retocolite ulcerativa – e em estado evolutivo. Incapacidade total e permanente. Renda familiar per capita inferior a ¼ do salário mínimo. Benefício devido.

I – Quanto à incapacidade, o perito judicial designado informou que a Autora, com apenas 09 anos de idade, é portadora de Retocolite Ulcerativa em fase evolutiva, necessitando de rigoroso controle do horário de medicações, dieta especial, consultas médicas freqüentes nesta capital e auxílio para obtenção de medicamentos pelo SUS. Informa perícia que autora sofre desde nascida com a doença, não consegue segurar nada no estômago, evacuando tudo que come no mesmo momento.

II – Levando-se em consideração o comprovado estado de miserabilidade em que vive a demandante e sua família, a vasta jurisprudência dos nossos tribunais e, mais ainda, o fim social visado pela norma em pauta, uma vez Autora ser criança e já sofrer de patologia grave em estado evolutivo, conclui-se que deve ser mantida à Recorrida a concessão de benefício de amparo social à portadora de necessidades especiais, nos termos da sentença de primeiro grau.

III – Recurso improvido.

Acórdão

A turma, por unanimidade, *conheceu o recurso e negou a ele provimento*, nos termos do voto do Exmo. Senhor Juiz Relator.

Cuiabá, 28 de novembro de 2008.

Juiz Federal José Pires da Cunha, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha: – Trata-se de recurso interposto pelo *Instituto Nacional do Seguro Social - INSS* contra a sentença que julgou *procedente* o pedido da parte autora, condenando o ora recorrente ao pagamento do benefício de amparo social ao deficiente, a partir da data da audiência.

Alega, em síntese, o seguinte: não há comprovação objetiva de que a enfermidade apresentada incapacite a Recorrida para o exercício da atividade laboral ou

mesmo para a vida independente, nos moldes exigidos pelo art.20, §2º, da LOAS.

Contrarrazões às fls. 44/49.

Manifestação do Ministério Público Fls.54/56.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha – O benefício assistencial de prestação continuada, previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, é a ga-

rantia de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem a impossibilidade de sustento próprio, ou de tê-lo provido por sua família, e independe da exigência de contribuição.

A Lei 8.742/1993, que dispõe acerca da organização da Assistência Social, regulamentou o comando constitucional, *in verbis*:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º – *omissis...*

§ 2º - Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

Quanto à incapacidade, o perito judicial designado informou que a Autora, com apenas 9 anos de idade, uma criança ainda, é portadora de Retocolite Ulcerativa em fase evolutiva, necessitando de rigoroso controle do horário de medicações, dieta especial, consultas médicas frequentes nesta capital e auxílio para obtenção de medicamentos pelo SUS. Informa perícia que autora sofre desde nascida com a doença, não consegue segurar nada no estômago, evacuando tudo que come no mesmo momento.

Logo, impossível afirmar que a Autora não necessita da ajuda de terceiros para exercer atos básicos da vida independente. Seguiu bem sentença prolatada que considerou Autora incapaz. Sendo assim, superado o requisito da incapacidade, resta então analisar o aspecto atinente à miserabilidade.

No presente caso, a perícia socioeconômica realizada (fls. 13/19) informa que a Autora reside com o pai, a mãe e mais um irmão de 13 anos de idade. A renda familiar é provida única e exclusivamente do trabalho de lavrador do pai, necessitando na maioria das vezes do auxílio de estranhos e familiares para sobreviver. Informa que boa parte dos gastos é realizada com medicamentos para patologia da Autora.

Conclui dizendo renda *per capita* da família é de R\$75,00 (setenta e cinco reais), ou seja, abaixo do limite estabelecido pela norma vigente.

Desta forma, levando-se em consideração o comprovado estado de miserabilidade em que vive a demandante e sua família, a vasta jurisprudência dos nossos tribunais e, mais ainda, o fim social visado pela norma em pauta, uma

vez a Autora ser criança e já sofrer de patologia grave em estado evolutivo, conclui-se que deve ser mantida à Recorrida a concessão de benefício de amparo social à portadora de necessidades especiais, nos termos da sentença de primeiro grau.

Posto nestes termos, *voto pelo conhecimento do recurso* e seu *improvemento*, mantendo a sentença de primeiro grau em todos os seus termos.

Considero estendida a nomeação do Defensor Dativo para os demais atos processuais que requeiram patrocínio jurídico.

Sem custas (art. 4º, I, Lei 9.289/1996).

Condeno o INSS ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação.

É como voto.

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

Tráfico internacional de seres humanos. Exploração sexual de mulheres. Art. 231 do CP. Consentimento da vítima.

O crime de tráfico de pessoas consuma-se com a entrada ou a saída da pessoa, homem ou mulher, seja ou não prostituída, do território nacional, independentemente do efetivo exercício da prostituição — basta o ir ou vir exercer a prostituição—, e ainda que conte com o consentimento da vítima (art. 231 do CP).

O ilícito começa com o aliciamento e termina com a pessoa que explora a vítima (compra-a e a mantém em escravidão, ou submete-a a práticas similares à escravidão, ou ao trabalho forçado ou outras formas de servidão). O tráfico internacional não se refere apenas e tão-somente ao cruzamento das fronteiras entre países. Parte substancial do tráfico global reside em mover uma pessoa de uma região para outra, dentro dos limites de um único país, observando-se que o consentimento da vítima em seguir viagem não exclui a culpabilidade do traficante ou do explorador, nem limita o direito que ela tem à proteção oficial.

Apelação Criminal 2003.35.00.010690-9/GO

Rel.: Des. Federal Tourinho Neto – 3ª Turma

Divulgação: *eDJFI* de 12/02/2009

Publicação: 13/02/2009

Desacato. Art. 331 do CP. Dolo específico. Agressão e desprestígio à figura do policial federal.

A configuração do crime de desacato dá-se pela presença do dolo específico, pela vontade livre e consciente de desprezar, humilhar, ou faltar com o respeito a servidor público, no exercício de sua função. O dolo abrange, portanto, o conhecimento da qualidade de servidor público.

O simples xingamento, por si só, não se confunde com o desacato, eis que o crime reclama qualquer atitude de menosprezo, voltada para a desconsideração, ofensa ou humilhação ao servidor. Assim, tendo o réu conhecimento da situação funcional do servidor e não se limitando a proferir palavras de baixo calão, revelando-se a sua postura, não de crítica, mas de agressão e desprestígio ao policial federal, diante das várias pessoas que cercavam o local do cumprimento dos mandados judiciais, restam comprovadas a autoria e a materialidade do crime de desacato.

Apelação Criminal 2007.38.01.000140-5/MG

Rel.: Des. Federal Assusete Magalhães – 3ª Turma

Divulgação: *eDJFI* de 30/01/2009

Publicação: 02/02/2009

Habeas corpus. Decretação de prisão preventiva. Fundamentação genérica. Credibilidade da Justiça e da segurança pública. Gravidade do crime.

O decreto de prisão preventiva deve ser devidamente fundamentado, não podendo o juiz apresentar uma argumentação genérica, como se todos os indiciados estivessem numa mesma situação, não explicitando qual deles ameaçou testemunha, e nem dizendo qual a testemunha.

Não constitui motivação idônea a alegação de que a prisão preventiva é decretada para preservar a credibilidade da Justiça e da segurança pública. A gravidade do crime, por si só, não pode servir de fundamento para a prisão preventiva.

Habeas Corpus 2008.01.00.065755-0/MT

Rel.: Des. Federal Tourinho Neto – 3ª Turma

Divulgação: *eDJFI* de 30/01/2009

Publicação: 02/02/2009

Responsabilidade civil. Danos materiais e morais. Homicídio praticado por índios. Área de reserva indígena. Invasão para extração ilegal de madeira. Culpa exclusiva da vítima.

A responsabilidade objetiva do Estado segue a teoria do risco administrativo, segundo a qual, para se caracterizar o dever de indenizar, são necessários a ocorrência de um comportamento do agente público, a existência de um dano e nexo causal entre ambos. Entretanto, restando comprovada a culpa exclusiva da vítima, que invadiu reserva indígena, sem autorização, para extração ilegal de madeira, fica afastada a responsabilidade do Estado e o consequente dever de indenizar, uma vez que não configurada qualquer omissão quanto ao dever de segurança, mormente quando a área se encontrava interditada por meio da Portaria 508, de 20/06/1978.

Apelação Cível 2000.01.00.114025-2/RO

Rel.: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro – 6ª Turma

Divulgação: eDJFI de 30/01/2009

Publicação: 02/02/2009

Medicamento. Registro provisório nos Estados Unidos e na União Européia. Ausência de registro na Anvisa. Doença rara.

A regra de registro do medicamento na Anvisa, para que seja comercializado no Brasil, tem como escopo garantir a segurança do usuário. O registro assegura que o remédio não oferece risco para a saúde e é eficaz para a finalidade a que se destina. Entretanto, sendo incontroverso que a doença de que padece o autor (Síndrome de Maroteaux Lamy, MPS VI) é raríssima (o que impede a aplicação do teste no número mínimo exigível de pacientes antes da comercialização - fase III, requisito para o registro definitivo do medicamento nos órgãos de saúde); que para ela não existe outro tipo de tratamento exceto o medicamento experimental postulado, registrado em caráter provisório nos Estados Unidos e na Europa; e que o estado do paciente tende a evoluir para óbito se não obtiver o tratamento pretendido, afasta-se, excepcionalmente, a exigência legal de registro na Anvisa para o caso concreto.

Agravo de Instrumento 2008.01.00.044125-2/DF

Rel.: Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues – 6ª Turma

Divulgação: eDJFI de 30/01/2009

Publicação: 02/02/2009

Estatística

JANEIRO/2009

ASSESSORIA DE RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS DA PRESIDÊNCIA

Recursos Extraordinários Admitidos (Asret)	8
Recursos Especiais Admitidos (Asret)	4
Recursos Extraordinários Inadmitidos (Asret)	21
Recursos Especiais Inadmitidos (Asret)	134
Despachos Diversos (Asret)	8
Decisões Diversas (Asret)	3
Decisões em Plantão (Asret)	4
Suspensões de Liminares Deferidas (Asret)	2
Suspensões de Segurança Deferidas	3
Agravo Regimental Provido (Asret)	1
Embargos de Declaração Rejeitados (Asret)	1
Recurso Extraordinário Eletrônico Encaminhado ao STF via Corec (Asret)	1
Recursos Especiais Sobrestados na Corec (Asret)	4
Memorandos Expedidos (Asret)	3
Ofícios Expedidos (Asret)	14
Informações Prestadas à AGU (Secre)	2
Despachos em Procedimentos Administrativos (Secre)	3
Apostila (Secre)	1
Atos (Secre)	32
Portarias (Secre)	14
Ofícios (Secre)	104
TOTAL	367

Dados fornecidos pela Asret e Secre

VICE-PRESIDÊNCIA

Recursos Especiais Admitidos	37
Recursos Especiais Inadmitidos	20
Recursos Extraordinários Admitidos	21
Recursos Extraordinários Inadmitidos	13
Decisões	32
Despacho	1
Processos Sobrestados	55
Portarias no exercício da Presidência	2
Atos Presidenciais	17
Ofícios no Exercício da Presidência	116
TOTAL	314

Dados do Gabinete da Vice-Presidência

COORDENADORIA DE RECURSOS

Processos Recebidos das Turmas e Seções	703
Processos Remetidos à ASVIP	234
Processos Remetidos à ASRET	8
Processos Remetidos ao STF	34
Recursos Extraordinários Eletrônicos Remetidos ao STF	3
Processos Remetidos ao STJ	269
Processos Recebidos do STJ	460
Processos Recebidos do STF	141
Processos Remetidos por Baixa Definitiva	1.181
Processos Sobrestados na Corec	804
Agravos Processados	128
TOTAL	3.965

PUBLICAÇÕES — PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	34
Recursos Inadmitidos	280
Recursos Sobrestados e Suspensos	4
Despachos Diversos	105
TOTAL	423

PUBLICAÇÕES — VICE-PRESIDÊNCIA

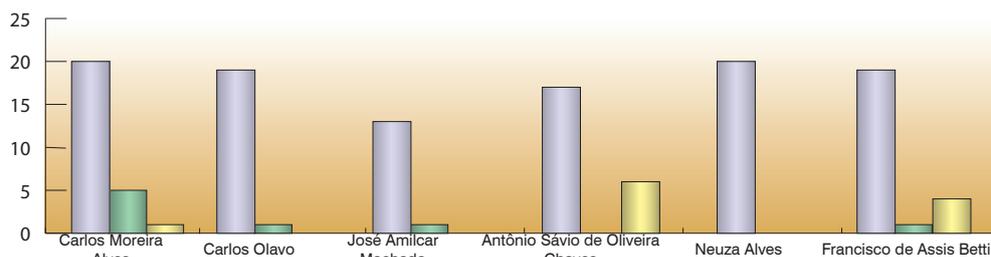
Recursos Admitidos	24
Recursos Inadmitidos	29
Recursos Sobrestados e Suspensos	73
Despachos Diversos	23
TOTAL	149

Dados fornecidos pela Corec

DADOS ESTATÍSTICOS DAS SEÇÕES – JANEIRO/2009

1ª Seção

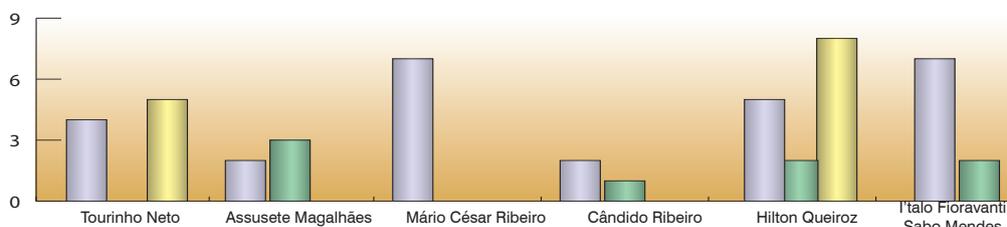
Desembargador Federal
Presidente:
Antônio Ezequiel



	Carlos Moreira Alves	Carlos Olavo	José Amílcar Machado	Antônio Sávio de Oliveira Chaves	Neuza Alves	Francisco de Assis Betti
Distribuídos	20	19	13	17	20	19
Desp. Term. Publicados	5	1	1			1
Julgados	1			6		4
Acórdãos Publicados						

2ª Seção

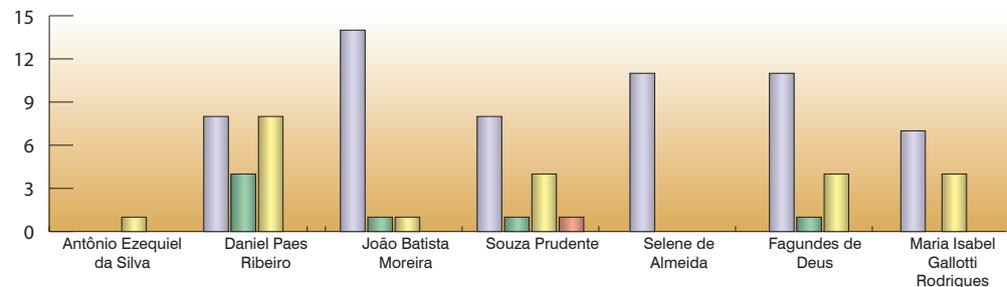
Desembargador Federal
Presidente:
Antônio Ezequiel



	Tourinho Neto	Assusete Magalhães	Mário César Ribeiro	Cândido Ribeiro	Hilton Queiroz	Italo Fioravanti Sabo Mendes
Distribuídos	4	2	7	2	5	7
Desp. Term. Publicados		3		1	2	2
Julgados	5				8	
Acórdãos Publicados						

3ª Seção

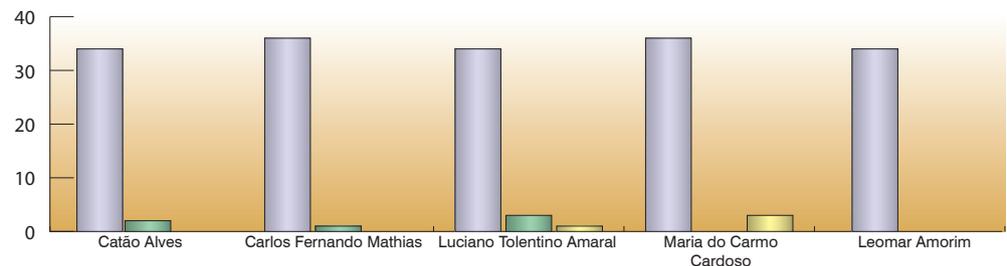
Desembargador Federal
Presidente:
Antônio Ezequiel



	Antônio Ezequiel da Silva	Daniel Paes Ribeiro	João Batista Moreira	Souza Prudente	Selene de Almeida	Fagundes de Deus	Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Distribuídos		8	14	8	11	11	7
Desp. Term. Publicados		4	1	1		1	
Julgados	1	8	1	4		4	4
Acórdãos Publicados				1			

4ª Seção

Desembargador Federal
Presidente:
Antônio Ezequiel

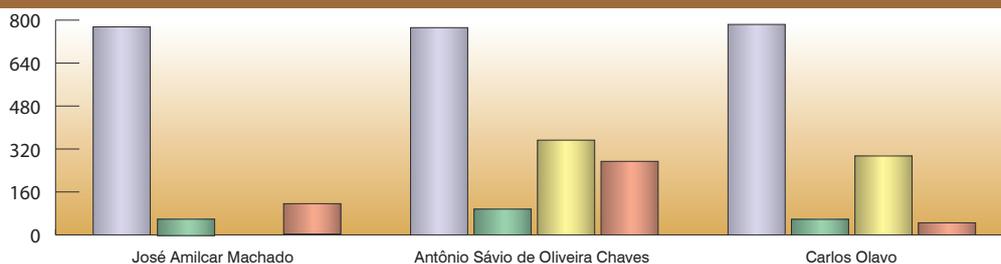


	Catão Alves	Carlos Fernando Mathias	Luciano Tolentino Amaral	Maria do Carmo Cardoso	Leomar Amorim
Distribuídos	34	36	34	36	34
Desp. Term. Publicados	2	1	3		
Julgados			1	3	
Acórdãos Publicados					

Desembargadores Federais Presidentes das Seções não participam das sessões na condição de Relator, Revisor ou Vogal.

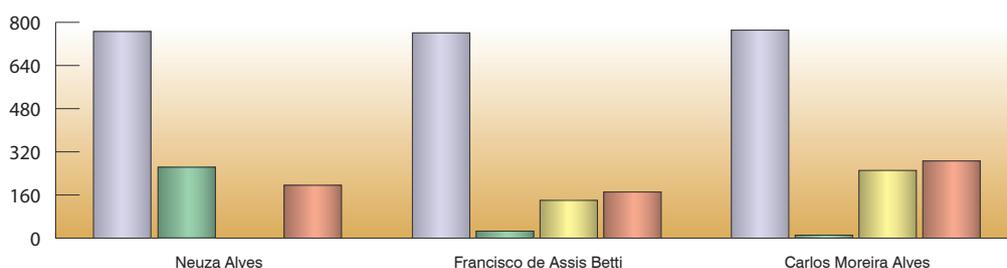
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – JANEIRO/2008

1ª Turma



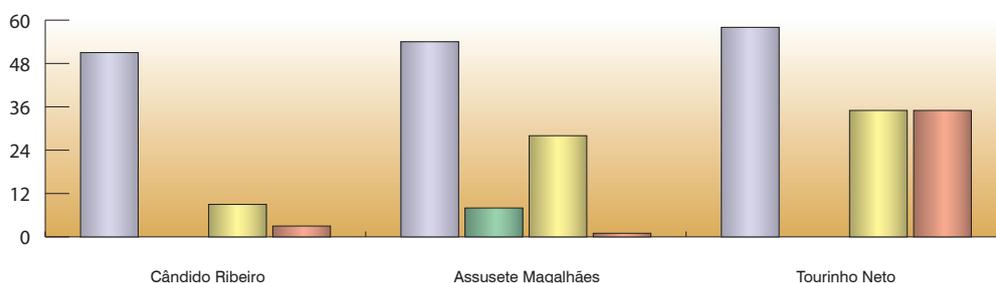
Distribuídos	766	761	711
Desp. Term. Publicados	262	26	11
Julgados	140	140	251
Acórdãos Publicados	196	171	286

2ª Turma



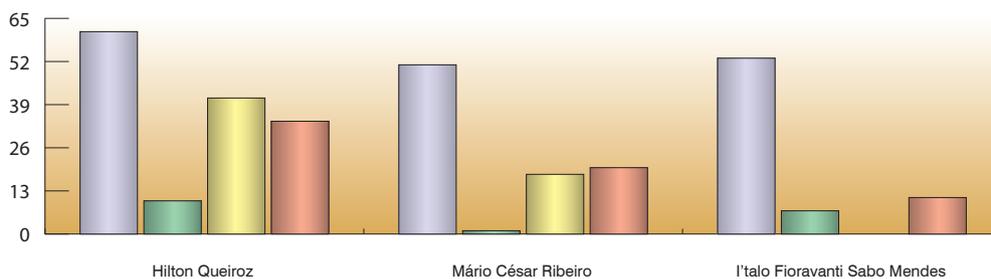
Distribuídos	775	772	784
Desp. Term. Publicados	61	96	58
Julgados	113	353	294
Acórdãos Publicados	113	274	45

3ª Turma



Distribuídos	51	54	58
Desp. Term. Publicados	9	8	35
Julgados	3	28	35
Acórdãos Publicados	3	1	35

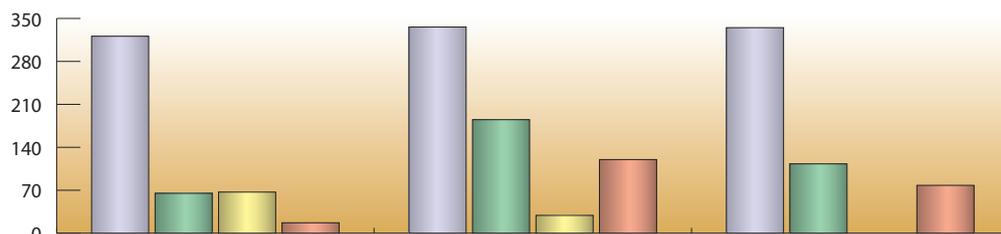
4ª Turma



Distribuídos	61	51	53
Desp. Term. Publicados	10	1	7
Julgados	41	18	11
Acórdãos Publicados	34	20	11

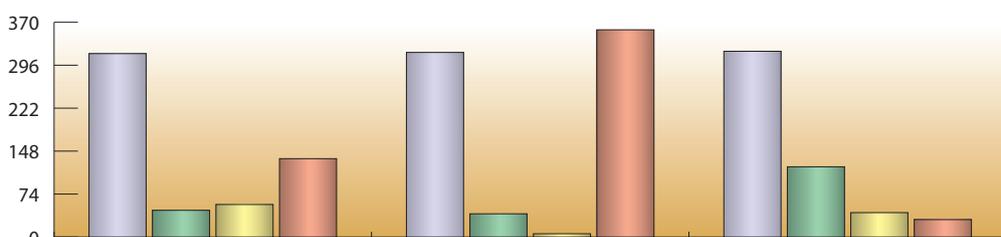
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – JANEIRO/2009

5ª Turma



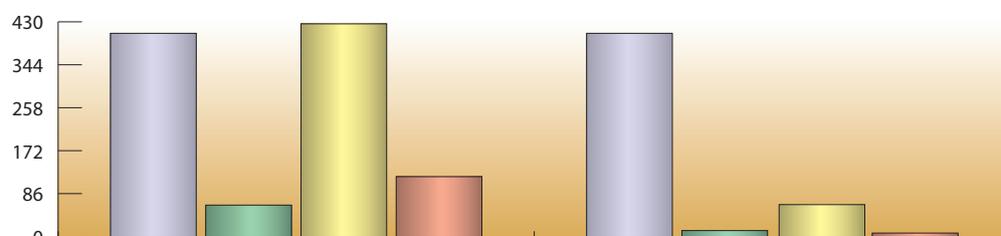
	Fagundes de Deus	João Batista Moreira	Selene de Almeida
Distribuídos	321	336	335
Desp. Term. Publicados	65	185	113
Julgados	67	29	
Acórdãos Publicados	17	120	78

6ª Turma



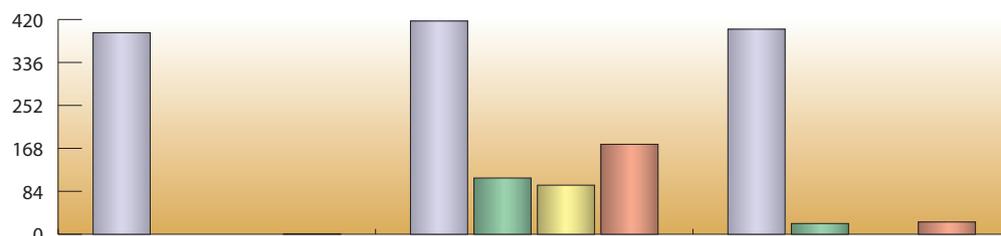
	Daniel Paes Ribeiro	Souza Prudente	Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Distribuídos	316	318	320
Desp. Term. Publicados	46	40	121
Julgados	56	1	42
Acórdãos Publicados	135	357	30

7ª Turma



	Catão Alves	Luciano Tolentino Amaral
Distribuídos	407	407
Desp. Term. Publicados	63	12
Julgados	426	64
Acórdãos Publicados	120	7

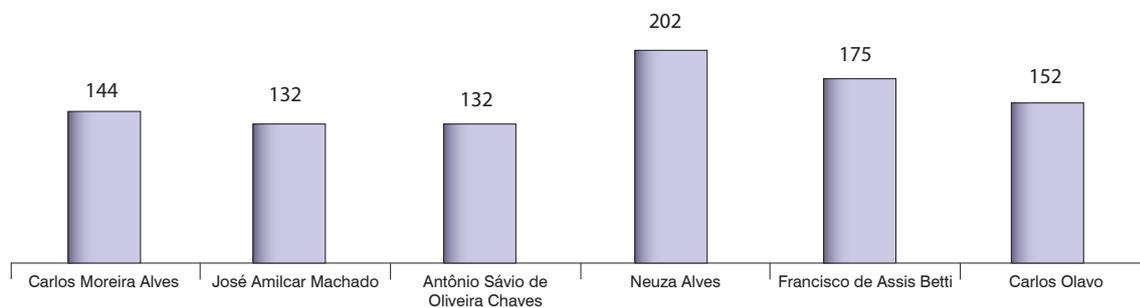
8ª Turma



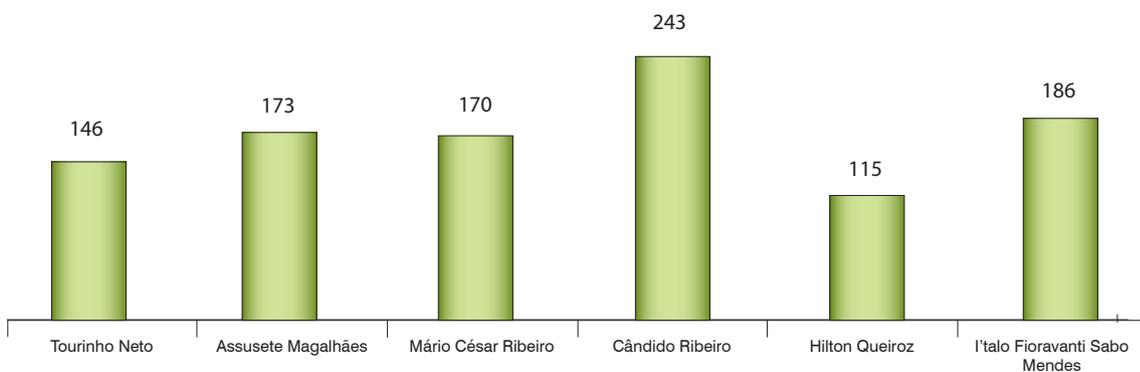
	Carlos Fernando Mathias	Maria do Carmo Cardoso	Leomar Amorim
Distribuídos	394	417	401
Desp. Term. Publicados		110	21
Julgados		96	
Acórdãos Publicados	1	176	24

PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS SEÇÕES – JANEIRO/2009

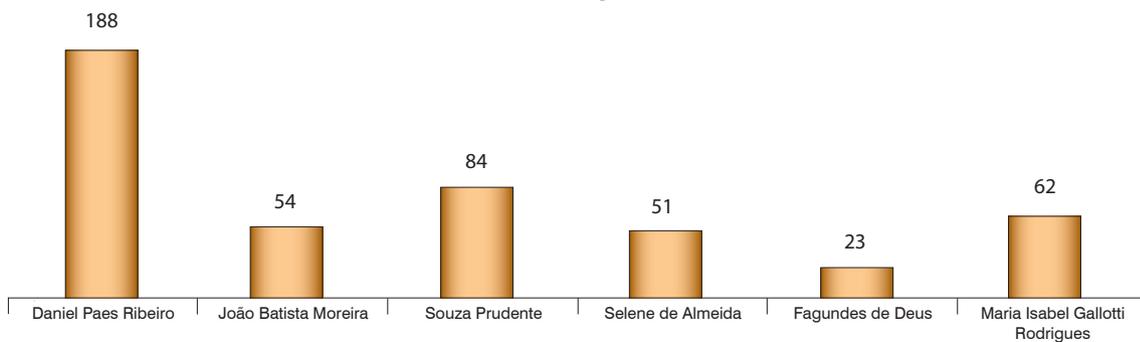
1ª Seção



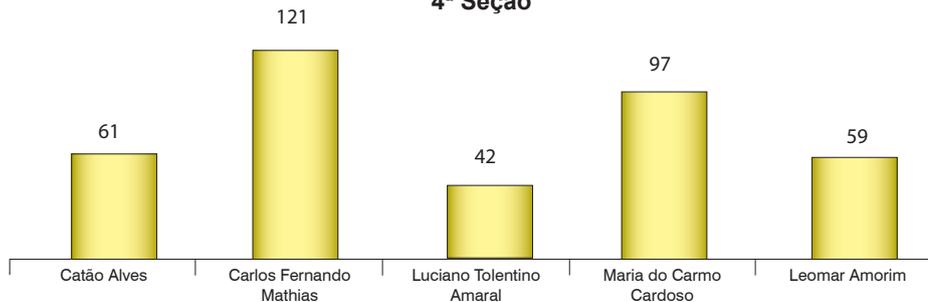
2ª Seção



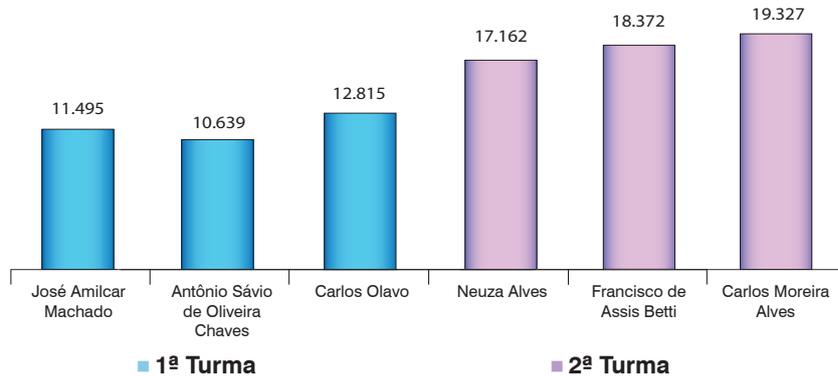
3ª Seção



4ª Seção

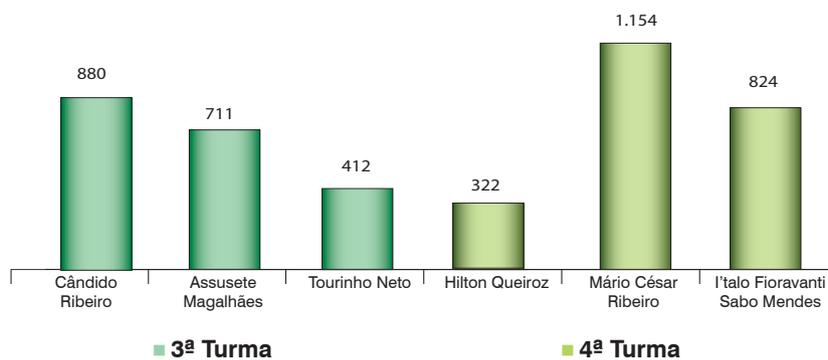


PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS TURMAS – JANEIRO/2009

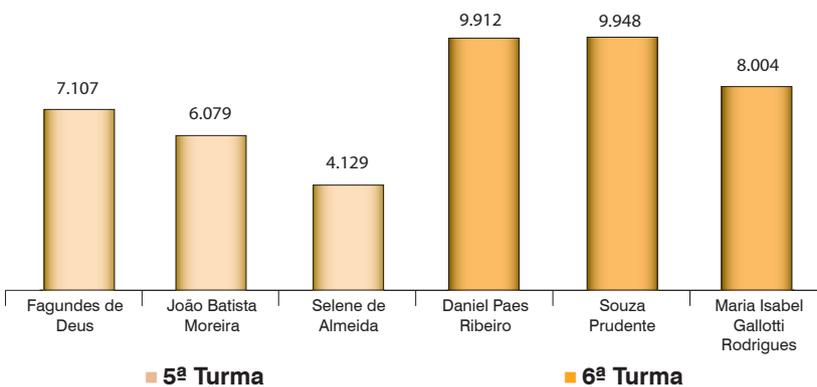


COMPETÊNCIA (Art. 8º do RITRF)

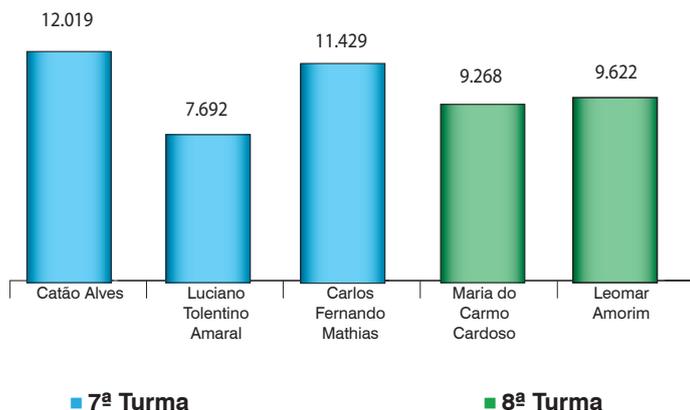
À Primeira Seção, Primeira e Segunda Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:
I – servidores públicos civis e militares, exceto quando a matéria estiver prevista na competência de outra seção;
II – benefícios assistenciais, previdenciários do regime geral da previdência social e de 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

JUÍZES CONVOCADOS JANEIRO/2009	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Adverci Rates Mendes de Abreu	1ª Seção		5	
	2ª Turma	64	230	
André Prado de Vasconcelos	2ª Turma			7
Ávio Mozar José Ferraz de Novaes	3ª Seção		5	
	5ª Turma	49	168	60
Carlos Augusto Pires Brandão	6ª Turma			80
Carlos Eduardo Castro Martins	3ª Seção		5	
	6ª Turma	49	49	
Cesar Augusto Bearsi	5ª Turma	1		7
César Cintra Fonseca	2ª Seção		2	
	3ª Turma	6	27	
Cleberson José Rocha	4ª Seção		6	
	8ª Turma	95	72	48
David Wilson de Abreu Pardo	6ª Turma			81
Evaldo de Oliveira Fernandes, filho	1ª Seção		7	
	1ª Turma	22	155	63
Iran Velasco Nascimento	2ª Turma			41
Itelmar Raydan Evangelista	4ª Seção	5		1
	7ª Turma	106	67	102
João Carlos Costa Mayer Soares	6ª Turma			20
Klaus Kuschel	4ª Turma	2	15	14
Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo	3ª Turma	4		22
Marcelo Velasco Nascimento Albernaz	3ª Seção			1
	5ª Turma	57		25
Mark Yshida Brandão	8ª Turma	11		3
Moacir Ferreira Ramos	3ª Seção			15
Mônica Neves Aguiar da Silva	2ª Turma			2
Ney de Barros Bello Filho	4ª Turma			3
Osmane Antonio dos Santos	4ª Seção		3	
	8ª Turma	44	30	200

JUÍZES CONVOCADOS JANEIRO/2009	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Pedro Francisco da Silva	3ª Seção		1	
	5ª Turma		29	9
Rafael Paulo Soares Pinto	4ª Seção		2	
	7ª Turma	241	114	182
Reynaldo Soares da Fonseca	3ª Turma			1
Roberto Carvalho Veloso	8ª Turma			1
Rogéria Maria Castro Debelli	2ª Turma			35
Rosimayre Gonçalves de Carvalho	2ª Seção	1	1	
	4ª Turma	2	44	12
Sônia Diniz Viana	1ª Turma		18	56

Foram distribuídos 35 processos para o Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista na 1ª Seção e 397 na 7ª Turma.

DESEMBARGADORES FEDERAIS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Antônio Ezequiel da Silva	7ª Turma			1
Tourinho Neto	2ª Turma			1
Carlos Olavo	4ª Seção			1
	7ª Turma			10

ASSESSORIA DE RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS DA PRESIDÊNCIA

Recursos Extraordinários Admitidos (Asret)	17
Recursos Especiais Admitidos (Asret)	58
Recursos Extraordinários Inadmitidos (Asret)	160
Recursos Especiais Inadmitidos (Asret)	459
Despachos Diversos (Asret)	54
Decisões Diversas (Asret)	18
Decisões em Plantão (Asret)	5
Suspensão de Liminar Deferida (Asret)	1
Suspensões de Liminares Indeferidas (Asret)	2
Suspensão de Segurança Deferida (Asret)	1
Suspensão de Segurança Indeferida (Asret)	1
Agravo Regimental Não Provido (Asret)	1
Embargos de Declaração Rejeitados (Asret)	121
Embargo de Declaração Não Conhecido (Asret)	1
Recursos Especiais Sobrestados na Corec (Asret)	41
Recursos Extraordinários Sobrestados na Corec (Asret)	6
Memorandos Expedidos (Asret)	5
Ofícios Expedidos (Asret)	7
Informações em Mandados de Segurança (Secre)	2
Informações Prestadas à AGU (Secre)	2
Informação em Ação Ordinária (Secre)	1
Despachos em Procedimentos Administrativos (Secre)	18
Apostila (Secre)	3
Atos (Secre)	48
Portarias (Secre)	11
Ofícios (Secre)	43
TOTAL	1.086

Dados fornecidos pela Asret e Secre

VICE-PRESIDÊNCIA

Recursos Especiais Admitidos	9
Recursos Especiais Inadmitidos	22
Recursos Extraordinários Admitidos	12
Recursos Extraordinários Inadmitidos	5
Decisões	37
Processos Sobrestados	28
TOTAL	113

Dados do Gabinete da Vice-Presidência

COORDENADORIA DE RECURSOS

Processos Recebidos das Turmas e Seções	1.360
Processo Remetido à ASVIP	35
Processos Remetidos à ASRET	640
Processos Remetidos ao STF	193
Recursos Extraordinários Eletrônicos Remetidos ao STF	13
Processos Remetidos ao STJ	375
Processos Recebidos do STJ	435
Processos Recebidos do STF	224
Processos Remetidos por Baixa Definitiva	1.679
Processos Sobrestados na Corec	643
Agravos Processados	246
TOTAL	5.843

PUBLICAÇÕES — PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	51
Recursos Inadmitidos	433
Recursos Sobrestados e Suspensos	2
Despachos Diversos	186
TOTAL	672

PUBLICAÇÕES — VICE-PRESIDÊNCIA

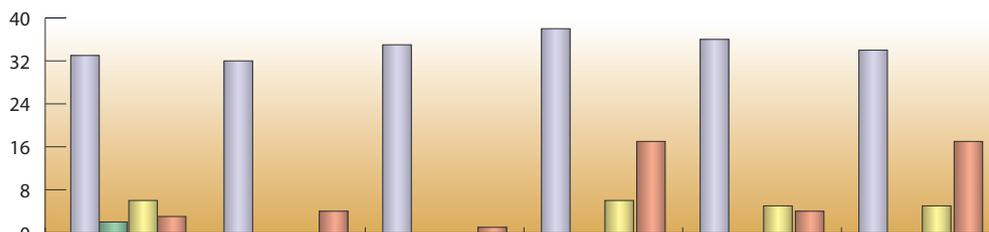
Recursos Admitidos	88
Recursos Inadmitidos	189
Recursos Sobrestados e Suspensos	105
Despachos Diversos	115
TOTAL	497

Dados fornecidos pela Corec

DADOS ESTATÍSTICOS DAS SEÇÕES – FEVEREIRO/2009

1ª Seção

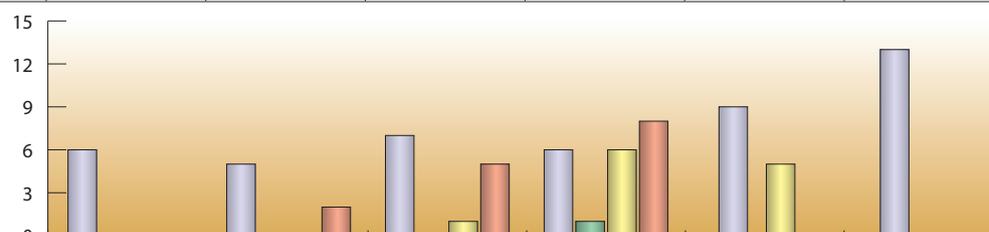
Desembargador Federal
Presidente:
Antônio Ezequiel



	Carlos Moreira Alves	Carlos Olavo	José Amílcar Machado	Antônio Sávio de Oliveira Chaves	Neuza Alves	Francisco de Assis Betti
Distribuídos	33	32	35	38	36	34
Desp. Term. Publicados	2					
Julgados	6			6	5	5
Acórdãos Publicados	3	4	1	17	4	17

2ª Seção

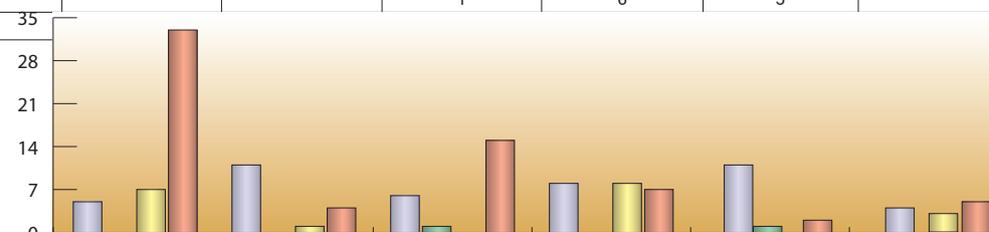
Desembargador Federal
Presidente:
Antônio Ezequiel



	Tourinho Neto	Assusete Magalhães	Mário César Ribeiro	Cândido Ribeiro	Hilton Queiroz	I'alo Fioravanti Sabo Mendes
Distribuídos	6	5	7	6	9	13
Desp. Term. Publicados				1		
Julgados			1	6	5	
Acórdãos Publicados						

3ª Seção

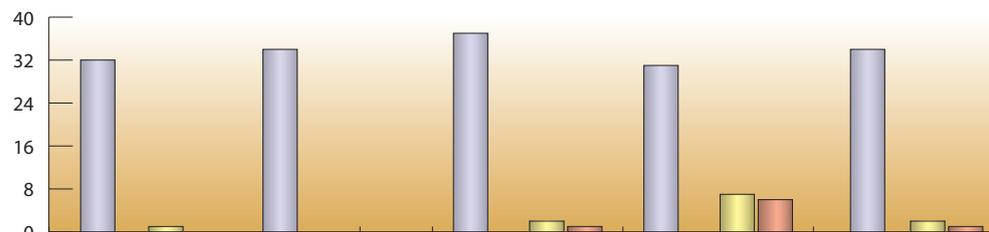
Desembargador Federal
Presidente:
Antônio Ezequiel



	Daniel Paes Ribeiro	João Batista Moreira	Souza Prudente	Selene de Almeida	Fagundes de Deus	Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Distribuídos	5	11	6	8	11	4
Desp. Term. Publicados			1		1	
Julgados	7	1		8		3
Acórdãos Publicados	33	4	15	7	2	5

4ª Seção

Desembargador Federal
Presidente:
Antônio Ezequiel

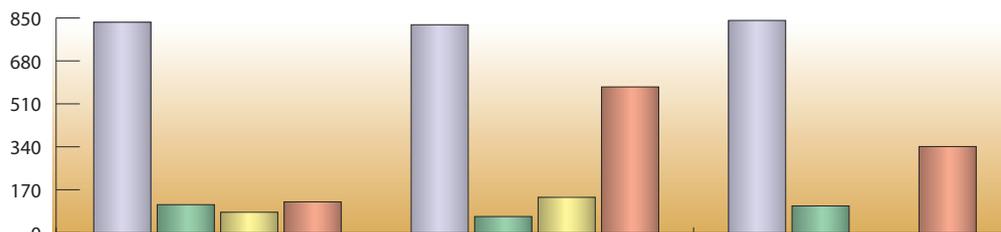


	Catão Alves	Carlos Fernando Mathias	Luciano Tolentino Amaral	Maria do Carmo Cardoso	Leomar Amorim
Distribuídos	32	34	37	31	34
Desp. Term. Publicados					
Julgados	1		2	7	2
Acórdãos Publicados			1	6	1

Desembargadores Federais Presidentes das Seções não participam das sessões na condição de Relator, Revisor ou Vogal.

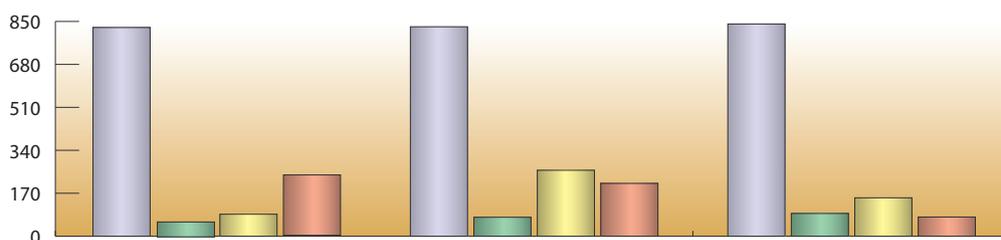
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – FEVEREIRO/2009

1ª Turma



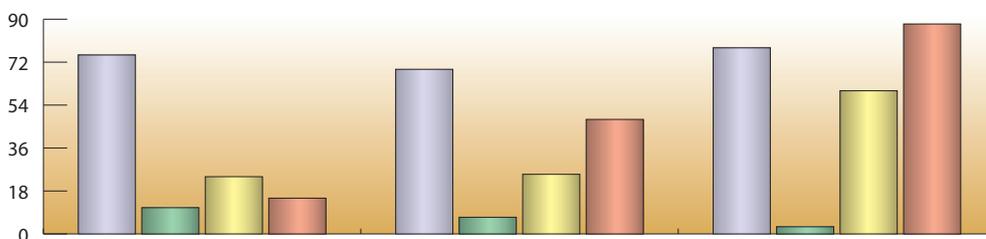
	José Amílcar Machado	Antônio Sávio de Oliveira Chaves	Carlos Olavo
Distribuídos	833	823	840
Desp. Term. Publicados	111	64	106
Julgados	81	140	
Acórdãos Publicados	122	577	341

2ª Turma



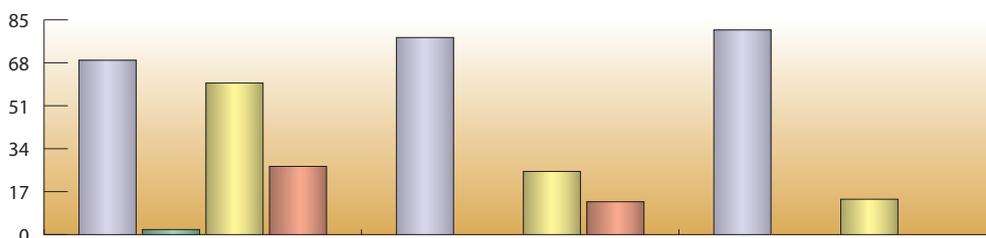
	Neuza Alves	Francisco de Assis Betti	Carlos Moreira Alves
Distribuídos	826	829	840
Desp. Term. Publicados	59	75	90
Julgados	87	261	152
Acórdãos Publicados	239	209	76

3ª Turma



	Cândido Ribeiro	Assusete Magalhães	Tourinho Neto
Distribuídos	75	69	78
Desp. Term. Publicados	11	7	3
Julgados	24	25	60
Acórdãos Publicados	15	48	88

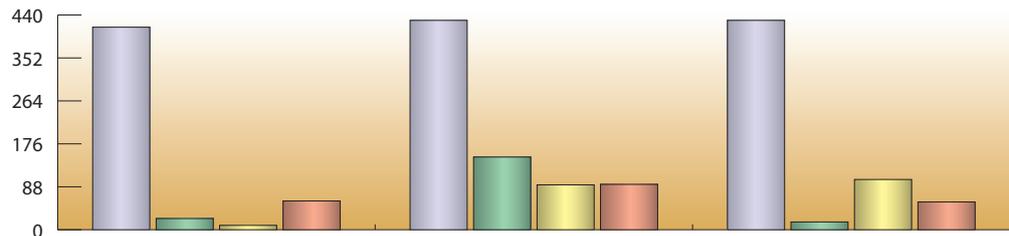
4ª Turma



	Hilton Queiroz	Mário César Ribeiro	I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Distribuídos	69	78	81
Desp. Term. Publicados	2		
Julgados	60	25	14
Acórdãos Publicados	27	13	

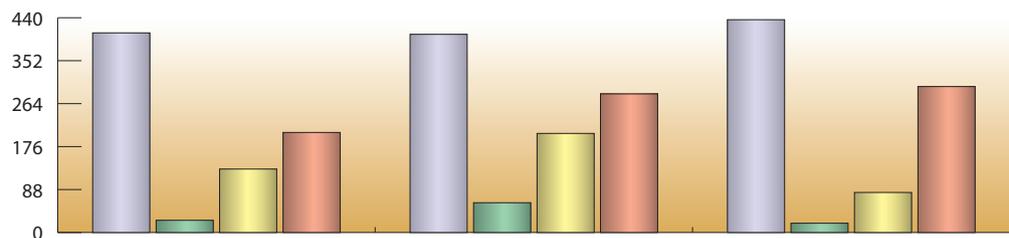
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – FEVEREIRO/2009

5ª Turma



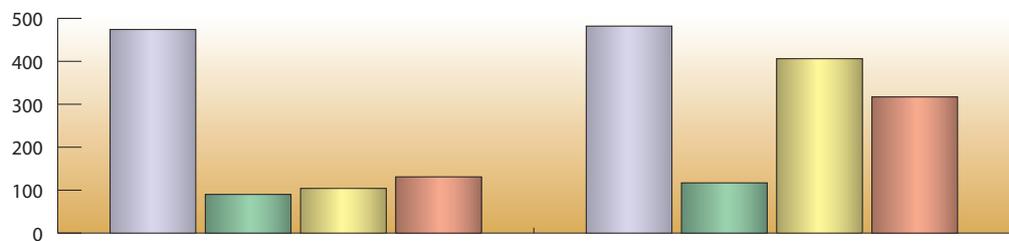
	Fagundes de Deus	João Batista Moreira	Selene de Almeida
Distribuídos	415	429	429
Desp. Term. Publicados	23	149	16
Julgados	9	92	103
Acórdãos Publicados	59	93	57

6ª Turma



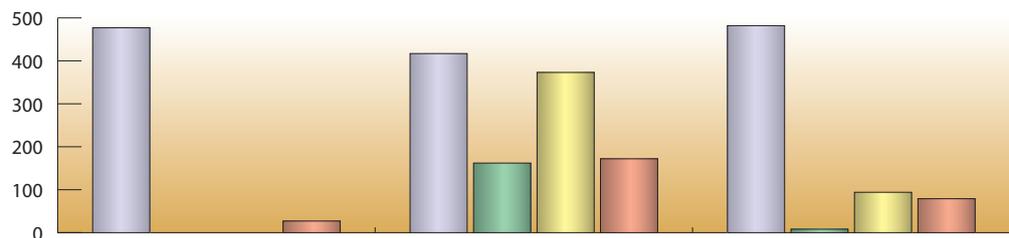
	Daniel Paes Ribeiro	Souza Prudente	Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Distribuídos	409	406	436
Desp. Term. Publicados	25	61	19
Julgados	130	203	82
Acórdãos Publicados	205	284	299

7ª Turma



	Catão Alves	Luciano Tolentino Amaral
Distribuídos	474	482
Desp. Term. Publicados	90	117
Julgados	104	406
Acórdãos Publicados	131	317

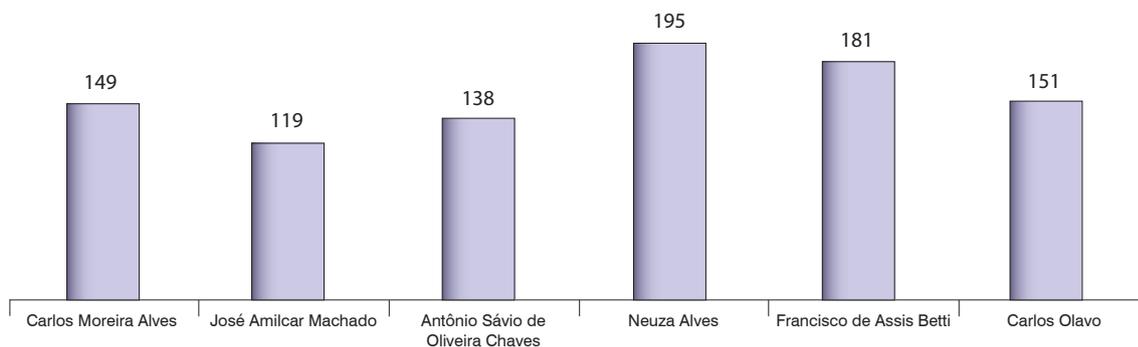
8ª Turma



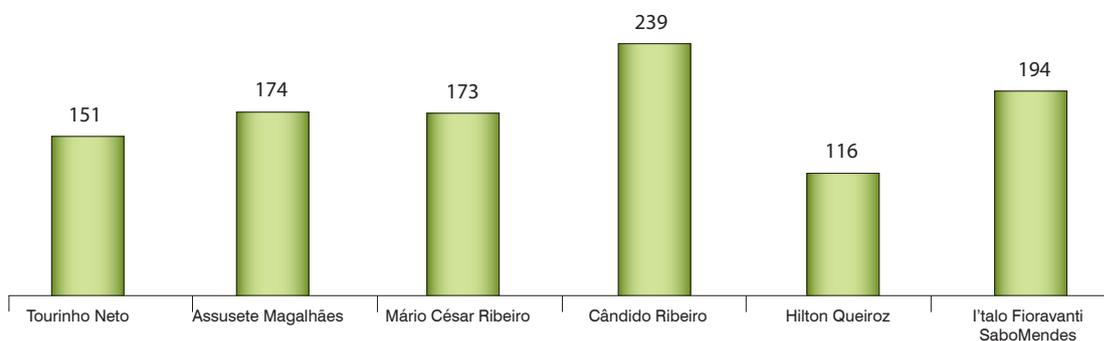
	Carlos Fernando Mathias	Maria do Carmo Cardoso	Leomar Amorim
Distribuídos	477	417	482
Desp. Term. Publicados		162	8
Julgados		373	94
Acórdãos Publicados	27	172	79

PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS SEÇÕES – DEZEMBRO/2008

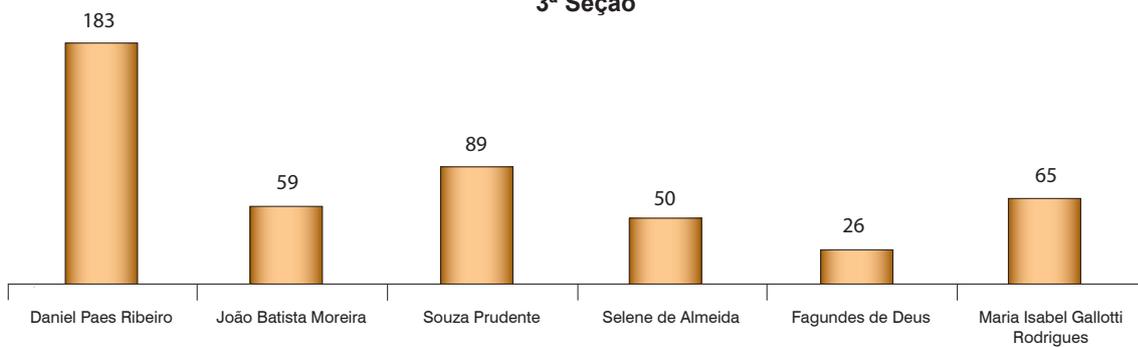
1ª Seção



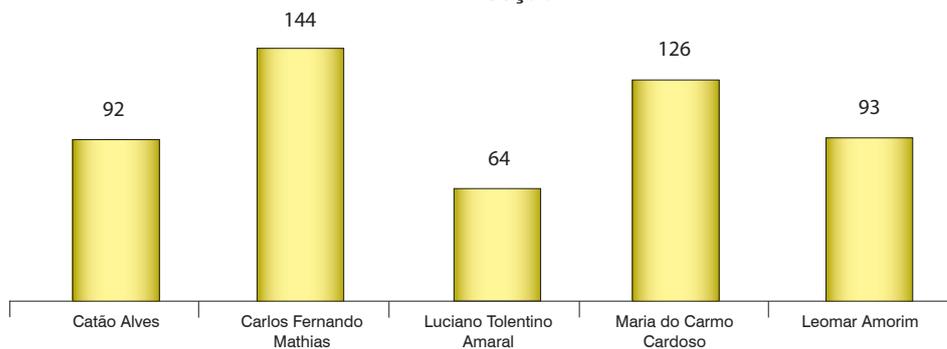
2ª Seção



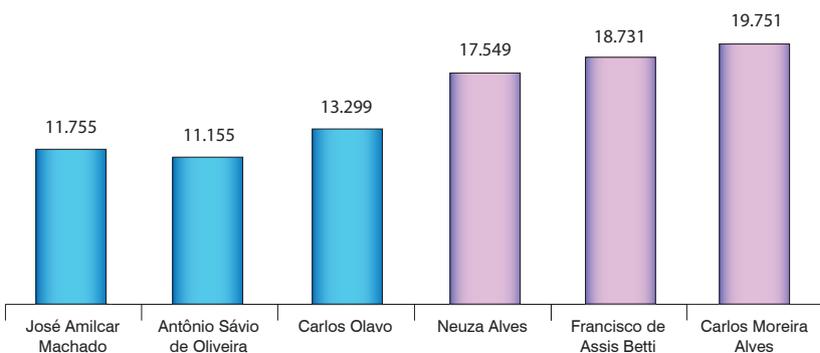
3ª Seção



4ª Seção



PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS TURMAS – FEVEREIRO/2009

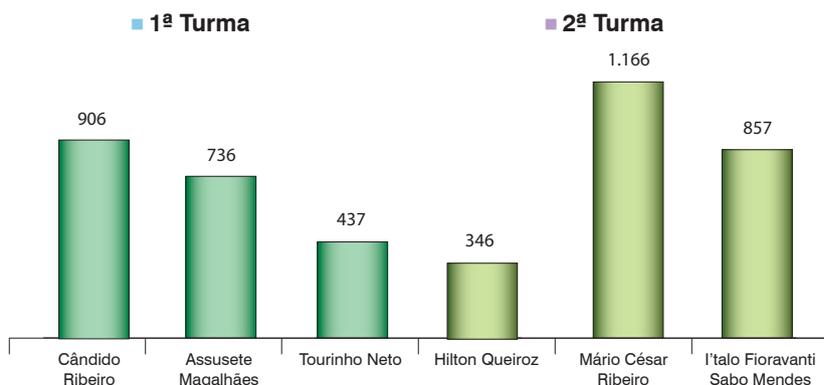


COMPETÊNCIA

(Art. 8º do RITRF)

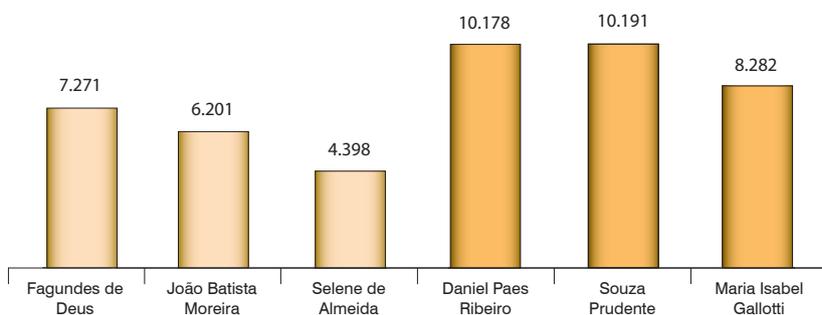
À Primeira Seção, Primeira e Segunda Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- 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.



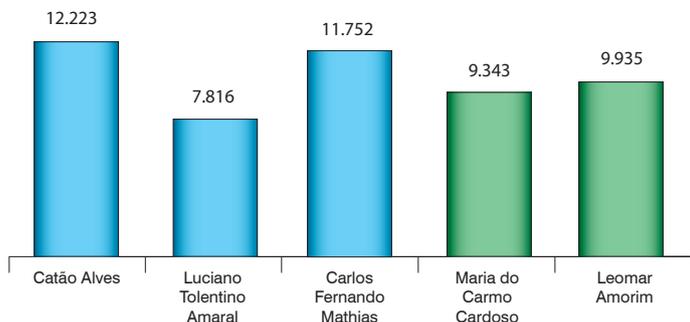
À Segunda Seção, Terceira e Quarta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- 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

JUÍZES CONVOCADOS FEVEREIRO/2009	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Adverci Rates Mendes de Abreu	1ª Seção		23	5
	2ª Turma	133	40	
Anamaria Reys resende	1ª Seção	1		
	3ª Seção	2		
	7ª Turma			6
André Prado de Vasconcelos	2ª Turma		2	3
Antônio Cláudio Macedo da Silva	1ª Seção		1	
Àvio Mozar José Ferraz de Novaes	3ª Seção			5
	5ª Turma	159		233
Carlos Augusto Pires Brandão	6ª Turma			20
Carlos Eduardo Castro Martins	3ª Seção			1
	6ª Turma	25	21	18
Cesar Augusto Bearsi	3ª Seção			2
	5ª Turma			7
César Cintra Fonseca	3ª Turma	5	4	26
	5ª Turma			6
Cleberson José Rocha	4ª Seção			4
	8ª Turma	111	86	101
David Wilson de Abreu Pardo	6ª Turma	70	72	136
Evaldo de Oliveira Fernandes Filho	1ª Seção		4	6
	1ª Turma	152	67	149
Francisco Neves da Cunha	2ª Turma			1
Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho	4ª Seção		1	
	7ª Turma	18		42
Guilherme Medonça Doehler	1ª Seção		14	
	1ª Turma	6	178	18
	7ª Turma			5
Iran Velasco Nascimento	2ª Turma		46	262
Itelmar Raydan Evangelista	1ª Turma		2	2
	7ª Turma	125	155	114
João Carlos Costa Mayer Soares	6ª Turma			7
Kátia Balbino de Carvalho Ferreira	2ª Turma		13	

JUÍZES CONVOCADOS FEVEREIRO/2009	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Klaus Huschel	4ª Turma	2	33	23
Leão Aparecido Alves	3ª Seção		1	
	8ª Turma		4	
Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo	3ª Turma			18
Marcelo Dolzany da Costa	5ª Turma			18
Marcelo Velasco Nascimento Albernaz	3ª Seção		1	75
	5ª Turma	12		
Mark Yshida Brandão	8ª Turma	1	42	1
Moacir Ferreira Ramos	6ª Turma		1	
Osmane Antonio dos Santos	4ª Seção			7
	8ª Turma	47	162	477
Pedro Francisco da Silva	3ª Seção	1	4	1
	5ª Turma	105	67	50
Pompeu de Sousa Brasil	2ª Turma			2
Rafael Paulo Soares Pinto	4ª Seção			1
	7ª Turma	14	33,	26
Reynaldo Soares da Fonseca	3ª Turma		13	4
Roberto Carvalho Veloso	8ª Turma		2	4
Rogéria Maria Castro Debelli	2ª Turma		12	7
Rosimayre Gonçalves de Carvalho	2ª Seção		4	
	4ª Turma	4	47	29
Simone dos Santos Lemos Fernandes	1ª Turma			2
Sônia Diniz Viana	1ª Turma		12	10
Urbano Leal Berquó Neto	3ª Seção		1	

Foram distribuídos para o Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista 9 processos na 4ª Seção e 381 na 7ª Turma.

DESEMBARGADORES FEDERAIS QUE ATUARAM EM OUTRAS TURMAS E SEÇÕES

DESEMBARGADORES FEDERAIS FEVEREIRO/2009	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Jirair Aram Meguerian	1ª Turma			2
Olindo Menezes	2ª Seção			7
Carlos Olavo	7ª Turma	2		2
Souza Prudente	5ª Turma			283
Maria do Carmo Cardoso	6ª Turma		1	
Luiz Gonzaga Barbosa Moreira	1ª Turma			1

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.

*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*, veículo de divulgação das decisões da Corte, expressas em acórdãos (inteiros teores) e em decisões monocráticas, propõe-se, além desse objetivo institucional, também a divulgar a produção intelectual de autores do meio jurídico, trazendo a lume temas da atualidade jurídica, pela publicação de artigos especializados nas seções intituladas “Artigos Doutrinários” e “Tópicos Jurídicos”, selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

Normas editoriais para encaminhamento de artigos e tópicos jurídicos

- A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores.
- A priorização da publicação dos artigos enviados decorrerá de juízo de oportunidade da *Revista do TRF 1ª Região*.
- O Artigo Doutrinário ou Tópico Jurídico deve conter uma Folha de Rosto identificada com: a) título em português com no máximo 15 palavras; b) nome completo do autor, seguido da sua titularidade; e c) endereço completo, telefone e e-mail do autor.
- As opiniões emitidas são de exclusiva responsabilidade dos autores, não representando, necessariamente, o pensamento do TRF 1ª Região.
- Os originais dos trabalhos publicados bem como materiais gráficos que os acompanhem não serão devolvidos aos autores.
- A *Revista* não publicará trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional.
- Os artigos doutrinários, para melhor compreensão do pensamento do autor, devem conter necessariamente um tópico de conclusões.
- A *Revista* reserva-se o direito de não publicar trabalhos que não sejam inéditos, ressalvados os casos excepcionais.

Normas para elaboração dos trabalhos

- Os trabalhos encaminhados à *Revista* devem estar digitados em Word (ambiente Windows), na fonte *Times New Roman*, corpo 12, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e tamanho A4, com títulos e subtítulos destacados do corpo do texto. Solicita-se que sejam enviados para o e-mail revista@trf1.gov.br.
- Utilizar somente itálico para realçar palavras ou expressões em lugar de negrito ou sublinhado.
- As referências bibliográficas devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.
- Os trabalhos, redigidos em português, devem expressar produção inédita ou recente, com observância da norma culta da Língua Portuguesa. Na seção intitulada “Artigos Doutrinários”, deverão conter no mínimo 10 (dez) e no máximo 30 (trinta) laudas e, na seção “Tópicos Jurídicos”, podem conter entre 2 (duas) e 9 (nove) laudas.
- A *Revista do TRF 1ª Região* se reserva o direito de fazer as revisões gramaticais e alterações pertinentes, bem como adequar os trabalhos às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.
- Ao(s) autor(es) será fornecido três exemplares da Revista que serão enviados para o endereço identificado na Folha de Rosto.
- Para dirimir eventuais dúvidas, entrar em contato pelos telefones: 3221-6675, 3221-6700 ou pelo e-mail cojud-revista@trf1.gov.br.

