

# Revista

do Tribunal Regional Federal da Primeira Região  
v. 29 n. 5/6 maio/junho 2017

ISSN 0103-703-X

R. TRF1	Brasília	v. 29	n. 5/6	p. 1/224	maio/junho 2017
---------	----------	-------	--------	----------	-----------------

# Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal Souza Prudente – Diretor

## Coordenação

Ana Clara de Barros Balsalobre – Diretora/COJUD

## Supervisão

Luciana Fernandes Menezes – Supervisora/SEREV

## Edição

Ana Clara de Barros Balsalobre

Gabriela Vaz Junqueira Artiaga

## Revisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

Leandro Scapellato Cruz

Maria Aparecida Guimarães da Cruz Nunes

## Editoração eletrônica

José Hugo de Lima Reis – prestador de serviço

Luciana Fernandes Menezes

Matuzalém Braga dos Santos

## Capa e projeto gráfico

Luciana Fernandes Menezes

## Distribuição

Joilma de Oliveira Souza – prestadora de serviço

Zilda Maria Regina Dutra

## Impressão

Núcleo de Serviços Gráficos – NUGRA/SECGE

Tiragem: 800 exemplares

## Confecção de chapas CTP

Studio Produções Gráficas

## Seção de Apoio à Revista – Serev/Cojud/TRF1

SAS Sul – Quadra 1 – Bloco C – Ed. Anexo I – Sala 110

70.096-900 – Brasília/DF

Telefones: (61) 3410-3574 e 3410-3571 – Fax: (61) 3410-3573

*E-mail*: cojud-revista@trf1.jus.br

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

A Revista realiza a diagramação, conferência com os originais, padronização e revisão textual das matérias, em conformidade com o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa (Decreto 6.583, de 29 de setembro de 2008), com a NBR 6021/ABNT e com projeto editorial próprio.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Disponível também em:

<<http://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/jurisprudencia/revista/revista-do-trf.htm>>.

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 1, 1989-

v.

Publicada mensalmente de nov. 2000-dez. 2012.

Publicada bimestralmente a partir de janeiro de 2013.

ISSN 0103-703-X

1. Direito, periódico. 2. Tribunal regional federal, jurisprudência,  
periódico, Brasil. I. Brasil. Tribunal Regional Federal (Região, 1.) (TRF1)

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

# Conselho Editorial

## Membros Internos

Hilton Queiroz  
I'talo Mendes  
João Batista Moreira  
Jirair Aram Meguerian  
Olindo Menezes  
Mário César Ribeiro  
Cândido Ribeiro  
Carlos Moreira Alves  
José Amilcar Machado  
Daniel Paes Ribeiro  
Souza Prudente  
Maria do Carmo Cardoso  
Neuza Alves  
Francisco de Assis Betti  
Ângela Catão  
Mônica Sifuentes  
Kassio Marques  
Néviton Guedes  
Novély Vilanova  
Ney Bello  
Marcos Augusto de Sousa  
João Luiz de Sousa  
Gilda Sigmaringa Seixas  
Jamil de Jesus Oliveira  
Hercules Fajoses  
Carlos Augusto Pires Brandão  
Francisco Neves da Cunha

## Membros Externos

Arnoldo Wald  
Antônio Augusto Brandão de Aras  
Clito Fornaciari Júnior  
Dalmo de Abreu Dallari  
Fernando da Costa Tourinho Filho  
Flávia Piovesan  
Guilherme de Souza Nucci  
Humberto Theodoro Júnior  
Ingo Wolfgang Sarlet  
Ives Gandra da Silva Martins  
Jorge Miranda  
José Afonso da Silva  
José Carlos Moreira Alves  
José Joaquim Gomes Canotilho  
José Renato Nalini  
José Rubens Morato  
Luiz Guilherme Marinoni  
Marçal Justen Filho  
Maria Sylvia Zanella Di Pietro  
Nabor Bulhões  
Nelson Nery Júnior  
Patryck de Araújo Ayala  
Paulo Affonso Leme Machado  
Paulo Bonavides  
Paulo de Bessa Antunes  
Ronaldo Poletti  
Sérgio Cruz Arenhart

#### Arnoldo Wald

Advogado. Professor. Jurista. Parecerista. Conferencista. Doutor em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil (1956). Procurador do Estado do Rio de Janeiro (1963/1985). Procurador-geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro (1965/1967). Doutor *honoris causa* da Universidade de Paris II (França, 1997). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro do Conselho Municipal de Estudos Constitucionais do Município de São Paulo (1993). Membro da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (2003/2012). Membro do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos (Conjur) da Fisp (2004). Doutor *honoris causa* pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (2007). Membro emérito do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP (2011). Membro da *Académie Internationale de Droit Comparé*. Membro da *Société de Législation Comparée*. Membro de numerosas outras entidades culturais nacionais e estrangeiras.

#### Antônio Augusto Brandão de Aras

Jurista. Parecerista. Conferencista. Subprocurador-geral da República (desde 1987). Procurador regional eleitoral na Bahia (1991/1993), representante do MPF no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade (2008/2010) e corregedor auxiliar do MPF (2012/2013). Professor da Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU (desde 2002). Integrante da comissão de juristas constituída pelo Ministério da Justiça para a elaboração do projeto de lei da nova Ação Civil Pública. Participou da comissão de juristas constituída pela Universidade de Brasília, Senado, Câmara Federal e Conselho Federal da OAB para os estudos destinados à Reforma Eleitoral (2009).

#### Clito Fornaciari Júnior

Advogado. Professor. Jurista. Parecerista. Conferencista. Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Participou da elaboração de normas infraconstitucionais relativas à reforma constitucional de 1977 junto à Procuradoria-Geral da República. Participa do Conselho de Redação da *Revista de Processo*, *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, da *Revista Autônoma de Processo e da Revista Autônoma de Direito Privado*. Membro da *International Bar Association*. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família.

#### Dalmo de Abreu Dallari

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor doutor emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Membro da Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese de São Paulo, da qual foi presidente. Membro da Associação Brasileira de Juristas Democratas. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP. Professor catedrático da Unesco na cadeira de Educação para a Paz, Direitos Humanos e Democracia e Tolerância, criada na Universidade de São Paulo.

#### Fernando da Costa Tourinho Filho

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Membro aposentado do Ministério Público de São Paulo. Membro emérito do Instituto Baiano de Direito Processual Penal – IBADPP. Professor doutor de Direito Processual Penal em diversas universidades federais.

#### Flávia Piovesan

Jurista. Conferencista. Parecerista. Procuradora do Estado de São Paulo. Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de Direitos Humanos dos Programas de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da *Universidad Pablo de Olavide* (Sevilha, Espanha). Membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. Secretária Especial de Direitos Humanos do Governo interino de Michel Temer (2016).

#### Guilherme de Souza Nucci

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Professor. Jurista. Parecerista. Conferencista. Mestre em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996) e doutor em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998). Livre-docente em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004).

#### Humberto Theodoro Júnior

Jurista. Parecerista. Conferencista. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professor de diversas faculdades de Direito em Minas Gerais. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Membro do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e da *International Association of Procedural Law*. Integrou a comissão de juristas encarregados pelo Senado Federal da elaboração do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro (2009/2010).

#### Ingo Wolfgang Sarlet

Jurista. Conferencista. Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Doutor pela *Ludwig-Maximilians-Universität München*. Pós-doutorado na Universidade de Munique. Coordenador do Núcleo de Estudos de Direitos Fundamentais.

#### Ives Gandra da Silva Martins

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Doutor pela Universidade Mackenzie. Professor emérito das Universidades Mackenzie, Unip, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O Estado de São Paulo, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME, Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Professor honorário das Universidades *Austral* (Argentina), *San Martin de Porres* (Peru) e *Vasili Goldis* (Romênia). Doutor *honoris causa* das Universidades de Craiova (Romênia) e da Pontifícia Universidade do Paraná, e catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Membro das Academias Internacional de Cultura Portuguesa (Lisboa), Lusíada de Ciências, Letras e Artes Internacional de Direito e Economia, Brasileira de Filosofia, Brasileira de Letras Jurídicas, Paulista de Letras, Paulista de História, Paulista de Educação, Paulista de Direito e Paulista de Letras Jurídicas. Membro de diversas bancas examinadoras de concursos públicos. Membro do Comitê Científico (*Seccion Fenomenologia*) *Revista Electronica de Semiotica y Fenomenologia Jurídicas*, Argentina.

**Jorge Miranda**

Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor catedrático jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde ministra aulas nos cursos de mestrado e de doutoramento e é presidente do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Doutor pela Universidade de Lisboa (1979). Professor honorário da Universidade do Ceará (Brasil) e doutor *honoris causa* de várias instituições como a Universidade do Porto (Portugal), a Universidade de Lovaina (Bélgica), a Universidade de Vale do Rio dos Sinos (Porto Alegre, Brasil) e a Universidade de Pau (França). Investigador principal, no âmbito do Centro de Investigação em Direito Público (CIDP), do projeto de investigação plurianual com o título *Informal Changes in Constitutional Law*, com um enfoque na problemática da “Mutação Tácita” da Constitui o no Direito Constitucional Português, Europeu e da América do Sul. Participou ativamente na reda o da Constitui o Portuguesa e das Constitui es de Timor-Leste e de São Tomé e Príncipe.

**José Afonso da Silva**

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Procurador aposentado do Estado de São Paulo. Livre-docente de Direito Financeiro, de Processo Civil e de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG. Livre-docente em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo – USP. Membro do Instituto dos Advogados do Brasil e da Associa o Brasileira de Constitucionalistas Democráticos, da qual foi presidente e fundador. Participou da Assembleia Constituinte que elaborou a Constitui o Federal Brasileira de 1988.

**José Carlos Moreira Alves**

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor. Ex-procurador-geral da República (1972/1975). Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, onde foi presidente (1985/1987). Nessa condi o ocupou a Presidência da República, de 7 a 11 de julho de 1986, em substitui o do Presidente José Sarney. Coube-lhe, como presidente do Supremo Tribunal Federal, declarar instalada a Assembleia Nacional Constituinte, em 1  de fevereiro de 1987. Juiz do Tribunal Superior Eleitoral de 1975 a 1980, tendo sido presidente daquela Corte de 1981 a 1982. Coordenador da Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça (1969/1972 e 1974/1975). Membro da Comissão encarregada de elaborar o Anteprojeto do Código Civil Brasileiro. Presidente da Comissão revisora do Anteprojeto do Código de Processo Penal e presidente da Comissão revisora do Anteprojeto do Código das Contraven es Penais.

**José Joaquim Gomes Canotilho**

Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor catedrático jubilado da Universidade de Coimbra. Licenciado em Direito pela Universidade de Coimbra, onde foi vice-reitor. Prepar o para o doutorado em Freiburg e Heidelberg, na Alemanha. Conselheiro de Estado. Membro da Comissão para a Revisão do Conceito Estratégico da Defesa Nacional. Administrador não Executivo da Funda o *Calouste Gulbenkian*. Membro do Conselho Superior do Ministério Público.

**José Renato Nalini**

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor. Mestre e doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Desembargador aposentado

do Tribunal de Justiça de São Paulo. Imortal da Academia Paulista de Letras e membro da Academia Brasileira da Educa o.

**José Rubens Morato**

Jurista. Pesquisador na área de Direito Ambiental. Coordenador do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco do CNPq. Professor no curso de Direito da Universidade de Santa Catarina – UFSC. Pós-doutor pelo *Centre of Environmental Law*, Macquarie University (Sydney, Austrália). Doutor em Direito Ambiental pela UFSC. Mestre em Direito pela *University College London*. Membro representante da UFSC no Consema/SC. Membro e Consultor da IUCN – *The World Conservation Union – Commission on Environmental Law (Steering Committee)*. Vice-presidente do Instituto “O Direito por um Planeta Verde”. Membro do Conselho Científico da *Revista de Direito Ambiental* da Editora Revista dos Tribunais. Sócio-fundador da Aprodab – Associa o dos Professores de Direito Ambiental do Brasil.

**Luiz Guilherme Marinoni**

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Professor da especializa o da *Universidade Del Litoral* (Argentina) e do doutorado da Pontifícia Universidade Católica (Chile). Pós-doutor pela Universidade Estatal de Milão e *Visiting Scholar* na *Columbia University* (EUA). Ex-procurador da República e ex-presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Subse o de Curitiba.

**Marçal Justen Filho**

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – USP. Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. *Research Scholar na Yale Law School* (EUA) e *Visiting Fellow* no Instituto Universitário Europeu (Itália). Foi professor titular da Faculdade de Direito da UFPR (1986/2006). Coordenador da *Revista de Direito Administrativo Contempor neo – ReDAC*, publicada pela Editora RT.

**Maria Sylvia Zanella Di Pietro**

Jurista. Parecerista. Conferencista. Procuradora aposentada do Estado de São Paulo. Mestre e doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Professora aposentada como titular de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo. Porém, continua vinculada aos cursos de p s-gradua o da mesma faculdade, orientando alunos para mestrado e doutorado, além de ministrar cursos de especializa o como professora convidada. Foi chefe do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Integrou a comissão de juristas que elaborou o anteprojeto de lei que resultou no Código de Defesa do Usuário de Serviço Público do Estado de São Paulo (Lei 10.294/1999). Integrou a comissão de juristas que elaborou a Lei de Processo Administrativo (Lei 9.784/1999) e presidiu a comissão de juristas que preparou o anteprojeto de lei sobre reforma da organiza o administrativa brasileira.

**Nabor Bulhões**

Jurista. Parecerista. Conferencista. Advogado. Professor da Universidade Federal de Alagoas de Direito Penal, Teoria Geral do Processo e Direito Constitucional. Membro da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal. Membro da Comissão Revisora do Código Penal. Membro

da Comissão de Juristas instituída pelo Senado Federal para a elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código Penal (2011/2012). Membro da Comissão Mista de Reforma do Poder Judiciário – OAB/AMB. Membro da Comissão de Acompanhamento da Reforma do Judiciário do Conselho Federal da OAB (2004). Ex-curador em matéria de Direito Internacional em processos de homologação de sentenças estrangeiras perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, por designação de suas Presidências. Membro da Comissão de Concurso do TRF 1ª Região para provimento de cargo de juiz federal substituto (2014/2015). Membro honorário vitalício da Ordem dos Advogados do Brasil na qualidade de ex-presidente seccional.

#### Nelson Nery Júnior

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Livre-docente. Doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutor em Direito Processual Civil pela *Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg*. Professor titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Unesp. Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado de São Paulo. Colaborador permanente do Centro de Extensão Universitária e do Instituto Brasiliense de Ensino e Pesquisa. Árbitro em diversas câmaras de arbitragem do Brasil e do Exterior, destacando-se as do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, da Câmara de Comércio Brasil-Portugal. Está também habilitado a atuar como *Amicus Curiae* e elaborar *Affidavits*. Foi procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo por 27 anos. É membro da *Wissenschaftliche Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht* (Alemanha), da *International Association of Procedure Law*, da *Asociación Iberoamericana de Derecho Procesal*, da Academia Brasileira de Direito Civil, da *Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung*. Coautor dos Projetos que se converteram na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), é membro da Academia Paulista de Direito e da Academia Paulista de Letras Jurídicas, membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Fundou a União dos Juristas Católicos de São Paulo, da qual é diretor-tesoureiro.

#### Patryck de Araújo Ayala

Jurista. Conferencista. Procurador do Estado de Mato Grosso. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor adjunto nos cursos de graduação e de mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso. Membro e sócio-fundador da Associação dos Professores de Direito Ambiental (Aprodab). Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (Ibap). Pesquisador do grupo de pesquisas “Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco” (certificado pela Instituição e cadastrado no CNPq), líder do grupo de pesquisas “Jus-Clima”, membro da *Commission on Environmental Law (Steering Comitee)* da IUCN – *The World Conservation Union*. Diretor do Instituto “O Direito por um planeta verde”.

#### Paulo Affonso Leme Machado

Advogado. Membro aposentando do Ministério Público do Estado de São Paulo. Jurista. Parecerista. Conferencista. Pós-doutorado pela Universidade de Limoges (França). Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade

Católica de São Paulo. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade *Robert Schuman* (França). Doutor *honoris causa* pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Professor titular da Universidade Metodista de Piracicaba – Unimep. Vice-presidente do Centro Internacional de Direito Comparado do Meio Ambiente, Limoges (França), desde 1983. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente – Sobradima. Membro da Comissão Internacional de Conciliação e Arbitragem Ambiental, com sede em San Sebastián (Espanha) e Cidade do México (México). Membro do Conselho Internacional de Direito Ambiental, com sede em Bonn (Alemanha).

#### Paulo Bonavides

Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor. Catedrático emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, em Fortaleza. Foi professor do Seminário Românico da Universidade de Heidelberg, na Alemanha; e, no Brasil, professor assistente na Universidade Federal do Ceará, após a conquista da livre-docência. Professor visitante na *Universität zu Köln* (Alemanha), na *University of Tennessee* (EUA) e na Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor *honoris causa* pela Universidade de Lisboa, Universidade Federal do Rio de Janeiro, *Universidad Nacional de Córdoba* (Argentina), *Universidad Inca Garcilaso de la Vega* (Lima, Peru) e Universidade de Fortaleza (Ceará, Brasil). Fundador e presidente do Conselho Diretivo da Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Atualmente, faz parte da Comissão Especial de Apoio à Emenda Constitucional por Iniciativa Popular do Conselho Federal da OAB.

#### Paulo de Bessa Antunes

Advogado. Procurador regional da República aposentado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UniRio. Mestre em Direito pela Universidade Católica do Rio de Janeiro e doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

#### Ronaldo Poletti

Advogado. Jurista. Conferencista. Procurador de Justiça aposentado do Estado de São Paulo. Mestre e doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Professor doutor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB e diretor do Centro de Estudos de Direito Romano e Sistemas Jurídicos e da “Notícia do Direito Brasileiro”, órgão oficial daquela Faculdade. Presidente da União dos Romanistas Brasileiros – URBS. Ex-presidente do Instituto dos Advogados do Distrito Federal – IADF. Ex-consultor-geral da República e ex-consultor jurídico dos Ministérios da Justiça e da Aeronáutica.

#### Sérgio Cruz Arenhart

Jurista. Conferencista. Procurador da República. Pós-doutor pela *Università degli Studi di Firenze* (Itália). Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor da Universidade Federal do Paraná. Professor da Escola Superior do Ministério Público da União. Membro de corpo editorial da *Gênesis*, *Revista de Direito Processual Civil*. Membro do corpo editorial da *Revista Jurídica* (Porto Alegre).

Desembargador Federal Adhemar Maciel  
abril/1989 – novembro/1992

Desembargador Federal Catão Alves  
novembro/1992 – outubro/1993

Desembargador Federal Leite Soares  
novembro/1993 – junho/1994

Desembargador Federal Tourinho Neto  
junho/1994 – abril/1997

Desembargador Federal Osmar Tognolo  
maio/1997 – maio/1999

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

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

Desembargador Federal Olindo Menezes  
maio/2003 – maio/2005

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

Desembargador Federal Tolentino Amaral  
junho/2006 – julho/2007

Desembargador Federal Hilton Queiroz  
agosto/2007 – agosto/2009

Desembargador Federal Carlos Moreira Alves  
setembro/2009 – setembro/2010

Desembargador Federal Ítalo Mendes  
outubro/2010 – maio/2012

Desembargador Federal João Batista Moreira  
junho/2012 – abril/2014

Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro  
maio/2014 – abril 2016



Desembargador Federal Souza Prudente  
a partir de maio/2016



A Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nesta edição, relativa ao bimestre de maio/junho de 2017, apresenta-nos artigos jurídicos de elevado nível científico, a saber: I – *Direitos fundamentais, transcendentalismo e redução da complexidade*, do Jurista e Professor catedrático jubilado da Universidade de Coimbra, José Joaquim Gomes Canotilho, na conclusão de que “esta teoria da dogmática dos direitos fundamentais, ambiciosamente dirigida à redução da complexidade aplicativa do direito, acaba por expulsar as dimensões críticas, discursivas e dogmáticas da teoria da constituição. Recorre à estratégia analítica de dispensabilidade de conceitos, sob o pretexto de eles serem meros ‘feno-conceitos’, ou seja, conceitos descritivos sem qualquer operacionalidade dogmática. Daí resulta a neutralização da teoria dos direitos fundamentais em todos os aspectos relevantes. Em primeiro lugar, sob o ponto de vista teórico-jurídico, não se vê que qualquer norma de direito fundamental jurídico-constitucionalmente localizada no plano cimeiro da hierarquia normativa, quer de uma comunidade de direitos fundamentais (União Europeia, Convenção Europeia), possa reduzir a relação fundamental entre o cidadão-pessoa, o Estado e a comunidade à defesa do interesse do ‘sujeito livre natural’. Em segundo lugar, sob o ponto de vista jurídico e político-filosófico, o Estado de direitos fundamentais, ou seja, o Estado vinculado à garantia de direitos fundamentais jurídico-constitucionalmente normativizados, postula conteúdos de justiça política e títulos de legitimação pouco compatíveis com uma redução transcendental dos ‘homens que nascem livres e iguais em direitos’”. II – *O Direito Ambiental e a pós-verdade*, do Jurista, Professor, Doutor e Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, José Renato Nalini, na reflexão conclusiva de que “o certo é continuar com a educação ambiental eficaz, efetiva e, conseqüentemente, eficiente. Não se leva a sério no Brasil a urgência de formar uma cidadania atenta aos males contínua e crescentemente perpetrados contra esse patrimônio natural que ninguém construiu, mas que sabe, infelizmente, destruir com celeridade. Desde a mais tenra infância, a criança deve aprender que tudo interfere com tudo. Oxigênio é vital para a sobrevivência. Assim como a vegetação. Assim como a água e tudo o que poluímos, destruimos, conspurcamos. O Planeta já se cansou de emitir sinais de exaustão. Tudo tem parecido insuficiente. Mas ele continuará a existir depois que a humanidade acabar. Projeto que, aparentemente, foi premeditado. Pois a ninguém hoje é dado desconhecer aquilo que estamos fazendo contra a natureza e que causará a nossa extinção, assim como espécies irracionais já foram extintas no passado. A Terra continuará seu trajeto rumo ao desconhecido. Mas prescindirá da espécie humana para isso.” III – *Planejamento e princípio da precaução*, do Jurista, Professor e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Jessé Torres Pereira Junior e da Mestranda em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Thaís Boia Marçal, na síntese conclusiva de que “(i) o princípio da precaução, extraído do art. 225 da CR/1988, vincula-se aos conceitos de afastamento de perigo e de segurança das gerações futuras; (ii) O estado democrático de direito é o garante da efetivação dos direitos consagrados na Constituição, sejam os individuais, os econômicos, os políticos ou os sociais, por meio de políticas públicas pautadas pelo planejamento da ação estatal; (iii) De modo a não inviabilizar o desenvolvimento nacional sustentável, como, por exemplo, a descoberta de novas tecnologias, há que se compatibilizar a existência do mencionado princípio com os demais, impedindo-se o ‘medo’ desprovido de qualquer indício de plausibilidade que impeça o desenvolvimento planejado.” IV – *O princípio da*

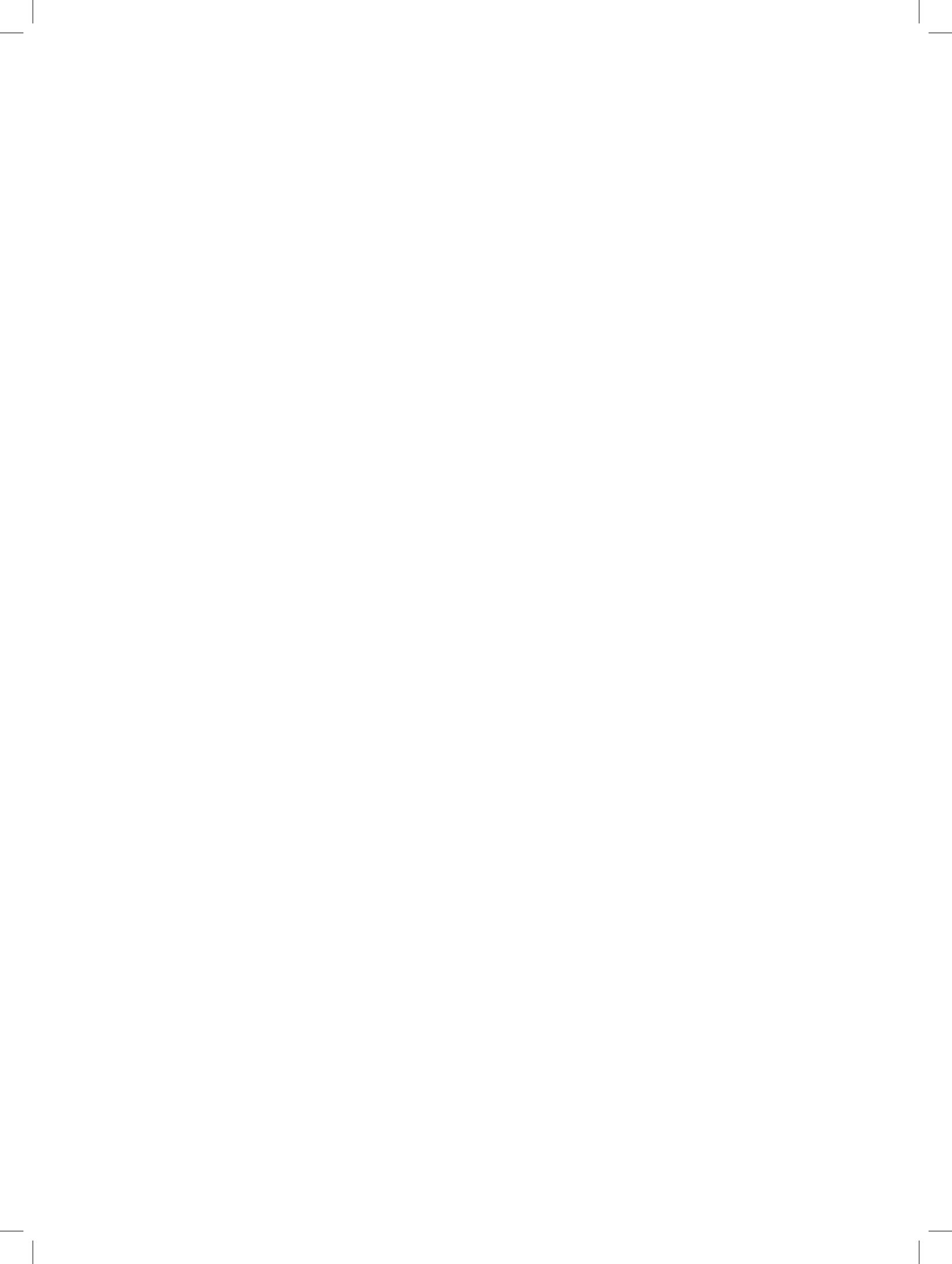
*precaução como instrumento jurídico de proteção e inclusão socioambiental da pessoa com deficiência e a garantia do desenvolvimento sustentável, do Advogado, Professor e Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília, Águimon Rocha, sob nossa orientação científica, na inteligência de que “a discussão das questões ambientais invadiu países, governos, sociedades e povos, porque as consequências por ações humanas equivocadas ou com resultados não previstos gerou um temor global, fato levado a debate na Conferência de Bergen, em 1990, nos Estados Unidos, quando se descreveu que seria melhor agir grosseiramente, estando correto, a perder as consequências tardias do erro. Em idêntica toada, a Declaração Rio/92 cravou no princípio da precaução como elo entre uma conduta inconcebida ou desconhecida e um resultado danoso para o meio ambiente, recomenda-se a adoção da proporcionalidade e até a abstenção de qualquer ato gerador de ameaça de danos irreversíveis à natureza. Sublinhe-se que o desenvolvimento sustentável caminha de mãos dadas com a precaução, porquanto a finalidade ética e social no crescimento econômico tem como prisma a exploração consciente dos recursos naturais, fatos norteadores de todo o ordenamento jurídico ambiental, quer constitucional, quer infraconstitucional. Gize-se que tais regramentos jurídicos têm como piso o princípio da dignidade da pessoa humana, que permeou toda a Declaração Universal de Direitos Humanos (Resolução 217-A, das Organizações das Nações Unidas), da qual o Brasil é signatário — Decreto 678/1992, e por tal tem musculatura de norma supralegal, art. 5º, § 3º, da Carta de Outubro. Com efeito, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/2015, é fruto dessa árvore genealógica, isto é, está fincado no desenvolvimento sustentável, na precaução e na dignidade da pessoa humana todo seu corpo normativo. O Estatuto da Pessoa com Deficiência visa assegurar e promover condições dignas no exercício dos direitos e garantias fundamentais das pessoas portadoras de deficiência física ou psíquica, para a efetivação de sua inclusão — como cidadãos e na sociedade”. V – A reforma previdenciária e as imunidades tributárias, do Advogado, Jurista, Doutor e Professor Ives Gandra da Silva Martins, na afirmação conclusiva de que “a PEC 287/2016 não tocou no dispositivo chave que garante a imunidade das contribuições sociais, ou seja, o art. 195, § 7º, que permanece inalterado, no projeto governamental de adaptação previdenciária. Não será, pois, atingindo as instituições sem fins lucrativos, filantrópicas e confessionais e comunitárias, que dão um retorno muito maior do que recebem, que se conseguirá solucionar o problema da previdência, agravando, por outro lado, o cotidiano de tais instituições de que dependem, em grande parte, a educação e a saúde do País. A PEC 287/2016 não coloca em risco o gozo das imunidades constitucionais previstas no art. 195, § 7º, e qualquer eventual emenda que pretenda suprimi-las seria inconstitucional, por violadora da cláusula pétrea expressa no art. 60, § 4º, inciso IV, da Carta da República.” VI – Anotações jurídicas à margem do discurso iluminista, do Advogado, Jurista, Mestre, Doutor e Professor Ronaldo Rebello de Britto Poletti, na fala-síntese de que “a questão do iluminismo é relevante, pois gerou, em cadeia histórica com algumas variações, o cientificismo, o materialismo, o positivismo e o marxismo. Com isso, acabou por questionar e, também, representar uma tentativa antimetafísica. Redundou na impossibilidade de um conceito universal sobre o direito, vale dizer apto a defini-lo como um ‘ser’ comum a todos os tempos e em todos os lugares. Dessa maneira, o iluminismo ensejou a alternativa entre uma postura dogmática, que possibilita aquele conceito e sua construção na história, e um ceticismo, que torna relativo ou, até, impossível uma visão do direito*

*suscetível de identificá-lo como uma permanência. Não obstante as variações do direito, o que se pretende na dogmática é afirmar a tese de que há uma mudança constante sobre uma base que jamais se altera. Dir-se-á que o direito positivo sempre muda, no tempo e no espaço, e que, por isso, torna-se inviável o seu conceito universal. O direito natural, ao contrário, seria uma permanência. Ocorre que a concepção jusnaturalista também varia na história, conforme entender-se a natureza e o homem nela inserido. O iluminismo concebe o direito como razão e, em nossa contemporaneidade, com uma certa razão universal.”*

No acervo jurisprudencial desta edição da Revista do TRF 1ª Região, destacam-se importantes julgados vocacionados à defesa da vida e dos valores fundamentais da pessoa humana, com especial enfoque, dentre outros, a decisão colegiada da Quinta Turma de nosso Tribunal, assegurando a tutela jurisdicional para instalação de posto de saúde visando atendimento médico a comunidades indígenas, tendo por finalidade garantir aos seus integrantes condições existenciais mínimas, prestigiando-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde pública, como garantias fundamentais asseguradas em nossa Carta Magna, englobando a proteção de um direito de todos e de um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196 da Constituição Federal) (Apelação/ Reexame Necessário 0002098-75.2015.4.01.4200/RR, rel. Des. Federal Souza Prudente. Quinta Turma. Unânime. Julgado em 07/06/2017).

Desembargador Federal Souza Prudente

Diretor da Revista TRF 1ª Região



## Artigos Doutrinários.....25

Direitos fundamentais, transcendentalismo e redução da complexidade, **25**

José Joaquim Gomes Canotilho

O Direito Ambiental e a pós-verdade, **35**

José Renato Nalini

Planejamento e princípio da precaução, **43**

Jessé Torres Pereira Junior e Thaís Boia Marçal

O princípio da precaução como instrumento jurídico de proteção e inclusão socioambiental da pessoa com deficiência e a garantia do desenvolvimento sustentável, **56**

Águimon Rocha

A reforma previdenciária e as imunidades tributárias, **69**

Ives Gandra da Silva Martins

Anotações jurídicas à margem do discurso iluminista, **79**

Ronaldo Rebello de Britto Poletti

## Inovações Legislativas.....87

Lei 13.440, de 08/05/2017.

Lei 13.441, de 08/05/2017.

Lei 13.443, de 11/05/2017.

Lei 13.446, de 25/05/2017.

Lei 13.448, de 05/06/2017.

Lei 13.451, de 16/06/2017.

Lei Complementar 159, de 19/05/2017.

Medida Provisória 778, de 16/05/2017.

Medida Provisória 779, de 19/05/2017.

Medida Provisória 780, de 19/05/2017.

Medida Provisória 783, de 31/05/2017

Medida Provisória 784, de 07/06/2017.

Decreto 9.047, de 10/05/2017.

Decreto 9.048, de 10/05/2017.

Decreto 9.057, de 25/05/2017.

Decreto 9.069, de 31/05/2017.

## Julgados de Questões Processuais Relevantes.....91

**Descaminho. Princípio da insignificância. Execuções fiscais. Fazenda Nacional. Valor mínimo atualizado. STF. Novo entendimento, 91**

Embargos Infringentes e de Nulidade 0000177-18.2013.4.01.3500/GO  
Relatora: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada)

**Princípio da *perpetuatio jurisdictionis*. Art. 43 do NCPC. Recebimento da denúncia, 91**

Conflito de Competência 0013930-27.2017.4.01.0000/MG  
Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

**Ação de reintegração de posse. Intervenção de terceiro. Assistência simples. Descabimento no juizado especial, 92**

Conflito de Competência 0049765-47.2015.4.01.0000/MT  
Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

**Servidor público. Gratificação. Execução. Legitimidade ativa da associação impetrante do mandado de segurança coletivo, 92**

Apelação Cível 0026933-39.2014.4.01.3400/DF  
Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira

**Benefício de amparo social à criança portadora de deficiência em situação de risco social. Necessidade de intervenção do Ministério Público, 93**

Apelação Cível 0067160-71.2013.4.01.9199/MG  
Relator: Desembargador Federal Francisco Neves da Cunha

**Execução de título judicial. Intervenção. Assistente. Município, 94**

Agravo de Instrumento 0018214-49.2015.4.01.0000/MG  
Relatora: Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada)

**Envio de menor para o exterior sem observância das formalidades legais. Crime formal. Inexigência da saída do menor do País, 94**

Apelação Criminal 0003290-50.2009.4.01.3813/MG  
Relator: Desembargador Federal Ney Bello

**Exceção de impedimento. Cônjuge, 95**

Incidente de Impedimento 0002761-46.2017.4.01.3200/AM  
Relatora: Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada)

**Organização criminosa. Medidas cautelares menos gravosas. Filho menor de 12 anos. Constrição cautelar. Substituição por domiciliar, 95**

*Habeas Corpus* 0013936-34.2017.4.01.0000/RO  
Relatora: Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada)

**Invasão de terras indígenas. Paciente em prisão domiciliar. Possibilidade de alteração do endereço para cumprimento da prisão domiciliar, 96**

*Habeas Corpus* 0010055-49.2017.4.01.0000/MA  
Relator: Desembargador Federal Ney Bello

**Embargos de terceiro. Sequestro. Imóvel. Cônjuge. Não comprovação de participação em atividade criminosa. Exclusão da meação, 96**

Apelação Criminal 0001119-56.2014.4.01.4101/RO  
Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

**Renovação de perícia médica. Prisão domiciliar. Sentenciado maior de setenta anos, 97**

Agravo em Execução Penal 0008220-97.2015.4.01.3200/AM  
Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

**Transporte coletivo interestadual de passageiros. Estatuto do Idoso. Gratuidade e desconto no preço da passagem. Ilegitimidade passiva *ad causam* da União Federal, 98**

Numeração única: 0026555-35.2004.4.01.3400  
Apelação/Reexame Necessário 2004.34.00.026621-6/DF  
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Terra indígena. Ocupação por não índios a título precário. Afronta a julgado proferido no bojo de outra demanda judicial, 98**

Apelação Cível 0001878-60.2013.4.01.3905/PA  
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Ação de cobrança. Fornecimento de energia elétrica. Inadimplemento. Existência de convênio da devedora com terceiro. Inoponibilidade do ajuste à credora. Incontrovérsia quanto ao débito. Juros de mora. Correção monetária. Multa. Arbitramento dos honorários advocatícios. Majoração, 98**

Numeração única: 00043672-34.2007.4.01.3400  
Apelação Cível na Ação Ordinária 2007.34.00.043983-1/DF  
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Ação civil pública. Implantação do Portal da Transparência. Defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa. Legitimidade ativa do Ministério Público Federal, 99**

Apelação Cível 0002034-37.2016.4.01.3810/MG  
Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

**Reunião de execuções fiscais contra o mesmo devedor. Prévio requerimento das partes. Faculdade do juiz, 100**

Apelação Cível 0041544-65.2011.4.01.9199/GO  
Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses

**Embargos à execução fiscal. Concurso de credores: União e estado. Ordem de preferência. Juntada do processo administrativo. Desnecessidade. Certidão da dívida ativa. Presunção de certeza e liquidez. Multa moratória. Limite de 20%. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, 100**

Apelação Cível 0006106-57.2008.4.01.3807/MG  
Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses

**Embargos à execução fiscal. Sociedade cooperativa dissolvida regularmente. Liquidação judicial. Prosseguimento da cobrança contra antigo sócio administrador. Responsabilidade solidária. Ônus da prova, 101**

Apelação Cível 0004358-45.2007.4.01.3800/MG  
Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

**Finsocial. Depósito judicial. Levantamento indevido, autorizado em momento anterior ao trânsito em julgado da decisão definitiva. Intimação do contribuinte para efetuar novo depósito, 101**

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 0041172-83.2002.4.01.0000/PI  
Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

**Execução fiscal. Competência absoluta do domicílio do devedor, 102**

Agravo de Instrumento 0057150-46.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova

**Empréstimo compulsório. Consumo de energia elétrica. Prazo prescricional. Devolução. Correção monetária, 102**

Numeração única: 0062489-78.2009.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2009.34.00.040820-7/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

**IPCA-E como índice representativo na correção monetária, 104**

Agravo de Instrumento 0041778-57.2015.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Jesus Crisóstomo de Almeida (convocado)

**Execução. Extinção. Art. 267, IV, parágrafo único, do CPC/1973. Falecimento anterior à própria execução. Aplicação do disposto no art. 265, I, do CPC, 107**

Agravo de Instrumento 0017915-43.2013.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas

**Suspensão de cobrança de condenações impostas por acórdão do TCU, 109**

Agravo de Instrumento 0023588-75.2017.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Remessa de feito para a Justiça Estadual. Interesse da União. Índícios de desídia de órgãos federais ordinários de fiscalização, 114**

Agravo de Instrumento 0069911-75.2016.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

**Jurisprudência Diferenciada — Julgados em Defesa da Vida.....117**

**Contribuição Social sobre o Lucro Líquido — CSLL. Base de cálculo. Inclusão dos juros sobre capital próprio. Matéria infraconstitucional. Ofensa reflexa ou oblíqua à Constituição Federal. Inexistência, 117**

Numeração única: 0029647-46.1998.4.01.0000

Arguição de Inconstitucionalidade 1998.01.00.027648-2/MG

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

**Execução penal. Penitenciária federal. Visita íntima. Esposa. Existência de pendências criminais, 117**

Mandado de Segurança Criminal 0000366-78.2017.4.01.0000/RO

Relator: Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado)

**Inquérito policial. Desbloqueio de bens e ativos financeiros. Índícios de desvio de recursos públicos. Construção necessária. Bloqueio de verbas de natureza alimentícia e ativos indispensáveis à continuidade da atividade empresarial. Ilegalidade, 118**

Mandado de Segurança Criminal 0009686-89.2016.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

**Multa por descumprimento de ordem de quebra de sigilo telemático. Limite da impetração. Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014). Obrigação da empresa provedora de internet, submetida à jurisdição nacional, de fornecer dados requeridos por autoridade judicial. Sanção pecuniária. Afastamento da natureza autoexecutória, 119**

Mandado de Segurança Criminal 0002854-06.2017.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

**Aposentadoria por tempo de contribuição. Contribuinte individual. Indenização de tempo de atividade remunerada sem filiação e sem contribuição. Critério legal de apuração do valor a ser recolhido. Direito intertemporal. Indenização prévia ao aproveitamento do tempo de atividade para obtenção de benefícios previdenciários, 120**

Apelação Cível 0028681-72.2014.4.01.9199/MG

Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira

**Servidor público. Remoção a pedido, por permuta. Motivação inidônea. Teoria dos motivos determinantes. Inafastabilidade do controle judicial, 121**

Apelação Cível 0038671-97.2009.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Carlos Augusto Pires Brandão

**Servidora pública federal. Horário especial sem compensação. Filho portador de necessidades especiais. Redução da jornada de trabalho, 121**

Apelação/Reexame Necessário 0025240-97.2013.4.01.4000/PI

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas

**Aposentadoria por invalidez. Exercício posterior de mandato eletivo. Cancelamento do benefício. Nulidade. Possibilidade de percepção de proventos de aposentadoria simultaneamente ao exercício do cargo político, 122**

Apelação Cível 0006769-69.2014.4.01.4300/TO

Relator: Juiz Federal Ailton Schramm de Rocha (convocado)

**Aposentadoria por tempo de serviço/contribuição. RGPS. Desaposentação c/c reapresentação, 122**

Apelação/Reexame Necessário 0034722-82.2016.4.01.3800/MG

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas

**Pessoa portadora de deficiência física e/ou mental. Perícia médica. Incapacidade para o trabalho e vida independente. Hipossuficiência, 123**

Apelação Cível 0005142-09.2016.4.01.9199/RO

Relator: Desembargador Federal João Luiz de Sousa

**Improbidade administrativa. Papioscopista da Polícia Federal. Quebra de sigilo funcional. Aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Perda da função pública, 124**

Apelação Cível 0046794-07.2011.4.01.3500/GO

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

**Peculato. Verbas públicas federais. Programa Habitar-Brasil. Licitação fraudada. Recebimento de vantagem indevida. Ausência e fragilidade das provas, 125**

Numeração única: 0001671-84.2006.4.01.4300

Apelação Criminal 2006.43.00.001671-3/TO

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

**Exposição à venda de medicamentos falsificados, sem informação de origem, sem registro nos órgãos oficiais, 125**

Numeração única: 0007569-12.2008.4.01.3200

Apelação Criminal 2008.32.00.007711-1/AM

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

**Portadores de deficiência, comprovadamente carentes. Transporte aéreo coletivo e interestadual de passageiros. Gratuidade. Garantia fundamental. Equilíbrio econômico-financeiro. Fonte de custeio. Desnecessidade. Dano moral coletivo. Competência territorial e dimensão da eficácia, 126**

Numeração única: 0003120-16.2006.4.01.3803  
Apelação Cível 2006.38.03.003235-6/MG  
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Transporte coletivo interestadual de passageiros. Estatuto do Idoso. Gratuidade e desconto no preço da passagem. Garantia fundamental. Equilíbrio econômico-financeiro. Fonte de custeio. Desnecessidade. Dano moral coletivo, 127**

Numeração única: 0004831-38.2005.4.01.3400  
Apelação Cível 2005.34.00.004825-8/DF  
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Programa Minha Casa Minha Vida. Ausência de publicidade de dados cadastrais de candidatos inscritos. Inspeção judicial. Desnecessidade, 128**

Apelação Cível 0041164-62.2014.4.01.3500/GO  
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Ações previdenciárias. Cobrança abusiva de honorários advocatícios. Extorsão. Vulnerabilidade econômica e etária das vítimas. Danos morais. Abalo da imagem da Justiça Federal, 128**

Numeração única: 0003105-09.2008.4.01.3502  
Apelação Cível na Ação Civil Pública 2008.35.02.003157-0/GO  
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Tombamento. Dever de conservação. Imóveis integrantes do conjunto arquitetônico e urbanístico de São Luís/MA. Responsabilidade do proprietário, quando há capacidade financeira para empreender as obras, 129**

Reexame Necessário na Ação Civil Pública 0017777-05.2011.4.01.3700/MA  
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Regularização fundiária de terras ocupadas por comunidades de remanescentes de quilombos. Implementação de políticas públicas. Omissão do Poder Público. Controle jurisdicional, 129**

Apelação Cível 0004012-64.2011.4.01.3700/MA  
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Comunidade indígena. Identificação e demarcação das terras tradicionalmente ocupadas. Suspensão de procedimento demarcatório. Violação aos princípios da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Não ocorrência, 130**

Agravo de Instrumento 0003885-32.2015.4.01.0000/MT  
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Exploração do serviço de retransmissão de sinal televisivo. Ausência de fiscalização. Omissão. Inércia do Poder concedente. Prevalência do interesse da população local, 130**

Numeração única: 0041041-08.2012.4.01.3800  
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Contrato administrativo. Pagamento pelos serviços prestados condicionados à regularidade fiscal da empresa. Ausência de previsão legal. Enriquecimento ilícito, 131**

Numeração única: 0092378-65.20014.4.01.3800  
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Ensino superior. Recredenciamento de curso. Exigência de comprovação de regularidade fiscal e parafiscal. Ilegalidade, 131**

Apelação Cível 0004705-45.2011.4.01.3507/GO  
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Direito à matrícula em colégio militar. Ensino médio. Possibilidade. Dependente de servidor público militar separado de fato. Exigência da separação ou do divórcio judicial. Violação aos princípios da legalidade e da igualdade. Situação de fato consolidada, 131**

Numeração única: 0001740-15.2016.4.01.3800

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Financiamento habitacional. Cobertura securitária. Incapacidade total e permanente. Caixa Econômica Federal e seguradora. Legitimidade passiva *ad causam*. Determinação judicial. Litisconsórcio passivo. Obrigação conjunta, 132**

Numeração única: 0003971-05.2008.4.01.3700

Apelação Cível 2008.37.00.004101-2/MA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Ensino superior. Transferência entre *campus* da mesma instituição de ensino. Doença. Cardiopatia congênita. Observância do requisito da congeneridade. Garantia constitucional à saúde, à educação e à unidade e proteção familiar. Situação de fato consolidada, 132**

Apelação Cível 0006593-31.2015.4.01.3500

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Direito à saúde. Fornecimento de medicamento. Câncer de mama. União Federal, estado e município. Direito humano fundamental e difuso, constitucionalmente garantido, 132**

Numeração única: 0008934-58.2009.4.01.3300

Apelação/Reexame Necessário 2009.33.00.008939-0/BA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Implementação de políticas públicas. Instalação de posto de saúde em comunidades indígenas. Omissão do Poder Público. Controle jurisdicional, 135**

Apelação/Reexame Necessário 0002098-75.2015.4.01.4200/RR

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Anvisa. Concessão de registro sanitário a medicamentos genéricos e similares. Testes de eficácia e segurança dos medicamentos de referência submetidos a registro. Direito de exclusividade. Sigilo, 135**

Apelação Cível 0036154-51.2011.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Programa Mais Médicos para o Brasil. Médico intercambista. Habilitação para o exercício da Medicina no exterior. Não validado pelo país de origem, 136**

Apelação Cível 0006175-39.2014.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Responsabilidade civil objetiva. Esquecimento de objeto cirúrgico em paciente. Danos morais. Danos materiais, 137**

Apelação Cível 0040495-94.2005.4.01.3800/MG

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Concurso público. Sistema de cotas raciais. Candidato autodeclarado pardo. Eliminação após verificação. Critério subjetivo. Determinação de nova verificação administrativa. Comprovação por outros meios, 138**

Apelação Cível 0039522-90.2015.4.01.3800/MG

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Programa habitacional. Exclusão de maneira sumária. Processo administrativo realizado com inúmeras irregularidades. Favorecimento de pessoa próxima à prefeita. Ato administrativo nulo. Direito de moradia do indevidamente favorecido não deve prevalecer sobre o de pessoa preterida em programa social. Danos morais, 139**

Apelação Cível 0006911-44.2012.4.01.4300/TO

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Servidor público demitido mediante processo administrativo em razão de falta disciplinar. Inexistência de fatos ou indícios configuradores de abalo emocional, prejuízo profissional, social e familiar. Dano moral não comprovado, 140**

Apelação Cível 0030152-02.2010.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

**Fraude praticada por terceiro. Abertura de empresas fantasmas. Danos morais. Responsabilização da autarquia profissional em razão de falha em sua atividade fiscalizatória. Dever de indenizar, 140**

Apelação Cível 0015329-72.2000.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Danos morais e materiais. Cliente induzida a erro. Hipossuficiência da parte-autora. Inversão do ônus da prova, 141**

Apelação Cível 0041512-94.2011.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

**Universidade Federal. Hospital universitário. Procedimento cirúrgico. Gaze esquecida na cavidade abdominal do paciente. Morte. Desídia do corpo clínico. Indenização cabível, 141**

Numeração única: 0006046-31.2005.4.01.3600

Apelação/Reexame Necessário 2005.36.00.006046-5/MT

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

**Funai. Crime cometido durante cobrança indevida de pedágio promovida por indígenas na BR-316. Morte de usuário da via interditada. Responsabilidade do ente público. Dever de tutela dos indígenas na região de conflito. Negligência. Falta de adoção de medidas efetivas à solução pacífica do entrevero. Dano material e moral, 143**

Apelação Cível 0010646-39.2003.4.01.3900/PA

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

**INSS. Redução do valor da pensão por morte. Companheira do falecido. Rateio do respectivo montante com outra companheira. Falta de prévio processo administrativo. Dever de indenizar, 144**

Apelação Cível 0006730-15.2003.4.01.3700/MA

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

**Escola Preparatória de Cadetes do Ar. Prova. Tentativa de passar “cola”. Aluno afastado. Excesso de rigor por parte da Administração Pública. Ordem judicial proferida em ação cautelar. Estudante que concluiu o curso com louvor, 144**

Apelação Cível 0000779-26.2006.4.01.3800/MG

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

**Responsabilidade civil do Estado. Servidor militar. Perseguição política. Genitor ligado a movimento contrário ao regime militar. Anistiado político. Situação reconhecida ao pai do demandante. Recebimento da indenização, 145**

Apelação Cível 0047088-05.2010.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

**Contrato vinculado ao Programa de Arrendamento Residencial (PAR). Falta de pagamento das taxas de arrendamento e de condomínio. Rescisão contratual. Ação de reintegração de posse. Notificação pessoal do devedor para purgar a mora não demonstrada, 146**

Numeração única: 0012431-92.2005.4.01.3600  
Apelação Cível 2005.36.00.012431-7/MT  
Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

**Isenção do Imposto de Renda. Portadora de neoplasia maligna. Acervo documental suficiente à comprovação do pleito, 147**

Apelação Cível 0003264-88.2013.4.01.3400/DF  
Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado

**Programa de inclusão digital. Benefício fiscal. Revogação, 147**

Agravo de Instrumento 0018081-70.2016.4.01.0000/DF  
Relator: Juiz Federal Eduardo Morais da Rocha (convocado)

**Embargos de terceiro. Juízo de retratação. Fraude à execução. Alienações sucessivas. Omissão do Fisco. Inequívoca boa-fé. Acórdão não retratado, 148**

Numeração única: 0014828-90.2006.4.01.3600  
Apelação Cível 2006.36.00.014829-6/MT  
Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

**Suspensão da incidência do coeficiente de adequação de preços – CAP sobre medicamento vendido no País exclusivamente para as pessoas jurídicas de direito público interno, 149**

Agravo de Instrumento 0016424-59.2017.4.01.0000/DF  
Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado)

**Adesão ao mecanismo do Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária – RERCT. Declaração Única de Regularização Específica. Descrição pormenorizada dos recursos, bens e direitos de qualquer natureza, 149**

Agravo de Instrumento 0070095-31.2016.4.01.0000/DF  
Relator: Juiz Federal Eduardo Morais da Rocha (convocado)

**Suspensão de processos administrativos ou judiciais referentes à desapropriação de imóveis pelo Incra para realização de reforma agrária, 153**

Agravo de Instrumento 0016702-60.2017.4.01.0000/MT  
Relatora: Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada)

**Concessão do benefício assistencial. Necessidade de realização de perícia médica e estudo social indicativo de condição socioeconômica, 157**

Agravo de Instrumento 0003044-66.2017.4.01.0000/MG  
Relator: Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca (convocado)

**Beneficiária da gratuidade da justiça. Pagamento de honorários periciais, 159**

Agravo de Instrumento 0046200-75.2015.4.01.0000/MG  
Relator: Desembargador Federal João Luiz de Sousa

**Visita social de cônjuge a custodiado em unidade prisional federal, 161**

Mandado de Segurança Criminal 0022002-03.2017.4.01.0000/RO  
Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

**Suspensão das atividades do Instituto Lula, 163**

*Habeas Corpus* 0023139-20.2017.4.01.0000/DF  
Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

**Ressarcimento por dano ao Erário e pagamento de multa civil. Realização de obras de construção de muros de contenção de encostas e de margens de rios, drenagem e recuperação de leito de rios, 177**

Agravo de Instrumento 0015533-38.2017.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal Antonio Oswaldo Scarpa (convocado)

**Irregularidades quanto ao cumprimento de contrato de compra e venda de unidade imobiliária em empreendimento residencial. CEF e Caixa Seguradora S/A, 180**

Pedido de Concessão de Efeito Suspensivo à Apelação 0020397-22.2017.4.01.0000/BA

Relator: Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado)

**Irregularidades nos contratos para a construção/reforma do Estádio Mané Garrincha. Suspensão da decisão que prorrogou a prisão temporária dos pacientes e determinação da imediata soltura dos pacientes e investigados, 181**

*Habeas Corpus* 0025985-10.2017.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

**Instituições de ensino superior. Cobranças de taxas pela emissão de documentos, 198**

Agravo de Instrumento 0028186-72.2017.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

## **Jurisprudência Especializada — Julgados em Defesa da Vida das Presentes e Futuras Gerações.....201**

**Crime ambiental. Alterar o aspecto ou estrutura de local especialmente protegido por ato administrativo, em razão de seu valor histórico, paisagístico e cultural, sem autorização da autoridade competente. Conduta típica, 201**

Numeração única: 0000896-95.2007.4.01.3310

Apelação Criminal 2007.33.10.000901-4/BA

Relatora: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada)

**Exploração ilegal de minério. Usurpação de patrimônio da União. Dano à unidade de conservação. Parque Nacional da Serra da Canastra. Regularização fundiária. Unidade de proteção integral, 201**

Apelação Criminal 0001872-36.2011.4.01.3804/MG

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

**Crime ambiental. Dificultar a ação fiscalizadora. Evasão dos acusados do local do desmatamento. Fiscalização ambiental desenvolvida regularmente. Atipicidade da conduta, 202**

Recurso em Sentido Estrito 0035996-48.2011.4.01.3900/PA

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

**Instalação de terminal portuário às margens do Rio Amazonas. Área de influência direta em comunidades quilombolas e demais populações tradicionais. Licenciamento ambiental. Ausência de consulta prévia. Tutela inibitória, 203**

Agravo de Instrumento 0027843-13.2016.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Exploração irregular de madeira em terras indígenas. Coibição das atividades irregulares. Necessidade de implementação de ação conjunta da Funai, do Ibama e da Polícia Federal. Implantação de posto permanente de fiscalização. Omissão do Poder Público. Intervenção do Poder Judiciário, 204**

Apelação/Reexame Necessário 0046682-54.2010.4.01.3700/MA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Indenização. Concessão de serviço público. Usina hidrelétrica. Prejuízos decorrentes do objeto do contrato. Responsabilidade subsidiária do Poder concedente, 205**

Agravo de Instrumento 0006373-23.2016.4.01.0000/RO  
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Ação anulatória. Infração ambiental. Caça de animal silvestre. Arma de fogo. Caçador. Apreensão. Cabimento. Ato administrativo. Validade, 206**

Numeração única: 0006806-45.2007.4.01.3200  
Apelação/Reexame Necessário 2007.32.00.006899-0/AM  
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Área de proteção permanente. Fornecimento de energia elétrica. Ausência de regular licença ou autorização do órgão ambiental competente. Violação aos atos normativos de regência, 207**

Numeração única: 0007623-51.2009.4.01.3811  
Apelação/Reexame Necessário 2009.38.11.004574-2/MG  
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Extração de recursos minerais. Ausência de competente concessão de lavra. Ilegalidade. Dano ambiental. Indenização. Bem da União. Competência da Justiça Federal, 207**

Numeração única: 0000903-94.2010.4.01.3306  
Apelação Cível 2010.33.06.000162-4/BA  
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Ação civil pública. Área de preservação permanente. Reservatório artificial. Obrigações ambientais. Dever de prevenção e reparação de danos ambientais. Proibição da regressividade socioambiental em defesa do meio ambiente equilibrado. Aplicação da legislação vigente na época de constatação do dano ambiental. Culpa objetiva e solidária. Averbação de registro da limitação administrativa na propriedade. Regularização da área degradada, 208**

RE e REsp - Pedido de efeito suspensivo à Apelação Cível 0001318-73.2012.4.01.3802/MG  
Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

**Legitimidade de apreensão de veículo, em virtude da sua utilização no transporte de produto vegetal (madeira). Ausência de autorização do órgão ambiental competente, 211**

Agravo de Instrumento 0010123-96.2017.4.01.0000/MG  
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Prisão preventiva. Crime ambiental, 213**

*Habeas Corpus* 0022782-40.2017.4.01.0000/PA  
Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

**Licença ambiental de instalação. Suspensão. Consulta prévia às comunidades quilombolas atingidas, 217**

Agravo de Instrumento 0072329-83.2016.4.01.0000/PI  
Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado)

**Empreendimento minerário. Autorização de instalação. Autorização ambiental. Paralisação das atividades, 218**

Agravo de Instrumento 0005517-25.2017.4.01.0000/MG  
Relatora: Juíza Federal Maria da Penha Fontenele (convocada)

**Repositórios Oficiais de Jurisprudência.....221**

**Instruções Editoriais.....223**



# Direitos fundamentais, transcendentalismo e redução da complexidade

José Joaquim Gomes Canotilho\*

## A. Teorias dos direitos fundamentais e teorias de Constituição<sup>1</sup>

1. Se compararmos as obras dedicadas aos direitos fundamentais nos últimos quarenta anos dar-nos-emos conta da deslocação gravitacional das teorias da Constituição e das teorias dos direitos fundamentais no âmbito da ciência do Direito Constitucional. Nos finais da década de sessenta e durante a década de setenta, os *tópoi* centrais da teoria da constituição reconduziam-se à captação do sentido da *força normativa das constituições* escritas. Por sua vez, as *teorias dos direitos fundamentais* tinham como finalidade esclarecer se a interpretação dos direitos fundamentais consagrados nos textos constitucionais pressupunha ou não uma *teoria de direitos fundamentais* capaz de fornecer uma compreensão lógica, global e coerente dos preceitos normativizadores destes direitos. As teorias de constituição — “ordem de valores”, “ordem de integração”, “instrumento de governo”, “ordem dirigente” — iluminavam as teorias dos direitos — “teoria liberal”, “teoria institucional”, “teoria de valores”, “teoria democrático-funcional” — e estas, por sua vez, assumiam-se como “precompreensões” do intérprete hermeneuticamente orientadoras da investigação do sentido das normas jusfundamentais<sup>2</sup>. Este encadeamento — teoria da constituição, teoria dos direitos fundamentais, interpretação de normas constitucionais positivadoras de direitos — de figuras

teóricas e dogmáticas está esgotado na opinião de muitos autores. Por um lado, as teorias da constituição vão sendo substituídas por outras problemáticas que põem em causa o “futuro da constituição” e a sua função como instrumento de direcção do sistema jurídico. A isto acrescenta-se o desafio da “europeização”, da globalização e do constitucionalismo multinível. No plano estrutural, todas as teorias incorporadas no cânone alemão dominante desvalorizavam as dimensões analíticas que, nos tempos mais recentes, ganharam centralidade na discussão dos “direitos como princípios”<sup>3</sup>.

2. Por outro lado, as teorias dos direitos fundamentais, em vez de servirem de orientação metódica no contexto da investigação jurídico-dogmática, acabam em receptáculo dos resultados da própria interpretação. Não admira, pois, (i) que elas tenham sido deslocadas da metódica constitucional para a teoria da constituição onde servem de instâncias teóricas de aproximação aos *esquemas contrafactuais das teorias da justiça*, (ii) ou que, à míngua de funcionalidade metodológica e dogmática, sejam pura e simplesmente silenciadas na dogmática jurídico-constitucional<sup>4</sup>. Talvez seja correcto dizer que o que é posto em causa não são as teorias políticas, filosóficas ou económicas sobre direitos fundamentais (nem poderiam ser), mas as chamadas “teorias materiais de direitos”. Mesmo estas estão longe da sentença de morte. Na verdade, muitos dos problemas teórico-dogmáticos suscitados pelas *teorias normativo-dogmáticas* de direitos fundamentais ganharam intensidade com a deslocação das querelas metodológicas para o campo da análise estrutural das normas. A infindável discussão em torno da problemática das *regras e princípios* demonstra que o “levar a sério os direitos fundamentais” implica uma afinada clarificação da densidade normativa

\* Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor catedrático jubilado da Universidade de Coimbra. Licenciado em Direito pela Universidade de Coimbra, onde foi vice-reitor. Preparação para o doutorado em Freiburg e Heidelberg, na Alemanha. Conselheiro de Estado. Membro da Comissão para a Revisão do Conceito Estratégico da Defesa Nacional. Administrador não executivo da Fundação Calouste Gulbenkian. Membro do Conselho Superior do Ministério Público.

<sup>1</sup> Cfr. INO AUGSBERG/ SEBASTIAN UNGER (org.), *Basistexte: Grundrechtstheorie*, Baden-Baden, 2012.

<sup>2</sup> Cfr. E. W. Böckenforde, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”(1974), in *Staatsverfassung, Demokratie*, 2. ed., 1992, p. 115. Na literatura mais recente: M. Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, 1999, Tübingen, p. 3, que alude à teoria dos direitos fundamentais como um *a priori* interpretativo da compreensão da Constituição; J. F. Lindner, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, 2005, p. 7.

<sup>3</sup> Cfr. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt/M., 4. ed., p. 508.

<sup>4</sup> Vide, precisamente, a conclusão de F. Ossenbühl, “Grundsätze der Grundrechtsinterpretation” in Merten/Papier, *Handbuch der Grundrechte*, III, 2004, p. 618.

dos princípios<sup>5</sup>. De qualquer modo, não deve confundir-se uma *teoria de direitos fundamentais* de uma constituição concreta com uma *teoria geral de direitos fundamentais*. Esta, como se acaba de salientar, revela-se como refúgio de precompreensões interpretativas. A primeira continua a ser indispensável para a averiguação de dimensões fundamentais de todo o “sistema constitucional de direitos”, desde a descoberta das suas raízes até a iluminação da sua multifuncionalidade numa ordem constitucional concreta. Precisamente por isso, uma *teoria de direitos fundamentais de uma constituição* pressupõe, ainda hoje, uma teoria da constituição. O malogro metódico das “teorias dogmáticas” de direitos fundamentais não implica a indispensabilidade de teorias e doutrinas na compreensão dos direitos fundamentais, desde logo como dimensões centrais de lutas e confrontos no plano da história das ideias, quer se trate de ideias religiosas quer se trate de ideias políticas e económicas. Assim, compreende-se que um moderno manual de direitos fundamentais<sup>6</sup> dedique vários parágrafos aos direitos fundamentais na doutrina da Igreja Católica<sup>7</sup> e aos direitos fundamentais na perspectiva do Protestantismo<sup>8</sup>. No campo do pensamento político, encontramos na mesma obra amplas referências aos direitos fundamentais na perspectiva do liberalismo<sup>9</sup>, nas teorias políticas conservadoras<sup>10</sup>, no pensamento

socialista<sup>11</sup>, na teoria marxista leninista<sup>12</sup> e no nacional socialismo e fascismo<sup>13</sup>.

## B. As deslocações compreensivas das teorias de direitos fundamentais

### I Teorias e “viragem” dogmática

3. As teorias dos direitos fundamentais elaboradas a partir de meados da década de setenta (sobretudo na juspublicística alemã) tinham, como já se registou, o objectivo de esclarecer se a interpretação dos direitos fundamentais pressupunha, ou não, uma teoria de direitos fundamentais capaz de fornecer uma compreensão lógica, global e coerente dos preceitos da constituição consagradores de direitos fundamentais. Pouco a pouco, foram surgindo várias teorias que, umas vezes, pretendiam captar fundamentalmente os valores básicos subjacentes às normas constitucionais, e, outras vezes, se propunham esclarecer as *dimensões funcionais* (funções) dos próprios direitos fundamentais. Para se compreender melhor o sentido deste campo teórico sintetizar-se-ão as grandes linhas das principais teorias recortadas na juspublicística constitucional. Em boa parte, a Teoria da Constituição procurou abranger as teorias de direitos fundamentais, mas sem haver grande rigor quanto à sua própria localização teórica. As fórmulas doutrinárias revelavam esta insegurança: “teorias de direitos fundamentais”, “compreensões dos direitos fundamentais”, “pensamento de direitos fundamentais”. Compreende-se, assim, que as teorias constitucionais dos direitos fundamentais em breve se deslocassem para a filosofia<sup>14</sup>, ao mesmo tempo que

<sup>5</sup> Cfr. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt/M., 4. ed., pp. 508 e ss.

<sup>6</sup> Referimos-nos ao *Handbuch der Grundrechte*, coordenado por Detlef Merten e Hans Jürgen Papier. As referências do texto foram obtidas no v. I (Heidelberg, 2004).

Esta redução do papel das teorias de direitos fundamentais está ligada a outras discussões: (i) “nova tecnicidade do direito constitucional” à semelhança do que acontece com outros ramos do direito; (ii) eliminação dos fundamentos teórico-filosóficos ou teórico-cognitivos do direito constitucional e, especificamente, da dogmática jusfundamental; (iii) reacção contra a interdisciplinaridade, entendida como causa da complexidade crescente, mas infrutífera, da dogmática dos direitos fundamentais.

<sup>7</sup> Vide H. Schanbeck, “Grundrechte in der Lehre der katholischen Kirche”, in Merten/Papier, *Handbuch der Grundrechte*, I, pp. 349 e ss.

<sup>8</sup> Cfr. Gerhard Robbers, “Menschenrechte aus der Sicht des Protestantismus”, in Merten/Papier, *Handbuch der Grundrechte*, I, p. 387.

<sup>9</sup> Cfr. Edzart Schmidt-Jortzig, “Grundrechte im Liberalismus”, in Merten/Papier, *Handbuch der Grundrechte*, I, pp. 413 e ss.

<sup>10</sup> Vide Otto Depenheuer, “Grundrechte und Konservativismus”, in Merten/Papier, *Handbuch der Grundrechte*, I, pp. 441 e ss.

<sup>11</sup> Cfr. Uwe Volkmann, “Grundrechte un Sozialismus”, in Merten/Papier, *Handbuch der Grundrechte*, I, pp. 477 e ss.

<sup>12</sup> Cfr. George Brunner, “Grundrechts theorie im Marxismus-Leninismus”, in Merten/Papier, *Handbuch der Grundrechte*, I, pp. 523 e ss.

<sup>13</sup> Com uma abordagem diferente, mas com numerosos esquemas referenciais às ideias políticas e religiosas pode ver-se o representativo livro organizado por Roberto Nania e Paolo Ridola, *I Diritti Costituzionali*, 3 vols., Torino, 2. ed. 2006. Cfr. também INO AUGSBERG/SEBASTIAN UNGER (org.) *Basistexte*, cit., que selecciona tópicos centrais dos teorizadores liberais (John Locke), conservadores (Friederich Julius Stahl) e marxistas (Karl Marx).

<sup>14</sup> Cfr. Pérez-Luno, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1984. Em geral, cfr. Peces Barba, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid, 1995, pp. 39 e ss.; K. Stern, *Staatsrecht*, III/2, 1994, pp. 1678 e ss. Por último, B. Braczyk, *Rechtsgrund und Grundrechte Grundlegung eine systematischen Grundrechtstheorie*, Berlin, 1996; M. Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung*, pp. 102 e ss.

os autores iniciavam o “tournant” dogmático, exigindo “mais dogmática e menos teoria” (W. Brugger) a fim de se poder alicerçar uma metódica mais rigorosa de interpretação-aplicação dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados (cfr. *supra*). As exigências funcionais das teorias sistémicas também se começaram a sentir, interessando mais discutir as *funções* (subjectiva e objectiva) dos direitos do que as *teorias* em torno dos direitos<sup>15</sup>. A necessidade de instrumentos de trabalho mais operacionais e “próximos da prática” conduzem a uma *teoria dogmática dos direitos fundamentais* que, no fundo, pretende fornecer as bases de uma metódica geral dos direitos positivamente constitucionalizados<sup>16</sup>.

## II As teorias dos direitos fundamentais

O canône teórico dos direitos fundamentais costuma ser reconduzido às cinco teorias sistematizadas por um publicista alemão em 1974<sup>17</sup>.

### a) Teoria liberal

4. São conhecidos os postulados mais característicos desta teoria liberal: (1) os direitos fundamentais perfilam-se essencialmente, como *direitos de autonomia e direitos de defesa*; (2) os direitos fundamentais revestem, concomitantemente, o carácter de *normas de distribuição de competências* entre o indivíduo e o Estado, distribuição esta favorável à ampliação do domínio de liberdade individual e à restrição da acção estadual aos momentos de garantia e ordem necessários ao livre desenvolvimento desses direitos; (3) os direitos fundamentais apresentam-se como *pré-estaduais*, definindo um domínio de liberdade individual e social, no qual é vedada qualquer ingerência do Estado; (4) a substância e o conteúdo dos direitos, bem como a sua utilização e efectivação, ficaram fora

da competência regulamentar dos entes estaduais, dependendo unicamente da iniciativa dos cidadãos; (5) a finalidade e o objectivo dos direitos fundamentais é de natureza puramente *individual*, sendo a liberdade garantida pelos direitos fundamentais uma liberdade pura, *Freiheit in se* e não *Freiheit um zu*, isto é, liberdade em si e não liberdade para qualquer fim (ex.: liberdade para a defesa da ordem democrática, liberdade ao serviço do socialismo).

### b) Teoria da ordem de valores

5. Os direitos fundamentais apresentam-se, na *teoria da ordem de valores*, primeiramente, como valores de carácter objectivo, e não como direitos ou pretensões subjectivas. Concebidos os direitos fundamentais como *ordem de valores objectiva*, dotada de *unidade material*, e na qual se insere o sistema de pretensões subjectivas (*Anspruchssystem*), deduz-se que: (1) o indivíduo deixa de ser a medida dos seus direitos, pois os direitos fundamentais reconduzem-se a princípios objectivos, cuja realização possibilita a eficácia óptima dos direitos e confere um estatuto de protecção aos cidadãos; (2) postula-se uma dimensão essencialmente objectiva dos direitos fundamentais cujo conteúdo essencial compreende a tutela de bens de valor jurídico igual ou mais alto; (3) consequentemente, através da ordem de valores dos direitos fundamentais, respeita-se a totalidade do sistema de valores do Direito Constitucional; (4) os direitos fundamentais, sendo expressão dos valores aceites por determinada comunidade, só no quadro dessa ordem podem e devem ser realizados; (5) a dependência dos direitos fundamentais de uma ordem de valores total origina a relativização desses mesmos direitos no plano subjectivo, que podem tornar-se susceptíveis de controlo jurídico ancorado precisamente na ordem de valores objectiva; (6) além dessa relativização, a transmutação dos direitos fundamentais em realização de valores justificará intervenções concretizadoras dos entes públicos, de forma a obter a *eficácia óptima* de que se falou atrás. A teoria da ordem de valores que os autores associam à *teoria da integração* de Smend e à *filosofia de valores*, procura um sistema de garantias sem lacunas a partir da objectivação dos direitos fundamentais. Só que, como já várias vezes pusemos em relevo, ela é uma teoria perigosa: (1) a indagação da ordem de valores, através de um pretense método científico-espiritual, pode conduzir a uma ordem e a uma hierarquia de valores, caracterizadamente subjectiva, sem qualquer

<sup>15</sup> Cfr., sobretudo, H. Willke, *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie*, Berlin, 1975. Vide, em língua portuguesa, Willis Guerra Filho, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, São Paulo, 1999, pp. 32 e ss.; J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2. ed., Coimbra, 2001, pp. 13 ss. Para outros aprofundamentos, J. F. Lindner, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen, 2005, pp. 2 e ss.

<sup>16</sup> Cfr. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt/M., 1985; Stern, *Staatsrecht*, III/2, pp. 1679 e ss.; W. Kahl, “Grundrechte”, in O. Depenheuer/ Ch. Grabenwarter, *Verfassungstheorie*, Heidelberg, 2010, cit., pp. 807 e ss.; M. Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Heidelberg, 1999, pp. 3 e ss.

<sup>17</sup> Referimo-nos a E. W. BÖCKENFÖRDE, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, in *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt/M., 1991, pp. 67-91.

apoio em critérios ou medidas de relevância objectiva; (2) a ordem de valores tenta transformar os direitos fundamentais num *sistema fechado*, separado do resto da Constituição; (3) a ordem de valores abre o caminho para a interpretação dos direitos fundamentais depender de *intuição espiritual*, conducente a uma *tiranía de valores*, estática e decisionista<sup>18</sup>.

### c) Teoria institucional

6. Esta teoria aproxima-se da teoria da ordem de valores ao negar aos direitos fundamentais uma dimensão exclusivamente subjectiva. A *teoria institucional*, ao contrário das teorias essencialistas do valor, não procura uma ordem objectiva, jusnaturalística, espírito-cultural ou fenomenologicamente captada, mas sim o quadro (*instituição*) definidor e ordenador do sentido, conteúdo e condições de exercício dos direitos fundamentais. Daqui resultam vários corolários: (1) os direitos fundamentais, existindo no âmbito de uma instituição, e sendo condicionados pela ideia ordenadora dessa mesma instituição, adquirem uma *dimensão funcional*, na medida em que aos titulares dos direitos cabe o dever de participar na realização dessa ideia<sup>19</sup>; (2) enquadrando-se os direitos fundamentais na instituição, na qual estão presentes outros bens de valor constitucional, os direitos fundamentais situam-se sempre em relação a estes últimos numa *relação de condicionalidade*, daí resultando que o seu conteúdo e os seus limites em relação aos outros bens constitucionais se aferem mediante um critério de *ponderação de bens* (*Güterabwägung*); (3) conseqüentemente, se todo o direito está numa *relação de valor* com outros bens, fica aberto à regulamentação legal um maior campo

de conformação do que aquele que seria permitido numa teoria liberal dos direitos fundamentais (sirvam de exemplo as intervenções regulamentadoras destinadas a assegurar a instituição da imprensa livre); (4) os direitos fundamentais apresentam um *duplo carácter* — *individual* e *institucional* — que explicará o facto de os direitos fundamentais, tais como as clássicas *garantias institucionais* ou *garantias de instituto*, deverem ser limitados na dimensão individual para se reforçar a dimensão institucional (vejam-se, por ex., os limites do art. 46º/4 ao direito individual de associação com o fim de salvaguardar o direito de associação como instituição). À teoria da instituição cabe o mérito de ter salientado a dimensão objectiva institucional dos direitos fundamentais e, mais do que isso, um conteúdo jusfundamental referenciado não apenas por normas mas também pela própria realidade. Todavia, impõem-se algumas reservas: (a) a faceta institucional dos direitos fundamentais é, apenas, uma das dimensões destes direitos, ao lado das dimensões individual e social; (b) o enquadramento dos direitos fundamentais no "mundo institucional" pode acarretar a "paragem" dos próprios direitos, na medida em que as instituições sejam consideradas mais como *subsistemas de estabilização* do que como formas de vida e de relações sociais e jurídicas, necessariamente mutáveis no mundo evolutivo económico e social; (c) o critério da ponderação de bens utilizado pela teoria institucional conduz a uma perigosa *relativização* dos direitos fundamentais, além de não oferecer qualquer clareza e segurança no caso de conflitos de bens constitucionais<sup>20</sup>.

### d) Teoria social

7. A *teoria social* parte da tripla dimensão que deve ser assinalada aos direitos fundamentais: a

<sup>18</sup> A discussão em torno da teoria dos valores e do "valor dos valores" nos direitos fundamentais continua a dominar muitos trabalhos de autores alemães. Cfr. a síntese de W. Kahl, "Grundrechte", in O. Depenheuer/ Ch. Grabenwarter, *Verfassungstheorie*, Heidelberg, 2010, cit., pp. 824 e ss. Aprofundamento: Thilo Rensmann, *Wertordnung und Verfassung*, 2007, pp. 25 e ss. Cfr. também, na doutrina italiana, Roberto Nania/Paolo Ridola, *I Diritti Costituzionali*, I, cit., pp. 174 e ss.

<sup>19</sup> A liberdade do indivíduo é, pois, uma *liberdade consignada*. Cfr. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais*, cit., p. 59. Por isso, Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 1962, assinala aos direitos fundamentais um momento de *cidadania activa* (*aktivbürgerliches Moment*), necessário à realização da instituição democrática. Cfr., também, Márcio Aranha, *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, 1999.

<sup>20</sup> Cfr. Müller, *Juristische Methodik*, cit., p. 52; Denninger, *Staatsrecht*, Hamburgo, 1979, Vol. 2.º, p. 183; Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais*, cit., p. 60; Roberto Nania/Paolo Ridola, *I Diritti Costituzionali*, cit., pp. 170 e ss. A ambiguidade da compreensão institucionalista dos direitos fundamentais revela-se também nas diversas dimensões que nela se detectam: quando se *reforça o significado normativo*, a teoria institucional pode ganhar sentido dinâmico; quando se salienta a *dimensão analítica*, o que nos surge é uma perspectiva conservadora, pois os direitos fundamentais, longe de terem um efeito dirigente, são determinados pela realidade social densificada nas instituições. Cfr. também Dieter Grimm, *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, München, 1982. Mais recentemente, Cfr. JAN KLEMENT, *Wettbewerbsfreiheit*, Tübingen, cit., pp. 105 e ss.

*dimensão individual* (pessoal), a *dimensão institucional* e a *dimensão processual*. Continua a considerar-se, como na teoria liberal, que a liberdade, embora tenha uma dimensão subjectiva, adquire hoje uma dimensão social (*Freiheitsrecht und soziale Zielsetzung*). Por outro lado, o que está em causa muitas vezes não é o uso razoável de um direito fundamental, mas a impossibilidade de o particular poder usufruir as situações de vantagem abstratamente reconhecidas pelo ordenamento. Daí a problemática dos *direitos sociais*, que, ao contrário do que a teoria liberal defendia, não postula a abstinência estadual, antes exige uma intervenção pública estritamente necessária à realização destes direitos. A intervenção estadual é concebida, não como um *limite*, mas como um *fim* do Estado. A socialidade passa a ser considerada como um *elemento constitutivo* da liberdade e não como limite meramente externo da mesma. Não basta, porém, exigir prestações existenciais e impor ao Estado deveres sociais, se não configurarmos a posição dos cidadãos no processo de realização dos direitos como um *status activus processualis* (Häberle). Intervém, aqui, a terceira dimensão assinalada aos direitos fundamentais: a *componente processual* permite aos cidadãos beneficiar de procedimentos de efectivação das prestações necessárias ao desenvolvimento da sua cidadania social. Não obstante o avanço positivo que a teoria social trouxe quanto à compreensão multidimensional dos direitos fundamentais, permanecem obscuros alguns pontos: (1) reconhece a teoria social que os direitos sociais são verdadeiros direitos subjectivos, ou serão antes "cavalos de Tróia" na cidade, ainda dominada pelo liberalismo defensivo<sup>21</sup>? (2) haverá efectivamente direitos de *quota-parte* (*Teilhaberechte*) dos cidadãos na realização dos direitos fundamentais, ou tratar-se-á de simples questões de organização e administração?; (3) quais as garantias efectivamente concedidas aos cidadãos quanto à realização dos novos direitos? Haverá prestações estaduais à medida dos direitos fundamentais, ou, simplesmente, *direitos dependentes à medida das prestações do Estado* ou das prestações incluídas no "âmbito do possível" tendo em conta o "efeito orçamental e fiscal" no contexto de obrigações nacionais e supranacionais.

<sup>21</sup> Cfr. Amâncio Ferreira, "Uma abordagem dos direitos sociais", in *Frenteira*, n.º 6, 1979, p. 68. Cfr., também, Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais*, p. 67.

### e) Teoria democrático-funcional

9. Na *teoria democrático-funcional* acentua-se particularmente o momento teleológico-funcional dos direitos fundamentais no processo político-democrático. Daí várias consequências: (a) os direitos são concedidos aos cidadãos para serem exercidos como membros de uma comunidade e no interesse público; (b) a liberdade não é a liberdade pura e simples, mas a liberdade como *meio* de prossecução e segurança do processo democrático, pelo que se torna patente o seu carácter *funcional*; (c) se o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais se encontra funcionalmente condicionado, também se compreende que o respectivo exercício não esteja na completa disponibilidade dos seus titulares: o direito é, simultaneamente, um *dever*; (d) dado o carácter marcadamente funcional dos direitos, aos poderes públicos é reconhecido o direito de intervenção conformadora do uso dos direitos fundamentais. Esta teoria parte da ideia de cidadão activo, com direitos fundamentais postos ao serviço do *princípio democrático*. Opera-se uma despersonalização-funcionalização dos direitos para se tentar salvaguardar a própria ordem que os reconhece. Isto pode conduzir a institutos censuráveis, como os de *perda ou suspensão* dos direitos fundamentais pela sua utilização abusiva (ex.: uso não conforme ao pretensão princípio democrático). Alguns pontos de partida das actuais doutrinas incidentes sobre a *razão comunicativa*, a liberdade política e a liberdade de expressão parecem estar próximas desta teoria democrático-funcional dos direitos<sup>22</sup>.

### f) Teoria socialista dos direitos fundamentais

8. A *teoria socialista* dos direitos fundamentais, oposta à chamada concepção burguesa, tem de ser analisada tendo em conta a *pré-compreensão antropológica marxista*. Recorde-se a célebre Tese 6 sobre Feuerbach: "[...] a essência do homem não é uma abstracção inerente ao indivíduo isolado. Na sua realidade é um conjunto de relações sociais"<sup>23</sup>. Os

<sup>22</sup> Cfr. a exposição e crítica de T. Wülfing, *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalt*, cit., pp. 91 e ss.; Roberto Nania/Paolo Ridola, *I Diritti Costituzionali*, cit., pp. 178 e ss. Veja-se, também, no contexto norte-americano, as teorias de autodeterminação democrática a propósito da liberdade de expressão. Cf. por todos, Cass Sunstein, *The Partial Constitution*, Cambridge, Mass., 1993, pp. 195 e ss.

<sup>23</sup> Cfr. K. Marx, *Ludwig Feuerbach e o fim da filosofia clássica alemã e outros textos filosóficos*, 3. ed., 1975, p. 23.

pressupostos antropológicos da concepção marxista têm logo incidência na caracterização dos direitos do homem.

Assim, nenhum dos pretensos direitos do homem ultrapassa o homem egoísta, o homem enquanto membro da sociedade burguesa, isto é, o indivíduo separado da comunidade, ensimesmado, preocupado apenas com o seu interesse pessoal, obedecendo apenas à sua arbitrariedade privada<sup>24</sup>.

Trata-se, portanto, da "liberdade do homem considerado como nómada isolado, fechado sobre si próprio". Desta forma, os *droits de l'homme*, distintos dos *droits du citoyen*, nada mais são do que os direitos dos membros da sociedade burguesa, isto é, do homem egoísta, do homem separado do homem e da comunidade<sup>25</sup>. Por sua vez, "a aplicação prática do direito de liberdade é o direito da propriedade privada". As citações anteriores permitem-nos concluir que a teoria marxista dos direitos fundamentais parte de uma base antropológica completamente diversa da teoria liberal. Para esta, o homem, na sua individualidade e personalidade, é a base das acções políticas e do próprio direito; para a teoria marxista, o homem tem uma essência social que faz com que se não possa bastar a si próprio e só se consiga transformar em *homem total* através de uma nova sociedade. A partir daqui, a teoria marxista aponta várias consequências para os direitos fundamentais: (a) os interesses do indivíduo identificam-se com os da sociedade, sendo mera "ficção" a teoria burguesa da esfera individual e livre, oposta à ordem estadual; (b) o direito de participação (*Mitgestaltung*), na medida em que proporciona a transformação das condições sociais possibilitadoras da plena realização dos direitos, é o "direito mãe" dos direitos fundamentais; (c) dada a imbricação profunda do indivíduo e da sociedade, os direitos fundamentais não podem divorciar-se da criação de *garantias materiais concretas* necessárias à sua efectivação; (d) o compromisso activo e a participação na criação das

condições necessárias ao livre desenvolvimento dos direitos pressupõe a *unidade dos direitos* e *deveres* dos cidadãos; (e) a criação das condições materiais possibilitadoras do livre "desabrochar" dos direitos fundamentais exige, ou pressupõe, a apropriação colectiva dos meios de produção e a gestão colectiva da economia. A concepção socialista apontou criticamente as "fraquezas" das "teorias burguesas" dos direitos fundamentais: (1) mistificação das declarações dos direitos quanto ao sentido igualitário dos direitos do homem, na feição que lhes imprimiu o liberalismo proprietarista; (2) carácter platónico do reconhecimento dos direitos se não se assegurarem ao indivíduo as condições materiais necessárias à plena efectivação desses direitos, de forma a garantirem-se *liberdades concretas* e *reais*. A concepção socialista pretende ser uma *concepção originária* dos direitos fundamentais, "produtora" de uma *ruptura* com as concepções liberais. Não se trataria, pois, de aperfeiçoar o núcleo clássico dos direitos fundamentais através do catálogo dos direitos sociais, económicos e culturais, só plenamente realizado numa sociedade socialista. O *corte* antropológico que a teoria socialista operou em relação à teoria tradicional dos direitos do homem conduziu às suas deficiências principais: (1) funcionalização extrema dos direitos fundamentais e *minimização de uma irreduzível dimensão subjectiva*; (2) *tendencial redução dos direitos à existência de condições materiais*, económicas e sociais, com manifesto desprezo das garantias jurídicas. Estas duas reduções acabaram por explicar, quer o "nihilismo" político, económico, antropológico e ecológico, posto a nu pela "Perestroika", quer a sua derrocada com a queda do "muro de Berlim".

### III Doutrina constitucional dos direitos fundamentais

10. As teorias acabadas de expor não são um fim em si. Com a sua explanação pretende-se abrir caminho às interrogações deixadas em aberto: quais as teorias fundamentais eventualmente subjacentes ao regime dos direitos fundamentais de uma lei constitucional e qual a possibilidade de se fazer uma escolha livre dessas teorias. A partir do discurso precedente, afigura-se legítima uma primeira ilação: aos direitos fundamentais não se poderá assinalar hoje uma única *dimensão* (subjectiva) e apenas uma *função* (protecção da esfera livre e individual do cidadão). Atribui-se aos

<sup>24</sup> Cfr. Karl Marx, *A Questão Judaica*, p. 39; B. Romano, "Emancipazione e violenza. A proposito dei diritti dell'uomo nella *Judenfrage*", in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 4/1982, pp. 595 e ss.

<sup>25</sup> Cfr. Karl Marx, *A Questão Judaica*, cit., p. 36; A. M. Revedin, *La negazione teoretica. I diritti dell'uomo e la critica di Marx*, 1985; M. Atienza, *Marx y los derechos humanos*, 1983; W. Volkman, "Grundrechte und Sozialismus", in Merten/Papier, *Handbuch der Grundrechte*, I, p. 478; Georg Brunner, "Grundrechtstheorie im Marxismus-Leninismus", in Merten/Papier, *Handbuch*, I, cit., pp. 523 e ss.

direitos fundamentais uma *multifuncionalidade*<sup>26</sup>, para acentuar todas e cada uma das funções que as teorias dos direitos fundamentais captavam unilateralmente. Mas não só. É discutível a própria ideia de uma *teoria geral* para todos e cada um dos direitos fundamentais, com as mesmas respostas para os mesmos problemas (ex. a teoria democrática funcional dá centralidade aos "direitos comunicativos" e a teoria social aponta para a problemática nuclear das prestações).

11. Quanto ao problema da escolha livre de uma teoria dos direitos fundamentais, poder-se-ia ser tentado a, caso por caso, mediante uma adaptação *tópica*, procurar a teoria mais adequada à solução concreta. Significaria isto não haver uma *teoria dos direitos fundamentais conforme a Constituição* (*verfassungsgemässe Grundrechtstheorie*<sup>27</sup>), mas várias teorias *pré-compreendidas, iluminadoras da compreensão* das normas constitucionais. Aceitar esta conclusão seria, não só admitir uma espécie de direito livre intimamente ligado à pré-compreensão do intérprete, mas também reconhecer a inexistência de um *pressuposto constitucional comum*, vinculativamente operante na interpretação-concretização dos direitos fundamentais. E este *pressuposto constitucional*, comum e ineliminável, tendo em vista o carácter compromissório da Constituição e a síntese dialéctica por ela operada entre os direitos de "várias gerações", dificilmente pode ser reconduzido a esquemas teóricos puros. Estes apenas auxiliam na busca de uma *compreensão material, constitucionalmente adequada*, dos direitos fundamentais. Neste sentido torna-se necessária uma *doutrina constitucional dos direitos fundamentais*, construída com base numa constituição positiva, e não apenas uma *teoria de direitos*

*fundamentais* de carácter exclusivamente teórico<sup>28</sup>. Esta conclusão não significa que as teorias dos direitos fundamentais devam eclipsar-se definitivamente da Teoria da Constituição. Por um lado, como o demonstra a moderna metódica constitucional, a Teoria da Constituição é uma dimensão importante na concretização dos direitos fundamentais<sup>29</sup>. Por outro lado, e como o revela a recepção em sede dogmática (Alexy) da construção principal dos direitos fundamentais (Dworkin), a única maneira de as teorias dos direitos fundamentais não serem consumidas por abstractas "teorias da justiça" é a de elas continuarem dentro de uma teoria do direito praxeologicamente orientada. As teorias dos direitos fundamentais podem, desta forma, enriquecer a dogmática dos direitos fundamentais e a Teoria da Constituição, se elas fornecerem um suporte constitucionalmente sustentável a um *estado constitucional de direitos fundamentais* e a uma *sociedade civil de direitos fundamentais*<sup>30</sup>. Esta sociedade civil de direitos fundamentais supera a referência exclusivamente estatista e fornece a abertura para uma teoria compreensiva da jusfundamentalidade multinível (ex. as teorias dos direitos fundamentais subjacentes à Convenção Europeia dos Direitos Humanos e à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia que condensam dimensões jusfundamentais diversas do catálogo da Constituição Portuguesa).

<sup>26</sup> Cfr. Luhmann, *Grundrechte als Institution*, 1965, pp. 80 e 134; Willke, *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie*, Berlin, 1975; F. Ossenbühl, "Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", in *NJW*, 1976, pp. 2.110 e ss.; R.A. Rhinow, "Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik", in *Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Hüber*, Bern, 1981, p. 429, que se pronuncia também sobre a "pluridimensionalidade dos direitos fundamentais". Desenvolvimento, P. Ridola, "Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo", in R. Nania/P. Ridola, *I Diritti Costituzionali*, cit., pp. 150 e ss.

<sup>27</sup> Cfr. Böckenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", cit., p. 1.536. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 32, alude agora a uma "teoria integrativa adequada".

<sup>28</sup> Salientando a autonomia da concepção de direitos fundamentais subjacente ao texto constitucional de 1976 relativamente aos modelos teóricos, cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Cap. III. Defendendo, pelo contrário, a tese da funcionalização dos direitos, liberdades e garantias em virtude da "opção socialista" da Constituição, cfr. Lucas Pires, *A Teoria da Constituição*, cit., p. 310. Num sentido próximo do desenvolvido no texto quanto ao papel das "teorias dos direitos fundamentais", cfr. Jorge Miranda, *Manual*, vol. IV, pp. 48 e ss.; Cfr., também, Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais*, cit., p. 106; "Direitos e Garantias Fundamentais", in Baptista Coelho (org.), *Portugal: Sistema Político-Constitucional*, p. 696, que pretende "subtrair" os direitos fundamentais ao compromisso global da Constituição (seriam um "subsistema autónomo") e reconduzir, ao contrário de Lucas Pires, a concepção constitucional a uma "concepção liberal moderna" (p. 689). Mesmo a admitir-se uma aproximação antropológica entre as "teorias sociais democráticas" e as "teorias liberais", continua a existir uma substancial diferença entre o "homem da catalaxia hayekiana" e o "homem situado" do pensamento social democrata e socialista. Cfr. L. Ferry/A. Renaut, *Philosophie Politique, Des Droits de l'Homme à l'idée republicaine*, pp. 276 e ss.

<sup>29</sup> Cfr. W. Kahl, "Grundrechte", cit., pp. 834 e ss.

<sup>30</sup> Cfr. P. Häberle, "Das Konzept der Grundrechte", in *Europäische Rechtskultur*, Frankfurt/M, 1997, pp. 279 e ss; Paulo Bonavides, *Direito Constitucional*, 6. ed., 1997, pp. 582 e ss.

## C. Os direitos fundamentais dentro da Teoria da Constituição através da Teoria do Agir Comunicativo e da Teoria da Justiça

### I A “fundação” dos direitos fundamentais sobre uma teoria da discussão

12. J. Habermas, numa obra fundamental<sup>31</sup>, enuncia a seguinte tese: a gênese lógica dos direitos fundamentais constitui um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo dirigido a constituir direito legítimo, ou seja, o princípio democrático<sup>32</sup>, se constituem co-originariamente. Algumas categorias de direitos são mesmo princípios “vinculativos” do poder constituinte. Habermas distingue cinco categorias de direitos fundamentais: (1) direitos fundamentais resultantes do desenvolvimento, politicamente autónomo, do direito ao mais amplo leque de *liberdades subjectivas de acção iguais para todos*; (2) direitos fundamentais resultantes do desenvolvimento politicamente autónomo do *estatuto de membro* numa associação livre de “sócios” jurídicos; (3) direitos fundamentais que resultam de modo imediato da *exigibilidade* dos direitos e do desenvolvimento, politicamente autónomo, da *protecção jurídica individual*; (4) direitos fundamentais a uma *participação*, em condições de igualdade, nos processos de formação da opinião e da verdade, no âmbito dos quais os cidadãos exercem a sua autonomia política e o direito legítimo; (5) os direitos fundamentais à garantia das condições de vida a nível técnico, social e ecológico, na medida em que isso se possa considerar necessário, em determinadas circunstâncias, à existência de uma igualdade de oportunidades para o exercício dos direitos cívicos enumerados de (1) a (4). Os três primeiros direitos têm uma função constitutiva, pois eles estabelecem os princípios norteadores do poder constituinte quanto à especificação dos direitos, liberdades e garantias. São, pois, princípios jurídicos em função dos quais se orientará o legislador constituinte<sup>33</sup>. Independentemente da análise (que não poderá aqui ser feita) dos restantes momentos discursivos do autor, uma coisa parece certa: regressa-se ao problema do poder constituinte e dos seus limites

<sup>31</sup> Cfr. J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, pp. 155 e ss.

<sup>32</sup> Cfr. Habermas, ob.cit., pp. 155 e ss.

<sup>33</sup> Cfr. J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, p. 160.

fundamentalmente radicados em determinados direitos fundamentais. Estamos no cume da Teoria da Constituição.

### II A “Constituição e as liberdades básicas”

13. É uma teoria de direitos fundamentais que está subjacente à configuração institucional do *liberalismo político*, tal como ele é construído por John Rawls. A própria Constituição — incluída na *estrutura básica*<sup>34</sup> — é encarada como um procedimento justo que incorpora as *iguais liberdades políticas* e garante a liberdade de pensamento. O modo como se combinam as liberdades num *esquema coerente*, outra coisa não é senão uma teoria das liberdades básicas, assente numa *concepção política da pessoa* e indispensável à justificação de um *regime constitucional*<sup>35</sup>. Mais uma vez, as teorias dos direitos básicos são momentos fundamentais de uma Teoria normativa da Constituição, incluída numa *teoria do político*. A Constituição é, precisamente, entendida como um procedimento político justo que incorpora as iguais liberdades políticas e procura assegurar o seu justo valor, de modo que os processos de decisão política sejam acessíveis a todos numa base aproximadamente igual<sup>36</sup>. Neste sentido, a Constituição será também o *estatuto comum de cidadãos iguais*, na medida em que incorpora e especifica as liberdades básicas<sup>37</sup>.

## D. Das teorias dos direitos fundamentais para as teorias da dogmática dos direitos fundamentais

14. Uma “teoria sobre teorias” acarreta uma *metateoria* ou uma *teoria transcendental*. É o que acontece com as tentativas recentes apontadas na construção de uma *teoria da dogmática dos direitos fundamentais*<sup>38</sup>. A proposta de uma teoria dogmática dos direitos fundamentais não é nova como o demonstra a obra fundamental de R. ALEX<sup>39</sup>. Mas enquanto a teoria dos direitos fundamentais alexyana é concebida como parte geral da dogmática

<sup>34</sup> Ibidem, p. 258.

<sup>35</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 337.

<sup>37</sup> Cfr., por último, Jónatas Machado, *Liberdade de Expressão*, p. 144.

<sup>38</sup> Cfr. J. F. Lindner, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, Heidelberg, 2005.

<sup>39</sup> Cfr. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 71 e ss.

dos direitos fundamentais, a teoria da dogmática dos direitos fundamentais ambiciona erguer-se a um conceito científico geral com vista à fundamentação, recorte material e estruturação sistemática de todos os enunciados normativos referentes às situações de facto que são directa ou indirectamente relevantes para a aplicação de normas de direitos fundamentais numa concreta situação existencial<sup>40</sup>. O objectivo de uma *teoria sobre a dogmática* acaba por ser uma teoria dogmática. Além de se procurar “impor ordem” às teorias e às dogmáticas de direitos fundamentais (policentradas), reivindica fôlego teórico-dogmático para servir de enquadramento a qualquer ordem jusfundamental (além do seu propósito de ser uma teoria para a aplicação de preceitos jusfundamentais ou uma ordem concreta). O ponto de partida para tal teoria — com a sua pretensão de universalidade — é necessariamente uma *teoria transcendental* de direitos fundamentais assente no elemento contrafáctico do *status libertatis naturalis fictivus*. Um novo conceito de compreensão apriorística surge nesta fundamentação transcendental: o da existência da pessoa em si mesmo, do *status* do pessoa em si mesmo, natural-transcendental, livre de todas as pré-condições extraexistenciais sejam elas de natureza política, religiosa, moral, antropológica, jusnatural ou de qualquer outra natureza. Ou seja: convoca-se uma figura ou categoria de pensamento transcendental (*status libertatis naturalis fictivus*), erguido a axioma (também transcendental) para alicerçar a redução da complexidade de uma teoria de direitos fundamentais. Esta reconduz-se ao conjunto de enunciados sistematicamente orientado sobre as proposições normativas respeitantes a um estado de liberdade natural fictício<sup>41</sup>. O que resulta desta proposta é (i) uma *nova teoria material* dos direitos fundamentais, (ii) monocentrada numa teoria de *aplicação* destes direitos, (iii) reconduzível a uma *dogmática* de extrinsecação do *interesse* jusfundamental protegido, ou seja, o interesse da liberdade transcendental do sujeito livre natural fictício<sup>42</sup>.

15. Esta teoria da dogmática dos direitos fundamentais, ambiciosamente dirigida à *redução da complexidade* aplicativa do direito, acaba por expulsar as dimensões críticas, discursivas e dogmáticas da teoria da constituição. Recorre à estratégia analítica de *dispensabilidade* de conceitos, sob o pretexto de eles serem meros “feno-conceitos”, ou seja, conceitos descritivos sem qualquer operacionalidade dogmática. Daí resulta a *neutralização* da teoria dos direitos fundamentais em todos os aspectos relevantes. Em primeiro lugar, sob o ponto de vista *teorético-jurídico*, não se vê que qualquer norma de direito fundamental jurídico-constitucionalmente localizada no plano cimeiro da hierarquia normativa, quer de uma ordem constitucional concreta quer de uma comunidade de direitos fundamentais (União Europeia, Convenção Europeia), possa reduzir a relação fundamental entre o cidadão-pessoa, o Estado e a comunidade à defesa do interesse do “sujeito livre natural”. Em segundo lugar, sob o ponto de vista jurídico e político-filosófico, o *Estado de direitos fundamentais*, ou seja, o Estado vinculado à garantia de direitos fundamentais jurídico-constitucionalmente normativizados, postula conteúdos de justiça política e títulos de legitimação pouco compatíveis com uma redução transcendental dos “homens que nascem livres e iguais em direitos”. Sob o ponto de vista metodológico, mesmo que a “sociedade aberta dos intérpretes constitucionais” forneça abertura para confrontações políticas, em sede de aplicação de normas jusfundamentais, é inadmissível a imposição monocentrista de redução da complexidade conseguida à custa da expulsão da dimensão jurídico-objectiva dos direitos fundamentais e das respectivas precipitações jurídico-dogmáticas (“efeito externo”, “dimensões prestacionais, organizatórias e procedimentais”, “dever de protecção do Estado”)<sup>43</sup>.

## Referências

Andrade, J. C. V. – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2. ed., Coimbra, 2001.

Alexy, R. – *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt/M, 1985. (Existe trad. cast.).

<sup>40</sup> Cfr. J. F. Lindner, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, cit., pp. 9, 470 e ss.

<sup>41</sup> Cfr. J. F. Lindner, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, cit., pp. 112 e 117.

<sup>42</sup> Vejam-se as grelhas de análise (extrinsecação, ingerência e reacção) apresentadas por J. F. Lindner, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, cit., pp. 480 e ss.

<sup>43</sup> Cfr. em termos críticos, Cfr. W. Kahl, “Grundrechte”, cit., pp. 834 e ss.

- Böckenförde, E. W. – *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, München, 1989.
- Bonavides, P. – *Direito Constitucional*, 6. ed., 1997, pp. 582 e ss.
- Brugger, W. – *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Tübingen, 1987.
- Corradini, D. – *Garantismo e estatualismo*, Milano, 1971.
- Cunha, P. F. – *Teoria da Constituição. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais*, Lisboa, 2000.
- Denninger, E. – *Menschenrechte und Grundgesetz*, Berlin, 1992.
- Dreier, H. – *Dimensionen der Grundrechte*, Berlin, 1993.
- Faria, J. E. (org.) – *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo, 1998.
- Ferrajoli, L. – *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 1989.
- Habermas, J. – *Faktizität und Geltung*, pp. 160 e ss.
- Häberle, P. – *Europäische Rechtskultur*, Frankfurt/M, 1997, pp. 279 e ss.
- Jestaedt, M. – *Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*, Berlin, 1999.
- Kramer, M./Simmonds, N. E./Steiner, H. – *A Debate over Rights – Philosophical Enquires*, Oxford, 2000.
- Lindner, J. F., *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen, 2005.
- Luhmann, N. – *Grundrechte als Institution*, 1965.
- Nunia, R. / Ridola, P., *Il Diritti Costituzionali*, 3 vols., Torino, 2. ed., 2006.
- Peces Barba, G. (com a colaboração de R. de Assis Roig, C. R. Fernandes Liesa, A. LLamas Cascón) – *Curso de Derechos Fundamentales*, Universidade Carlos III, Madrid, 1995.
- Rawls, J. – *Political Liberalism*, pp. 258 e ss.
- Ridola, P. – *Diritti di libertà e Costituzionalismo*, Torino, 1997.
- Stern, K. – *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III/2, Beck, München, 1994, pp. 1633 e ss.
- Vilaverde, I. – *Esbozo de una teoria general de los Derechos Fundamentales*, separata da *Revista Juridica de las Asturias*, 22/1998.
- Willke, H. – *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie*, Berlin, 1975.

## O Direito Ambiental e a pós-verdade

José Renato Nalini\*

### Resumo

O presente artigo pretende discutir os desafios do Direito Ambiental em tempos de “pós-verdade”: a tensão discursiva e fática entre desenvolvimento e preservação ambiental e o avanço de pautas conservadoras que prejudicam os propósitos delineados pelo legislador constituinte. O objetivo é demonstrar como tal articulação é prejudicial à proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Espera-se como resultado fomentar discussão interdisciplinar e crítica sobre o tema, em conformidade com a vocação da teoria do Direito Ambiental.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Proteção. Retrocesso. Desenvolvimento. Pós-verdade.

O verbete do ano 2016 foi “pós-verdade”. Sinal dos tempos em que as notícias falsas perduram, conseguem adeptos e a verdade não tem vez. A sociedade do espetáculo é hoje virtual. Em todos os espaços há pessoas de várias idades, todas elas presas aos seus celulares. Já nem se pode falar em “celular”. Nem é suficiente dizer “*smartphone*”. Na realidade, a palavra da moda é “*mobile*”. Milhões de pessoas no Brasil já recorrem à comunicação mediante o uso de seus “*mobiles*”.

Será que isso afeta o Direito Ambiental?

Há evidência que sim. Principalmente por cuidar de uma área sensível, nevrálgica, polêmica e sempre causadora de perplexidade e estupefação. Reações emocionais, nervosas, irônicas, sarcásticas, acintosas e debochadas.

Há muitas “tribos” envolvidas. Desde os “veganos”, que não consomem nada que tenha origem animal, até os “desenvolvimentistas” mais empedernidos, céticos em relação às consequências do aquecimento global. Por sinal, consideram as mudanças climáticas algo natural, que o Planeta sempre enfrentou e que não causarão os distúrbios apontados pelos cientistas.

Gama enorme de tonalidades entre os dois polos antípodas. A constatação é a de que não poucos estranham o comportamento insólito da Terra. No micro e no macro. As tempestades recentes acusam mais de 11 mil raios em poucas horas. Não costumava ser assim. Tudo normal, tudo natural?

O Ceará está perdendo turismo e espaço para o mar que avança. O fenômeno é chamado balanço sedimentar costeiro: se o mar leva mais areia do que trás, a erosão acaba com a praia. Eventos naturais, como o aumento do nível do mar e o vento colaboram. Mas a ação do homem está incluída no processo. A região costeira de Caucaia, na grande Fortaleza, perde de 7 a 8 metros de costa por ano, taxa muito elevada segundo o Laboratório de Ciência do Mar – Labomar da Universidade Federal do Ceará. Essa também a situação de Icarai e Cumbuco, praias aprazíveis daquele belo litoral. Têm sido insuficientes as barreiras de pedras<sup>1</sup>, pois o mar leva tudo embora. Nada de anormal?

Perfurar poços artesianos a cada novo edifício que se incorpora na capital paulista ou em qualquer outra grande cidade não prejudica o aquífero Guarany, *nosso cheque em branco* para uso de toda água que se quiser utilizar, agora e para todo o sempre. Exagero?

Poder-se-ia elencar infinita relação de dados que ganham disseminação, cada vez mais rápida pois as redes sociais são instantâneas e permanentes, que trazem dúvida, mas que alguns aceitam como certeza. Até para não ter a preocupação de refletir a respeito e de cobrar providências que não excluem qualquer ser humano de responder por elas. Afinal, incumbe à sociedade — e sociedade somos todos nós — zelar pelo ambiente, mantê-lo hígido e saudável, a fim de que dele possam se servir aqueles que nos sucederem na aventura terrena.

A velocidade com que hoje se disseminam boatos, inverdades, verdades e pós-verdades é impressionante.

\* Desembargador aposentado do TJSP. Integrou a primeira formação da Câmara Reservada ao Meio Ambiente e é autor de “Ética Ambiental”, 3. ed., Thomson-Reuters, 2015.

<sup>1</sup> O “*bagwall*” é uma estrutura em degraus, projetada para dissipar a energia das ondas e evitar a retirada da areia. Em Icarai, são 11 degraus. Essa obra já foi feita duas vezes, entre 2010 e 2015 e em ambas acabou destruída pela força do mar. Agora pensa-se em construir espigões, estruturas perpendiculares à costa em forma de Y, T ou Z, que facilitem o acúmulo de sedimentos. Mas além do alto custo, quem poderá assegurar que isto baste?

E pensar que em 1877, quando morava nos Estados Unidos, Joaquim Nabuco estranhava tanto a rapidez na divulgação de fatos como a celeridade com que eram substituídos e lançados ao esquecimento:

Vive-se hoje quanto à soma de impressões de cada hora cem vezes mais do que antigamente, porque elas nos vêm de todos os cantos da terra. A princípio isso determina uma certa excitabilidade nervosa, mas talvez acabe por produzir uma inteira insensibilidade. Estive neste país durante grandes acontecimentos: depois de ver a efervescência que eles produzem, é agradável ver a calma em que se deixam esquecer. Aqui vive-se depressa. *Times is money* é muito literalmente entendido, e por consequência toda a vida retroativa é desconhecida, daí a necessidade de não dar aos mortos outra prova de amizade que a de enterrá-los com flores, esquecendo-os logo em seguida como *useless* [...]².

A tragédia é a de que nos esquecemos do que temos de lembrar e damos pouca atenção àquilo que, se viesse a merecer adequado enfrentamento, conferiria duração maior à aventura humana sobre a Terra, hoje seriamente ameaçada, por incúria nossa. Não há inocentes quando se despreza o significativo acervo de péssimas novas a respeito da natureza em todo o mundo. Ou quando se esquece de tais denúncias, assim como se costuma fazer com tantas outras de nenhuma importância para a nossa vida presente e para o futuro das gerações que sequer nasceram. Confundir o verdadeiro com o falso e tratar ambos com a mesma régua, um pecado de que a humanidade se arrependeria, se estivesse viva para nutrir tal sentimento.

Passemos a notícias mais atuais e veiculadas em vários órgãos da mídia. Em 8 de fevereiro de 2017, divulgou-se que o governo prepara um projeto de lei que reduz em 65% as áreas das unidades de conservação que foram demarcadas por decretos da ex-presidente da República. A proposta afeta uma das áreas mais sensíveis da Amazônia, exatamente na região sul do Estado do Amazonas, fronteira com Mato Grosso e Rondônia.

As áreas protegidas atingem hoje 2,697 milhões de hectares e o projeto as reduz para 1,772 hectares. O pedido foi da bancada parlamentar do Amazonas,

entregue à Casa Civil da Presidência da República para encaminhamento ao Congresso.

O argumento é sempre o mesmo: inibição de investimentos do agronegócio e da indústria na região preservada. Só que tais unidades foram objeto do decreto porque formam um cinturão verde contra o avanço do desmatamento, da extração ilegal de madeira, da grilagem de terra. Integram o conteúdo da promessa brasileira de honrar o Acordo de Paris, que ora é também alvo de ameaça por parte do novo governo norte-americano.

Mais uma iniciativa que deixou de lado o Ministério do Meio Ambiente, que no Brasil já foi uma vez entregue à “grife verde”, Marina Silva, opção à época elogiada pela comunidade internacional, mas que não passou de gesto de marketing verde. Pois ela perdeu todas as paradas na defesa da natureza e se viu compelida a abandonar o Ministério.

Por ironia, o Ministro do Meio Ambiente, no momento da divulgação da intenção dos deputados da Amazônia, estava a participar de uma “Caravana Verde”, em visita a Estados da Amazônia Legal, com o objetivo de avaliar e definir ações de combate ao desmatamento.

Evidente que a concretização desse intento poderia legitimar a invocação do princípio da “vedação do retrocesso”, pois se há pouco se considerou fundamental traçar um limite ao desmatamento, impossível que menos de um ano depois, se considere desnecessária a medida.

Para a redução da área de preservação seria necessária ao menos a análise técnica do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, que não foi ouvido. Sem isso, tenta-se extinguir a Área de Proteção Ambiental de Campos de Manicoré, com redução da Reserva Biológica do Manicoré, do Parque Nacional do Acari, da Floresta Nacional de Aripuanã e da Floresta Nacional de Urupadi.

Os ambientalistas são a escassa maioria e a voz tímida em confronto com os interesses econômicos. Mas não se calam. Nurit Bensusa, coordenadora adjunta do Instituto Socioambiental – ISA, condena a tentativa. A medida fragmenta áreas de proteção vitais para a sobrevivência da Amazônia. “É como esquartejar a floresta em fragmentos descontínuos.

<sup>2</sup> JOAQUIM NABUCO, “Diários”, Volume 1 - 1873-1888, Bem-te-vi produções literárias, Editora Massangana, Fundação Joaquim Nabuco, s/d, pp. 143-144.

É o início do fim de uma floresta<sup>3</sup>. Reduzir-se a dimensão de unidades de conservação ao longo de estradas que tanto mal já causaram àquela floresta, como a BR-319 e a Transamazônica, é um convite à grilagem e ao desmatamento escancarado. Coisa que nunca teve cobro nem vedação concreta no Brasil das “oportunidades”.

Onde estará a verdade? Com os parlamentares que tiveram a iniciativa ou com os ambientalistas?

Outra verdade propalada por cientistas da Embrapa e agora da Unesp é a de que o plantio de cana-de-açúcar não extingue a fauna paulista. Ao contrário do que possa parecer, o melancólico “mar verde” em que São Paulo se transformou, acabando com a vocação dos minifúndios, não eliminou os animais nativos da mata paulista.

Ao menos, é o que dizem pesquisadores da Unesp de Rio Claro. Para eles, os fragmentos de mata atlântica que sobraram em meio ao canal abrigam 90% dos mamíferos de médio e grande porte originalmente encontrados no Estado de São Paulo.

Os próprios cientistas apuram que os vertebrados de grande porte são dificilmente encontrados. São sobreviventes. Antas e queixadas, o maior suíno selvagem do País, são raras. Mas a boa notícia é que a ligação desses fragmentos poderia gerar ambiente favorável à manutenção de sobrevivência dessas espécies.

Não se pode negar que, para a maioria das espécies animais, é inviável atravessar espaços que foram subtraídos à mata nativa e substituídos por cana-de-açúcar, em busca de alimento ou de um parceiro para se acasalar. São problemas hoje aparentemente insolúveis, principalmente porque os fragmentos de mata são cada vez menores. A ânsia da produtividade vai eliminando aquilo que a lei manda preservar: a mata em torno aos cursos d’água e topos de morro, bem como a reserva de floresta em 20% das propriedades rurais.

O trabalho se fez em 22 áreas paulistas, cada uma delas com cerca de 1.250 hectares, que tivessem fragmento florestal cercado de plantação de cana. A busca era por 31 espécies de animais mamíferos de médio e grande porte, enquanto foram encontradas

29. Mas duas delas são exóticas, ou seja, não nativas: o cão doméstico e o javaporco, cruzamento de porco doméstico e javali, um híbrido que é considerado praga em certas regiões.

A presença maciça da cana seria motivo para afugentar os animais, que viram o seu *habitat* destruído. Mas cerca de 90% das espécies esperadas foram encontradas em ao menos alguns fragmentos de mata. Em média, havia 11 espécies por área. O mínimo foi 7 e o máximo 18. Os mais comuns: tatu-galinha, quati e guaxinim. Os mais raros: cachorro-vinagre e ouriço-cacheiro.

O ideal seria a criação de corredores ecológicos que pudessem conectar as populações restantes da fauna paulista. Mas isso não parece merecer maior consideração por parte dos responsáveis por fazê-lo.

Uma terceira consideração diz respeito à água. Recurso infindável? A crise hídrica de 2014 provou que não. Embora o Brasil possua 12% da água doce do Planeta, ela é muito mal distribuída. Onde é abundante, a população é escassa. Onde falta, a população é excessiva e mal educada. Porque o grande problema da escassez é a gravidade resultante da poluição e do desperdício. Ambos problemas vinculados à educação do povo.

O Instituto Trata Brasil, especializado em saneamento básico, constatou que apenas na cidade de São Paulo, existem mais de 2 mil assentamentos irregulares. Quase 15% da população paulistana vive em moradias inadequadas. Isso significa uma perda de 2,5 bilhões de litros de água a cada mês. Cerca de 1,25 bilhão de litros por mês é o que vaza das mangueiras improvisadas, volume suficiente para abastecer 114 mil imóveis. Ou uma cidade do porte de São Vicente, Piracicaba ou Itaquaquecetuba.

De janeiro a dezembro de 2015, foram desviados por fraude 3,7 bilhões de litros de água potável, suficientes para abastecer 400 mil pessoas por um mês inteiro. São 52 casos de fraude detectados por dia. O valor da água furtada saltou de R\$ 17,4 milhões em 2014 para R\$ 32,6 milhões em 2015, um aumento de 87%.

Essa conduta não deriva apenas de má-fé, dolo ou premeditação. Há muita ignorância também. E ignorância é falta de educação. Se houvesse consistente educação, formal e informal, para toda a população, os prejuízos causados a toda a sociedade seriam minimizados.

<sup>3</sup> “Projeto reduz em 65% as florestas demarcadas por Dilma”, reportagem de André Borges, de Brasília, in OESP, 08/02/2017, p. A13.

A população se utiliza dos cursos d'água, que eram tão abundantes em todo o território paulista, com extrema crueldade. A partir do Poder Público, a sepultar os córregos, substituídos por asfalto ou leito carroçável para servir à civilização do automóvel. O transporte mais egoísta e poluidor que pode existir... Mas aqueles que ainda subsistem passam a servir como condutores de tudo aquilo que a população refuga: móveis, geladeiras, carcaças de carro, toda espécie de objetos, detritos, resíduos, cadáveres de animais e até mesmo fetos. Tudo é lançado a essa "lata de lixo corrente" que é a maioria dos rios mortos de São Paulo.

Já o uso do esgoto doméstico não é melhor. Grande parte do povo das ocupações irregulares arremessa o esgoto "*in natura*" nos córregos, riachos e rios. Mas quem é servido de esgoto — e grande parte dos moradores da capital o é — também nem sempre sabe usar desse benefício. Entope as redes, jogando restos de alimento ou lixo em geral na pia, no ralo ou no vaso sanitário. Desconhece que dispensar óleo na rede de esgotos causa entupimentos e refluxo. Deixa de guardar o óleo usado em garrafas descartáveis, para entregá-las posteriormente à reciclagem, nos lugares destinados a esse recolhimento.

Muitos moradores fazem ligações clandestinas da rede de escoamento da água da chuva na rede coletora de esgotos. A interligação é prejudicial, pode sobrecarregar as redes e causar retorno do esgoto doméstico para dentro das casas.

Tudo isso é verdade ou pós-verdade?

Para os cientistas, sem uma reforma hídrica, o risco de racionamento de água voltar a São Paulo nos próximos anos é mais do que real. Não é somente possível. É muito provável.

O geógrafo Wagner Costa Ribeiro, titular do Departamento de Geografia da USP diz que "não aprendemos nada. Crise não começa nem termina por decreto"<sup>4</sup>. São urgentes as reformas estruturais, tanto por parte do governo, como por parte da população. Esta precisa mudar sua cultura do desperdício. Aprenderá a duras penas. Não é apenas o custo do fornecimento de água potável que aumentará. O risco maior é o de ficar sem água. E se o petróleo é algo que se pode dispensar, sem água não se vive.

A população sentiu o que é racionamento, redução da oferta de água e o que isso significa na rotina da cidade. Mas não se verificou reação consequente com a gravidade do drama. Não basta a realização de obras de captação, interligação de reservatórios, aquisição de dispendiosas bombas de sucção de água. A resposta está na natureza. É urgente a recuperação e preservação das matas nas áreas dos mananciais. Somente um projeto permanente de redescoberta dos córregos, de despoluição das águas, de replantio das matas ciliares e outras reservas é que traria segurança hídrica para as cidades.

Não é muita gente que se preocupa com a questão, principalmente com a parte intimamente vinculada com a falta de educação, de escrúpulos ou mesmo de caráter de parte da população. Nas cidades desenvolvidas do planeta — citem-se, como exemplo, Roma, Londres, Hong Kong, Chicago e Oslo — não existem os "vilões dos vazamentos", que acrescentam aos 20,9% de perdas físicas ali registradas, os mais de 10,8% verificados no Brasil. Este "segundo vilão" resulta de

[...] furtos, fraudes e erros de medição. Como temos esse problema por aqui, mais 10,8% da água produzida é consumida, mas não é faturada - vira perda. Ou seja, alguém bebe essa água e provavelmente deixa a torneira aberta, causando desperdício, já que não paga por isso [...].<sup>5</sup>

Há quem não acredite, há quem não se incomode. Mas todos pagam pela conta. Existe mesmo a legião dos que pensam "não terem nada com isso", pois o problema é do Governo. Mas o Governo é uma estrutura sustentada pela cidadania. Por aqueles que pagam impostos. Cada vez mais pesados, principalmente numa economia crítica e sem perspectivas previsíveis de recuperação.

Se em 2010 eram 80% das pessoas residindo em área urbana, em 2040 serão 90%. Não se investe numa diáspora ao inverso, com estímulos a que as gentes voltem ao campo. Nem se há como continuar a dizer que a vida rural é desprovida de bens essenciais à vida contemporânea. Praticamente não há espaço em São Paulo que não seja coberto por banda larga e que permita comunicação contínua e de qualidade com

<sup>4</sup> "Água Parada", texto de Eduardo Geraque, FSP, Especial do Dia Mundial da Água, 22/03/2016, p. 2.

<sup>5</sup> JERSON KELMAN, Presidente da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP, in "Segurança hídrica e perdas de água", OESP 15/03/2017, p. A2.

o mundo online. Onde está o isolamento que forçou as migrações? Quem experimentou a vida na periferia das cidades, o subemprego, as deficiências do serviço público, anseia pelo retorno à presumível tranquilidade campestre. Essa é uma política pública a merecer maior consideração por parte de todos. O Brasil só perde com o inchaço das cidades e o esvaziamento do campo.

Tudo isso é verdade ou pós-verdade?

A verdade é que a proclamação do constituinte de 1988 é muito edificante em relação ao meio ambiente. O art. 225 é uma das belas expressões da engenhosidade humana. Teve a coragem de erigir o direito ao meio ambiente como direito fundamental intergeracional. Pois considerou “sujeito de direito”, não mero “expectante” de direito, o nascituro de todas as épocas do amanhã. Tornou o homem concreto um responsável pela conservação do ambiente para as futuras gerações. Mas na prática, tudo foi sacrificado em nome de uma equivocada noção de “desenvolvimento”. Nem mesmo o perigo trazido pela patologia hídrica em 2014 o comoveu. Tanto que, na visão do meteorologista da USP Augusto José Pereira Filho,

[...] quem acabou com a crise de água foi a natureza, com nossa forçosa cooperação. Somos 100% dependentes do sol e da chuva. Hoje, pode-se antecipar tais extremos e, assim, melhorar a gestão da água e da qualidade de vida [...]<sup>6</sup>.

É natural para a medíocre capacidade de apreensão do ser humano, que superado o auge da crise, acomodem-se os que poderiam impulsionar um sério programa de prevenção para outros estresses hídricos. São necessárias obras, sim. Mas elas são insuficientes. Ajudar a natureza a nos ajudar é essencial. Saber aproveitar aquilo que nos foi oferecido gratuitamente e que não sabemos conservar.

O quadro é aterrador, para quem se detiver a analisá-lo. Prevê-se no mínimo 55% de crescimento na demanda por água no mundo. A demanda no setor industrial atingirá 400%. O uso doméstico será impactado pela poluição e pelas mudanças climáticas em zonas áridas e costeiras. 20% dos reservatórios subterrâneos são explorados acima do que seria aceitável.

Seriam necessários US\$ 53 bilhões por ano, ao menos por cinco anos — e se isso parece muito, é menos do que 0,1% do PIB mundial de 2010 — para universalizar o acesso a água no Planeta. Esse dinheiro é de ser aplicado no combate à pobreza, no desenvolvimento econômico e na proteção ambiental.

O Brasil sabe disso e já se comprometeu a fazer sua parte. O compromisso com que se acenou na Eco 92 foi reafirmado em 2012 na Rio+20. Até 2030 — e falta pouco para isso — será necessário que todos tenham acesso igual e seguro à água potável. Deverá ser extirpada a defecação a céu aberto. Propiciar-se-á saneamento e higiene equitativos para toda a população. É preciso melhorar a gestão dos recursos hídricos, com implementação do reúso e de técnicas dispendiosas, como a dessalinização.

Além disso, há de se reduzir pelo menos até a metade a poluição orgânica e por agrotóxicos. Adotar práticas de uso eficiente de água na indústria, agricultura e nas residências. Até 2020, e faltam na verdade apenas dois anos, é imprescindível proteger e restaurar ecossistemas relacionados à água, incluindo montanhas, florestas, rios, aquíferos e lagos.

Se isso não for feito, as estimativas mostram que em várias partes do mundo o conflito entre usuários e os diversos tipos de uso vão aumentar. No mundo real, isso pode significar tanto guerras de fato, quanto um acesso cada vez mais caro aos recursos hídricos.

Como acreditar que se atingirá esse ponto mínimo de segurança hídrica, se o Brasil desperdiça mais de um terço da água tratada que distribui? A informação é do Ministério das Cidades. A água jogada fora daria para encher sete vezes o reservatório do Cantareira, o maior em operação na Grande São Paulo.

Nisso também competimos no ranking dos maiores desperdiçadores de água. Superamos a China (22%), Rússia (23%), Estados Unidos (13%) e Austrália (7%). A água tratada foge pelas redes antigas e pelas oscilações de pressão nos dutos. A Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental – ABES salienta, ainda, os vazamentos, a falta de hidrômetros, falhas na medição e ligações clandestinas.

Se a pobreza é uma das características presentes nesse quadro, diante da ignorância sempre componente do desperdício, a criminalidade também não está ausente. Há uma rede de inescrupulosos infratores que oferecem serviço de fraude a grandes consumidores, com aparelhos que burlam a leitura dos

<sup>6</sup> “Água Parada”, cit., idem, ibidem.

hidrômetros. As perdas na SABESP, a maior companhia de saneamento do Brasil, chegam a 32,8%, de acordo com o Ministério das Cidades. Pasmem: o Amapá é campeão em desperdício: 78,2% da água tratada não chega ao consumidor final. E no ranking, a melhor posição é a do Distrito Federal: 27,1% de perda.

Tudo isso tem a ver com qualidade de vida. As maiores perdas coincidem com o IDH – Índice de Desenvolvimento Humano menos compatível com o desejável. Educação ambiental é a mais eficaz dentre as vacinas utilizáveis. A Coalizão Cidades pela Água, liderada pela TNC – *The Nature Conservancy*, é movimento lançado em 2015 sob a forma de força-tarefa de combate à falta d'água com a preservação de rios e nascentes nas áreas mais expostas à escassez. A ciência mostra que as árvores ajudam no processo de infiltração, filtragem e armazenamento da água. Enquanto isso, o desmatamento atua em sentido contrário.

A TNC fez um estudo cuja conclusão é de que houvera restauração de 3% das áreas desmatadas nas bacias que formam o sistema Cantareira e Alto Tietê e a redução do processo de erosão de nascentes e riachos que abastecem São Paulo atingiria 50%! Isso é verdade, não pós-verdade! Mas não é levado a sério.

Assim como não se dá crédito à ascensão do roubo de madeira em terras indígenas. É o que ocorre na tríplice fronteira amazônica. Nas duas primeiras semanas de março de 2017, houve duas grandes apreensões, num total de 1.632 toras. Episódio que gerou atrito entre autoridades brasileiras e peruanas. É o sentido inverso do caminho da cocaína. A madeira é roubada da Terra Indígena Vale do Javari e levada ao Peru. O Ibama, a Funai e o Exército brasileiro se preocupam com o ataque a esse imenso potencial: 8,5 milhões de hectares, o segundo maior território indígena do Brasil, totalmente desguarnecido de segurança.

A Amazônia peruana registrou aumento sensível da atividade madeireira ilegal: 78% da madeira inspecionada em 2015 tinha origem ilícita. Como os estoques no Peru já são escassos, as quadrilhas agem com desenvoltura em pleno território brasileiro. Recebem auxílio de brasileiros, ameaçam os índios, derrubam as árvores e as transportam através dos rios até o Peru. Não é improvável que o Brasil venha até a pagar por madeira sua, importada do Peru...

Outro tema polêmico e que serve a várias leituras é o da proteção aos animais. Inúmeros tons mesclam

o debate. Desde o clássico “bicho também é gente” ao mais absoluto desprezo pela vida que não seja humana. A pimenta vem por conta de um projeto de lei que pretende permitir a caça aos animais selvagens, proibida no Brasil desde 1967.

O Deputado Federal Valdir Colatto, de Santa Catarina, propôs o PL 6.268/2016. Justifica a iniciativa com o perigo gerado pelos animais invasores, seja em relação às pessoas, seja no tocante à agropecuária. Espécies nativas e exóticas, sem predadores naturais, converteram-se em verdadeira praga.

Para organizações como o Greenpeace no Brasil, a medida é um retrocesso. Animais na lista da extinção ficarão ainda mais expostos, como pacas, porcos-do-mato e veados. Para quem defende a iniciativa, propõe-se uma nova política para a fauna brasileira, regulamenta a caça e, em alguns casos, a comercialização de animais silvestres. Hoje a caça é proibida, salvo para fins de subsistência, em todo o Brasil. Uma única espécie está excluída da proteção: o javali europeu, que o Ibama liberou para ser abatido.

O projeto revoga a proibição de caça, vigente desde 1967, permite a criação de “reservas de caça”, libera o abate de animais que ameacem a produção agropecuária, torna mais brandas as penas para quem é pego caçando regularmente e cria a possibilidade de venda de animais de áreas de preservação ambiental.

Os protetores dos animais afirmam que a mudança seria catastrófica para várias espécies, especialmente aquelas que costumam atacar rebanhos, como a onça-pintada, praticamente em extinção. Bichos que já são tradicionalmente muito caçados no País ficariam em situação ainda mais vulnerável, como a paca, os porcos-do-mato e o veado.

O tema nem sempre merece atenção, num País em que a desigualdade não para de crescer e no qual a exclusão tem sido a regra, desde a colonização. É fácil contra-argumentar em relação a quem defende os irracionais, com oferta de números estarrecedores no âmbito da proteção da infância. Esvazia-se o discurso e é mais um dos assuntos que o brasileiro costuma “esconder sob o tapete”!

O momento que a Humanidade enfrenta é delicado. Inteligência artificial em ascensão, internet das coisas sugerindo um futuro em que o inesperado será o principal personagem, disponibilidade plena dos avanços científicos e tecnológicos. Tudo isso a

conviver com a barbárie e com mostras crescentes de retrocesso e involução.

O Brasil é vulnerável por não ter sabido edificar uma Democracia sólida e por conviver com práticas nefastas de apropriação do poder. Com a pretensão de figurar entre as dez maiores economias do Planeta, tolera lamentáveis contradições entre o discurso e a prática.

Pouquíssimas vozes, já roucas e com reduzido espaço, tentam evidenciar o descompasso. Carlos Rittl, doutor em biologia tropical e recursos nacionais pelo Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia e secretário-executivo do Observatório do Clima, rede de 42 organizações da sociedade civil, escreveu um libelo recente:

O desmatamento responde por 46% das emissões brasileiras. Nos últimos dois anos, ele subiu 60% na Amazônia. Isso nos afasta da meta doméstica de reduzir a devastação em 80% até 2020: o esforço agora terá de ser duas vezes maior! [...]”<sup>7</sup>.

Continua a afirmar que o Ibama perdeu recursos do Tesouro e hoje depende de doações internacionais para combater o desmatamento e que foi um “presentão” aos desmatadores a MP que cortou pela metade a Floresta Nacional do Jamanxim, no Pará. “Quando coisas assim acontecem, a mensagem é clara: invadir terra pública e botar abaixo floresta são delitos que compensam”<sup>8</sup>.

O retrocesso na tutela ambiental, cuja proclamação retórica já se enfatizou, é atribuída à chamada “bancada ruralista”, que “nunca teve tanto poder, nem soube tão bem exercê-lo em proveito de suas agendas — que vão do enfraquecimento do licenciamento ambiental a uma nova flexibilização do já permissivo Código Florestal”<sup>9</sup>. A visão do cientista é catastrófica: a continuar assim,

[...] com tanto retrocesso, logo não haverá um país para tirar da crise. Uma das primeiras vítimas será o agronegócio: antes do meio do século, a soja poderá ter uma redução de 40% na sua área devido ao aquecimento global [...]”<sup>10</sup>.

Enquanto isso, nos Estados Unidos, programas de ajuda internacional, combate ao aquecimento global e iniciativas que beneficiem os mais pobres são os mais prejudicados na proposta orçamentária do Presidente Trump. “Nós não vamos mais gastar dinheiro nisso”, disse o chefe do Gabinete de Gestão e Orçamento da Casa Branca, Mick Mulvaney, em relação às mudanças climáticas. “Achamos que isso é um desperdício de dinheiro”<sup>11</sup>. Os EUA acabaram com as contribuições para o Fundo Verde para o Clima, criado pelo Acordo de Paris com o objetivo de financiar iniciativas de mitigação e adaptação de países em desenvolvimento aos efeitos do aquecimento global. A contribuição americana seria de 3 bilhões de dólares, dos quais um bilhão Barack Obama liberou poucos dias antes da posse do sucessor. Além disso, interrompeu-se o programa de 350 milhões de dólares a cargo do Departamento de Estado para financiar investimentos em energia renovável em outros países.

Parece pouco crível que o líder daquela que é considerada a maior democracia do ocidente não acredite nos efeitos do aquecimento global. Menos crível, ainda, é que muitos nele acreditem e considerem os alarmes um sintoma do “catastrofismo” dos ambientalistas.

O fenômeno das “fake news”, ou das “notícias falsas”, gera uma dúvida confortável para quem não quer se preocupar. É preciso ter presente que é possível coexistirem múltiplas versões para a mesma história. A capacidade de elaboração de um raciocínio conciliatório entre versões e pontos de vista antagônicos, ou — mais simplesmente — chegar a uma síntese, é faculdade adquirida na adolescência. Só que nossa época oferece um quadro policrômico em relação aos adolescentes. Uma grande maioria tende a ser *absolutista*, ou seja, se apegam a um ponto de vista e considera os demais falsos, errôneos ou equivocados.

As crianças têm dificuldade em conciliar versões conflitantes. O drama é que, intelectualmente, muitos adultos continuam pueris. É urgente aprofundar o treino de análise de texto. Identificar a origem, reconhecer argumentos razoáveis, conhecer os autores, mapear interesses e pontos de vista implícitos ou explícitos.

<sup>7</sup> CARLOS RITTL, “Presidente, precisamos falar sobre clima”, in FSP de 16/03/2017, p. 3.

<sup>8</sup> CARLOS RITTL, idem, ibidem.

<sup>9</sup> CARLOS RITTL, idem, ibidem.

<sup>10</sup> CARLOS RITTL, idem, ibidem.

<sup>11</sup> CLÁUDIO TREVISAN, “Orçamento de Trump derruba gastos com meio ambiente, ciência e pobreza”, OESP de 17/03/17, p. A13.

O sucesso das notícias falsas faz supor que a maioria dos adultos não é formada de bons ex-alunos. Ou que a competência para detectar o certo e o real tenha-se ocultado ou se iniba quando a notícia tiver potencialidade de alarmar ou trazer apreensão.

A defesa do ambiente é campo fértil e instigante para se analisar as consequências derivadas das *"fake news"*. As mudanças climáticas provoca emotivo e até agressivo embate entre cientistas, ativistas e setores do agronegócio e grandes petroleiras. A intensidade com que se propalam as novas, o valor econômico despendido nas campanhas de "orientação" ou de "esclarecimento", inibe melhor definição da realidade e solidifica noção falsa em milhões de mentes.

A crise de informação impõe o uso intensivo dos conhecimentos de ciências sociais para decifrar a maneira pela qual as massas reagem às notícias. Como a verdade é poliédrica, não funciona taxar como "falsa" a informação que não condiz com nossa orientação. A receita será o treino das pessoas a uma consciente análise crítica.

Tudo se torna mais preocupante com a rapidez e instantaneidade da disseminação de dados pelas redes sociais virtuais. Tim Berners-Lee, cientista britânico responsável pela criação da web, divulgou uma carta aberta em que salienta três desafios a serem superados para salvar sua criação:

[...] a perda de controle sobre dados pessoais, a facilidade de disseminar desinformação, como notícias falsas, e a falta de transparência existente na propaganda política *online* [...] <sup>12</sup>.

A cada momento voluntariamente disponibilizamos nossos dados pessoais e eles são armazenados pelas grandes empresas de coleta, como Google, Facebook e Amazon. Renuncia-se ao benefício de controlar diretamente nossos dados pessoais e de escolher quando, como e com quem compartilhá-los. A consolidação da forma como as pessoas procuram informações pelas redes, que selecionam o conteúdo a ser exibido com base em algoritmos que "aprendem" com a coleta dos dados pessoais,

[...] o resultado final é que esses sites mostram o conteúdo do que eles acham que vamos clicar. O que significa que uma informação errônea, ou uma

notícia falsa, surpreendentemente chocante ou pensada para atrair nossos preconceitos, pode se espalhar como incêndio florestal [...] <sup>13</sup>.

Um sinal de esperança é a reação, — ainda muito tímida, é certo, — que a situação gerou. O "Projeto Credibilidade", financiado pelo Google e por Craig Newmark, do site de classificados Craigslist, propõe a adoção de "sinais de credibilidade" nas notícias. Identificar o autor e explicitar sua familiaridade com o assunto, a experiência já adquirida e sua possível competência técnica para dissertar a respeito. Os veículos de disseminação da informação também devem rotular com clareza maior seus textos, designando-os como notícia, opinião ou análise, por exemplo.

Mas o certo é continuar com a educação ambiental eficaz, efetiva e, conseqüentemente, eficiente. Não se leva a sério no Brasil a urgência de formar uma cidadania atenta aos males contínua e crescentemente perpetrados contra esse patrimônio natural que ninguém construiu, mas que sabe, infelizmente, destruir com celeridade.

Desde a mais tenra infância, a criança deve aprender que tudo interfere em tudo. Oxigênio é vital para a sobrevivência. Assim como a vegetação. Assim como a água e tudo o que poluímos, destruímos, conspurcamos.

O Planeta já se cansou de emitir sinais de exaustão. Tudo tem parecido insuficiente. Mas ele continuará a existir depois que a humanidade acabar. Projeto que, aparentemente, foi premeditado. Pois a ninguém hoje é dado desconhecer aquilo que estamos fazendo contra a natureza e que causará a nossa extinção, assim como espécies irracionais já foram extintas no passado.

A Terra continuará seu trajeto rumo ao desconhecido. Mas prescindirá da espécie humana para isso.

Verdade ou pós-verdade?

<sup>12</sup> "Criador da web alerta para desinformação", in FSP, 13/03/2017, p. A15.

<sup>13</sup> "Criador da web..." cit., idem, ibidem.

# Planejamento e princípio da precaução

Jessé Torres Pereira Junior\* e Thais Boia Marçal\*\*

## Resumo

O princípio da precaução é importante instrumento de tutela do meio ambiente. De modo a coaduná-lo com os demais princípios constitucionais, imperioso é que se o analise de modo a não o banalizar e, por efeito, a impedir o desenvolvimento nacional sustentável.

Palavras-chave: Princípio da precaução. Teoria do medo. Planejamento.

## 1 Princípio da precaução: noções gerais

Na etimologia do vocábulo precaução, segundo Édis Milaré<sup>1</sup>, encontra-se o substantivo do verbo precaver (do latim *prae* = antes e *cavere* = tomar cuidado), a sugerir cuidados antecipados com o desconhecido, cautela para que uma atitude ou ação não venha a resultar em efeitos indesejáveis.

Associada ao conceito de princípio, a precaução, no dizer de Paulo Affonso Leme Machado<sup>2</sup>, é fundamental na construção de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida. É da essência do princípio da precaução a pública e transparente avaliação de riscos, de preferência inserida em estudos de impacto ambiental.

A compreensão do tema também passa pela definição proposta por Juarez Freitas<sup>3</sup>, para quem

o princípio da precaução vincula-se aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, bem como de sustentabilidade ambiental; é a tradução da busca da proteção da existência humana, pela preservação de seu ambiente e a garantia da integridade da vida humana<sup>4</sup>.

A raiz constitucional do princípio está no art. 225 da CR/1988 e ilustra a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005, art. 1º)<sup>5</sup>, mas sua origem, na asserção de Freitas, remonta, historicamente, aos anos 60, na Suécia e na Alemanha, até que a Declaração Rio 92 o estabeleceu de forma cogente para o Direito Ambiental<sup>6</sup>.

Francisco Chaves Generoso ressalta que o princípio da precaução foi incorporado ao ordenamento jurídico positivo brasileiro com a adesão, ratificação e promulgação de convenções internacionais, tanto que veio a ser projetado no art. 225 da Constituição Federal e no art. 54, § 3º, da Lei 9.605/1998.<sup>7</sup>

Caso se admita a absorção do princípio da precaução pelo princípio da prevenção, poder-se-ia alcançar a mesma conclusão a respeito de sua sede constitucional, como assinala Celso Antônio Pacheco Fiorillo, *verbis*:

[...] no plano constitucional o art. 225 estabelece efetivamente o princípio da prevenção, sendo certo que o chamado 'princípio da precaução', se é que pode ser observado no plano constitucional, estaria evidentemente colocado dentro do princípio da prevenção [...]<sup>8</sup>.

Sobre o disposto no art. 225 da CR/1988, José Afonso da Silva destaca-lhe a importância para a tutela

\* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor coordenador do curso de pós-graduação em Direito Administrativo da Escola da Magistratura e da Escola de Administração Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Professor visitante da Escola de Direito-Rio, da Fundação Getúlio Vargas.

\*\* Mestranda em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Bacharela em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>1</sup> MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 262.

<sup>2</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. O princípio da precaução e a avaliação de risco. *Revista dos Tribunais*, ano 96, v. 856, fev. 2007, p. 50.

<sup>3</sup> DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 167.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>5</sup> FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade – Direito ao Futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 288.

<sup>6</sup> *Idem*. Princípio da precaução e o direito fundamental à boa administração pública. *Revista de Direito do Estado*, ano 2, n. 7, jul./set. 2007, p. 205.

<sup>7</sup> GENEROSO, Francisco Chaves. Acesso à justiça ambiental: a liminar na ação civil pública e os princípios da prevenção e da precaução. In: BARDINI, Luciano (coord.). *Meio Ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 59.

<sup>8</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132.

do direito ao meio ambiente equilibrado, por meio da qual se cunha a natureza jurídica da precaução como norma-princípio, ou norma-matriz, substancialmente relevadora do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado<sup>9</sup>.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também atribui origem constitucional ao princípio da precaução, conforme se depreende de reiterados precedentes, vg:

PROCESSO CIVIL E AMBIENTAL. CONCLUSÕES DO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA DO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE PAGAR QUANTIA. (omissis) *Tal responsabilidade decorre exatamente do sistema jurídico de proteção ao meio ambiente, no qual se inserem normas constitucionais (notadamente o art. 225, inc. V, da CR/88), infraconstitucionais (Leis nº 6.938/81 e 9.605/98, entre outras) e infralegais, que se guiam pelos princípios da prevenção, da precaução, do poluidor-pagador, bem como da reparação integral.* 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. (RESP nº 2006.01953498, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE 19/11/2010) – *grifos não constam do original.*

AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. QUEIMA DE PALHA DA CANA-DE-AÇÚCAR. IMPOSSIBILIDADE. DANO AO MEIO AMBIENTE. 1. A Segunda Turma do STJ reconheceu a ilegalidade da queima de palha de cana-de-açúcar, por se tratar de atividade vedada, como regra, pela legislação federal, em virtude dos danos que provoca ao meio ambiente. 2. De tão notórios e evidentes, os males causados pelas queimadas à saúde e ao patrimônio das pessoas, bem como ao meio ambiente, independem de comprovação de nexo de causalidade, pois entender diversamente seria atentar contra o senso comum. Insistir no argumento da inofensividade das queimadas, sobretudo em época de mudanças climáticas, ou exigir a elaboração de laudos técnicos impossíveis, aproxima-se do burlesco e da denegação de jurisdição, pecha que certamente não se aplica ao Judiciário brasileiro. 3. O acórdão recorrido viola o art. 27 da Lei 4.771/1965 ao interpretá-lo de forma restritiva e incompatível com a Constituição da República (arts. 225, 170, VI, e 186, II). *Para a consecução do mandamento constitucional e do princípio da precaução, forçoso afastar, como regra geral, a queima de palha da cana-de-açúcar, sobretudo por haver instrumentos*

*e tecnologias que podem substituir essa prática, sem inviabilizar a atividade econômica.* 4. Caberá à autoridade ambiental estadual expedir autorizações - específicas, excepcionais, individualizadas e por prazo certo - para uso de fogo, nos termos legais, sem a perda da exigência de elaboração, às expensas dos empreendedores, de Estudo Prévio de Impacto Ambiental, na hipótese de prática massificada, e do dever de reparar eventuais danos (patrimoniais e morais, individuais e coletivos) causados às pessoas e ao meio ambiente, com base no princípio poluidor-pagador. 5. Recurso Especial provido (RESP nº 200602636243, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE 27/04/2011) – *os grifos não constam do original.*

No tocante à incorporação, pelo Direito brasileiro, de documentos internacionais que versam sobre o mencionado princípio da precaução, mencione-se a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992, cujo item 15 focaliza o aludido princípio nos seguintes termos:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Tal sede internacional leva Paulo de Bessa Antunes a alertar que a interpretação do princípio da precaução há de basear-se na capacidade de cada nação para implementá-lo. Assim:

[...] uma primeira exegese do texto do princípio n. 15 da Declaração do Rio nos indica que: (i) o critério da precaução não é um critério (princípio) definido pela ordem internacional, mas, ao contrário, é um princípio que se materializa na ordem de cada Estado, na exata medida das capacidades dos diferentes Estados. Ou seja, a aplicação de tal princípio deve levar em conta o conjunto de recursos disponíveis em cada um dos Estados para a proteção ambiental, considerando as peculiaridades locais. Em outras palavras, as medidas adotadas para prevenir a poluição atmosférica em Hamburgo não são as mesmas necessárias para uma pequena cidade no interior da Costa Rica; (ii) a dúvida sobre a natureza nociva de uma substância não deve ser interpretada como se não houvesse risco. A dúvida, entretanto, não se confunde com a mera opinião de leigos ou "impressionistas". A dúvida, para fins de que se impeça uma determinada ação, é fundada em análises técnicas e científicas, realizadas

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 55.

com base em protocolos aceitos pela comunidade internacional. O que tem ocorrido é que, muitas vezes, uma opinião isolada e sem a necessária base científica tem servido de pretexto para que se interrompam projetos e experiências importantes. Dúvida é um elemento fundamental no avanço da ciência, pois sem ela ainda acreditaríamos na quadratura da Terra. Todo conhecimento científico é sujeito à dúvida. O que não admite a dúvida é o dogma religioso, que pertence a um domínio diferente da vida humana, que é o campo da fé. É evidente que, se do ponto de vista científico, existir uma dúvida - que não se confunde, repita-se, com palpite -, as medidas de precaução deverão ser tomadas<sup>10</sup>.

É o entendimento perfilhado por Elizabeth de Almeida Meirelles<sup>11</sup> ao afirmar que o princípio da precaução repousa em base teórica, com parâmetros que devem servir como linhas de orientação aos Estados, para atividades governamentais de planejamento econômico, político, social, científico e tecnológico — e, por consequência, balizar a estruturação de um arcabouço jurídico consistente.

O *STJ* assim analisou a existência do princípio da precaução como originário do Direito Internacional Público:

DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CANA-DE-AÇÚCAR. QUEIMADAS. ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 4771/65. DANO AO MEIO AMBIENTE. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. QUEIMA DA PALHA DE CANA. EXISTÊNCIA DE REGRA EXPRESSA PROIBITIVA. EXCEÇÃO EXISTENTE SOMENTE PARA PRESERVAR PECULIARIDADES LOCAIS OU REGIONAIS RELACIONADAS À IDENTIDADE CULTURAL. INAPLICABILIDADE ÀS ATIVIDADES AGRÍCOLAS INDUSTRIAIS. 1. *O princípio da precaução, consagrado formalmente pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento - Rio 92 (ratificada pelo Brasil), à ausência de certezas científicas, não pode ser argumento utilizado para postergar a adoção de medidas eficazes para a proteção ambiental. Na dúvida, prevalece a defesa do meio ambiente.* 2. A situação de tensão entre princípios deve ser resolvida pela ponderação, fundamentada e racional, entre

os valores conflitantes. Em face dos princípios democráticos e da Separação dos Poderes, é o Poder Legislativo quem possui a primazia no processo de ponderação, de modo que o Judiciário deve intervir apenas no caso de ausência ou desproporcionalidade da opção adotada pelo legislador. 3. O legislador brasileiro, atento a essa questão, disciplinou o uso do fogo no processo produtivo agrícola, quando prescreveu, no art. 27, parágrafo único, da Lei n. 4.771/65, que o Poder Público poderia autorizá-lo em práticas agropastoris ou florestais desde que em razão de peculiaridades locais ou regionais. 4. Buscou-se, com isso, compatibilizar dois valores protegidos na Constituição Federal de 1988, quais sejam, o meio ambiente e a cultura ou o modo de fazer, este quando necessário à sobrevivência dos pequenos produtores que retiram seu sustento da atividade agrícola e que não dispõem de outros métodos para o exercício desta, que não o uso do fogo. 5. A interpretação do art. 27, parágrafo único, do Código Florestal não pode conduzir ao entendimento de que estão por ele abrangidas as atividades agroindustriais ou agrícolas organizadas, ou seja, exercidas empresarialmente, pois dispõe de condições financeiras para implantar outros métodos menos ofensivos ao meio ambiente. Precedente: (AgRg nos EDcl no REsp nº 1.094.873/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 17/08/2009). 6. Ademais, ainda que se entenda que é possível à administração pública autorizar a queima da palha da cana de açúcar em atividades agrícolas industriais, a permissão deve ser específica, precedida de estudo de impacto ambiental e licenciamento, com a implementação de medidas que viabilizem amenizar os danos e a recuperar o ambiente. Tudo isso em respeito ao art. 10 da Lei nº 6.938/81. Precedente: (REsp nº 418.565/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 13/10/2010). Recurso especial provido. (RESP nº 201101904332, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:06/03/2012. – *grifos não constantes do original*).

Ainda Paulo de Bessa Antunes ensina, quanto aos primórdios do princípio da precaução:

[...] o princípio da precaução tem origem no direito alemão e, certamente, é uma das principais contribuições ao direito ambiental. Foi na década de 70 do século XX que o direito alemão começou a se preocupar com a necessidade de avaliação prévia das consequências sobre o meio ambiente dos diferentes projetos e empreendimentos que se encontravam em curso ou em via de implantação. Daí surgiu a idéia de precaução. A concepção foi incorporada ao projeto de lei de proteção da qualidade do ar que, finalmente, foi aprovado em 1974 e que estabelecia controles para uma série de atividades potencialmente danosas, tais como ruídos, vibrações e muitas outras relacionadas à

<sup>10</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 37.

<sup>11</sup> MEIRELLES, Elizabeth de Almeida. O princípio da precaução e o aporte de Guido Fernando Silva Soares. In: CASELLA, Paulo Borba; CELLI JUNIOR, Umberto; MEIRELLES, Elizabeth de Almeida; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (orgs.). *Direito Internacional, Humanismo e Globalidade: Guido Fernando da Silva Soares (amicorum discipulorum liber)*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 365.

limpeza atmosférica. Na sua formação original, o princípio estabelecia que a precaução era desenvolver, em todos os setores da economia, processos que reduzissem significativamente as cargas ambientais, principalmente aquelas originadas por substâncias perigosas. Outras formações do princípio foram sendo construídas e, em pouco tempo, o *Vorsorgeprinzip* se expandiu para o Direito Internacional e para diversos direitos internos, inclusive o brasileiro. Apesar disso, é importante ressaltar que não existe um consenso internacional quanto ao seu significado [...]¹².

E passa a analisar a evolução do princípio da precaução nos diplomas internacionais:

[...] registra-se a inserção do princípio da precaução na Declaração da Conferência Internacional do Mar do Norte (1987) e, em seguida, o princípio da precaução passa a constar da Convenção sobre a Interdição de importar rejeitos perigosos, na África, Bamakao/1991, art. 4, AL. 3, f; Tratado de Maastricht sobre a União Européia (1992/ art. 130 R, AL. 2); Convenção sobre o Báltico (Helsink, 1992, art. 3º, AL. 2); Convenção sobre a proteção e utilização dos cursos de água transfronteiriços (Helsinki, 192, art. 2º, Convenção-Quadro sobre a mudança climática (1992, art. 3º, AL. 3). Essas Convenções são anteriores à Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e Desenvolvimento do Rio de Janeiro (junho/1992), onde ao mesmo tempo se assinou a Convenção da Diversidade Biológica (1992, preâmbulo).

Em seguida, Convenção sobre o Atlântico Nordeste (1992, art. 2º, al. 2 a); Convenção sobre Danúbio (1994, art. 2º, al. 4), Acordo sobre os estoques de peixes migratórios na superposição de zonas marítimas (1995, art. 5º, al. C e 6), Protocolo de Cartagena sobre a prevenção dos riscos biotecnológicos relativo à Convenção sobre a diversidade biológica (2000, art. 10, 6 e art. 11, al. 8 e no preâmbulo, onde se reafirma a 'abordagem da precaução); Convenção de Estocolmo sobre poluentes orgânico persistentes (2001, art. 8º, al. 7 a); Acordo sobre a conservação dos Albatrozes e dos Petréis (2001); Convenção para a cooperação em matéria de proteção e desenvolvimento marinho costeiro do Pacífico do Nordeste (2002, art. 5º, al. 6 a); Acordo de Asean sobre poluição transfronteiriça concernente à nebulosidade (2002, art. 3º, al. 3); Convenção-Quadro para proteção do Meio Ambiente do Mar Cáspio (2003); Convenção-Quadro Relativa à proteção e desenvolvimento sustentado por Cárpatos (2003); Convenção

Africana sobre recursos naturais, meio ambiente e desenvolvimento (2003).¹³

## 2 A teoria do medo e o princípio da precaução

Postos o conceito e sua evolução, veja-se a abrangência do princípio da precaução, notadamente em face do reconhecimento de que inexistem direitos primazes absolutos, impondo-se a sua compatibilização com os demais princípios regentes da ordem jurídica constitucional. Daí a importância dos balizamentos traçados pela Corte guardiã da Constituição, *verbis*:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO. COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação. 2. Arguição de descumprimento dos preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos: decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de Países que não compõem o Mercosul: objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio – OMC, a partir

¹² ANTUNES, *op. cit.*, p. 30.

¹³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. O princípio da precaução e a avaliação de risco. *Revista dos Tribunais*, ano 96, v. 856, fev. 2007, p. 40.

de 20.6.2005, pela Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil. 3. Crescente aumento da frota de veículos no mundo, a acarretar também aumento de pneus novos e, conseqüentemente, necessidade de sua substituição em decorrência do seu desgaste. Necessidade de destinação ecologicamente correta dos pneus usados para submissão dos procedimentos às normas constitucionais e legais vigentes. Ausência de eliminação total dos efeitos nocivos da destinação dos pneus usados, com malefícios ao meio ambiente: demonstração pelos dados. 4. Princípios constitucionais (art. 225) (a) do desenvolvimento sustentável e (b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. *Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. (omissis)* (ADPF 101, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009, DJe-108 04-06-2012, RTJ VOL-00224-01, pp 00011) – os grifos não constam do original.

Da orientação do STF Paulo de Bessa Antunes extrai a impossibilidade da leitura do princípio da precaução como uma cláusula geral, aberta e indeterminada. Confira-se:

[...] desnecessário dizer que, ao se estabelecer a precaução como princípio, esta não pode ser interpretada como uma cláusula geral, aberta e indeterminada. É necessário que se defina o que se pretende prevenir e qual o risco a ser evitado. Isto, contudo, só pode ser feito diante da análise das diferentes alternativas que se apresentam para a implementação ou não de determinado empreendimento ou atividade [...]¹⁴.

Sergio Gilberto Porto e Éderson Garin Porto¹⁵ sustentam a adoção de dois critérios de aplicação legítima do princípio: (i) possibilidade de risco, e (ii) falta de evidência científica ou incerteza. No

desenvolvimento de tais critérios, ressaltam a importância da compatibilização do princípio da precaução com os demais valores constitucionais. Veja-se:

[...] a aplicação do princípio da precaução deve necessariamente operar sob a influência de dois requisitos básicos: possibilidade de risco e incerteza científica. Na ausência de um dos requisitos ou não configurados de forma adequada, não se revela razoável no plano jurídico a mudança do critério da racionalidade decisória, substituindo padrões jurídicos por critérios éticos. Num segundo momento, ainda que na presença da possibilidade de risco e incerteza científica, deverá o intérprete buscar a compatibilização do princípio da precaução com os demais valores constitucionais, sob pena de provocar dano inverso [...]¹⁶.

Quando se trata de procedimento prévio de identificação e avaliação de risco em caso concreto, Paulo Affonso Leme Machado pondera:

O princípio da precaução não se aplica em um procedimento prévio de identificação e avaliação de riscos. Empregar somente a expressão princípio da precaução, sem embutir em seu conteúdo o risco e dimensionamento, através de avaliação de risco, soa vazio e sem real significado [...]¹⁷.

No mesmo sentido alerta o Comunicado da Comissão da Comunidade Européia — “a invocação do princípio da precaução é uma decisão exercida quando a informação científica é insuficiente, não conclusiva ou incerta”¹⁸.

E acerca da incerteza, pontifica Paulo Affonso Leme Machado que o incerto não é algo necessariamente inexistente, podendo ser definido ou não, ter suas dimensões ou o seu peso ainda claramente apontados. O incerto não pode ser uma hipótese, algo que não foi ainda verificado ou não foi constatado. Nem por isso, o incerto deve ser descartado de imediato. O fato de o incerto não ser conhecido ou de não ser entendido aconselha que ele seja avaliado ou pesquisado¹⁹.

¹⁴ ANTUNES, op. cit., p. 31.

¹⁵ PORTO, Sergio Gilberto; PORTO, Éderson Garin. A concordância prática entre os princípios da proteção ambiental, precaução e desenvolvimento sustentável (da possibilidade jurídica de implantação de residências unifamiliares em área de proteção ambiental, *Revista Jurídica Empresarial*, ano. 1, n. 4, set./out. 2008, p. 222.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 224-225.

¹⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. O princípio da precaução e a avaliação de riscos. *Revista dos Tribunais*, ano 96, v. 858, fev. 2007, p. 43.

¹⁸ Comunicado da Comissão da Comunidade Européia relativo ao princípio da precaução. Bruxelas, 2000.

¹⁹ MACHADO, op. cit., p. 37.

Justamente pelo grau variável da incerteza, intrínseco ao princípio da precaução, revela-se essencial a análise dos riscos, sob pena de se desprestigiar o avanço científico, imprescindível ao desenvolvimento nacional sustentável. Como corrobora a doutrina francesa:

Essa etapa é 'essencial para racionalização dos riscos, devendo conduzir a separar o risco potencial do fantasma da simples apreensão. Ela impõe que não haja satisfação com pressuposições vagas, com as quais se acomoda geralmente a atitude de abstenção. Requer a realização de perícias (expertises) frequentemente longas e custosas'<sup>20</sup>.

Assim, admitir qualquer interpretação em sentido contrário implicaria tomada de decisão em violação ao princípio da segurança jurídica, que deve nortear as relações públicas e privadas, motivo pelo qual a aplicação do princípio da precaução impõe os procedimentos enfatizados por Édis Milaré — “[...] procurar instituir procedimentos capazes de embasar uma decisão racional na fase das incertezas e controvérsias”<sup>21</sup>. Colha-se a esclarecedora explanação de Paulo de Bessa Antunes:

[...] a expressão normativa do princípio da precaução se materializa nas diversas normas que determinam a avaliação dos impactos ambientais dos diferentes empreendimentos capazes de causar lesão ao meio ambiente, ainda que potencialmente. Não há qualquer previsão legal para uma aplicação genérica do princípio da precaução, sob o argumento de que os superiores interesses da proteção ambiental assim o exigem. De fato, é muito comum que, na ausência de uma norma específica para o exercício de uma determinada atividade, a Administração Pública se socorra de uma equivocada interpretação do princípio da precaução para criar obstáculos a tal atividade, violando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da prevalência dos valores do trabalho e da livre-iniciativa, e frustrando os objetivos fundamentais da República, quais sejam garantir o desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e erradicar a pobreza e a marginalização (CF, art. 3º, III). Juridicamente, o princípio da precaução, como mero princípio setorial, não pode se sobrepor, por exemplo, aos princípios da dignidade da pessoa

humana (CF, art. 1º, III), dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV). Isso para não se falar na impossibilidade de sobreposição de outros princípios setoriais, tais como o da legalidade (CF, art. 37), com os quais deve se harmonizar visto que hierarquicamente nivelados.

A única aplicação juridicamente legítima que se pode fazer do princípio da precaução é aquela que leve em consideração as leis existentes no país e que determinem a avaliação dos impactos ambientais de uma certa atividade, conforme a legalidade infraconstitucional existente. Infelizmente, tem havido uma forte tendência a se considerar que o princípio da precaução é um superprincípio, que se sobrepõe aos princípios fundamentais da República, tal como estabelecidos pela própria Constituição Federal, o que, evidentemente, é uma grave ruptura da legalidade constitucional e prova de precário conhecimento jurídico; ante a possível existência de conflito entre uma norma legal expressa e um princípio setorial, há que prevalecer a norma positivada, salvo se ela se apresentar maculada pela inconstitucionalidade. Observa-se que, no caso, não se trata propriamente da prevalência de um princípio setorial, mas de uma afronta à Constituição, o que é uma preliminar inafastável.

O princípio da precaução tem sido prestigiado pelo legislador brasileiro, que, em muitas normas positivadas, determina uma série de medidas com vistas à avaliação dos impactos ambientais reais e potenciais gerados pelos diferentes empreendimentos. Ainda que extremamente relevante, o que é reconhecido por toda a doutrina brasileira e pelo nosso ordenamento jurídico – o princípio da precaução não é dotado de normatividade capaz de fazer com que ele se sobreponha ao princípio da legalidade (um dos princípios setoriais reitores da Administração Pública) e, especialmente, aos princípios fundamentais da República, repita-se. A aplicação do princípio da precaução somente se justifica constitucionalmente quando observados os princípios fundamentais da República e ante a inexistência de norma capaz de determinar a adequada avaliação dos impactos ambientais. Fora de tais limites, a aplicação do princípio da precaução degenera em simples arbítrio [...]<sup>22</sup>.

Por evidente, a esta altura, ser inerente ao princípio da precaução a exigência de cálculo precoce de potenciais riscos, justamente em respeito ao princípio da segurança jurídica, conforme defendido por Maurício Mota:

<sup>20</sup> KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. Le principe de precaution. Disponível em: <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/004000402/0000.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2014. Tradução livre.

<sup>21</sup> MILARÉ, op. cit., p. 264.

<sup>22</sup> ANTUNES, op. cit., pp. 38-39.

O princípio da precaução traz, antes de tudo, uma exigência de cálculo precoce dos potenciais perigos para a saúde ou para atividade de cada um, quando o essencial ainda não surgiu<sup>23</sup>.

Orientação igualmente perfilhada por Paulo Affonso Leme Machado, *verbis*:

[...] a avaliação de riscos deve voltar para 'uma maior abertura do mundo', para poder pretender uma maior aceitabilidade. Isso supõe a introdução de melhores garantias de objetividade e de elementos de democratização na etapa de avaliação de riscos (confiabilidade, disponibilização e utilidade dos dados científicos). Em segundo lugar, essa convergência pode passar pela integração de outros fatores legítimos, extracientíficos, que supõe o reconhecimento de particularidades culturais e sociais [...]<sup>24</sup>.

Não se pode admitir o risco genérico, pois cada setor apresenta o seu risco próprio, ao que salienta Paulo Affonso Leme Machado — "o risco ou o perigo serão analisados conforme o setor que puder ser atingido pela atividade ou obra projetada"<sup>25</sup>.

Percebe-se que o princípio da precaução dever ser aplicado quando houver perigo para o meio ambiente, como sublinham Édis Milaré e Joana Setzer:

[...] o princípio da precaução deve ser seguido por todos aqueles que adotam uma decisão relacionada à atividade que se suponha possa comportar razoavelmente um perigo grave para a saúde ou para a segurança das gerações atuais e futuras, ou para o meio ambiente [...]<sup>26</sup>.

Resulta claro que não se pode conceber o princípio da precaução como fator de engessamento do desenvolvimento nacional, conforme bem ressaltado por Guy Canivet na doutrina francesa

[...] o princípio da precaução não degenerará em fator de paralisia e em catalisador de meios não razoáveis, sob condição de que se desenvolva uma

cultura de risco assumida com clareza e debate democrático [...]<sup>27</sup>.

Na mesma linha a advertência de Cass R. Sunstein — "o princípio ameaça ser paralisante, proibindo regulação, inação e mesmo ações intermediárias"<sup>28</sup> —, a provocar o comentário de Reinaldo Pereira e Silva:

O autor é crítico da 'concepção forte do princípio da precaução', que, diante da incerteza dos riscos, exige a adoção de medidas proibitivas, posto que provisórias [...]<sup>29</sup>.

Ainda sobre a posição de Cass Sunstein, Diogo de Figueiredo Moreira Neto faz ver que:

[...] há teóricos que se debruçam sobre o problema de pesquisar o ponto prudencial de equilíbrio que explique e justifique o princípio da precaução, como o faz o Prof. Cass Sunstein, que, examinando as questões da precaução e da racionalidade, toma como ponto de partida este paradigma, que em inglês se difundiu como Precautionary Principle, por entender que se trata de um tema focal para refletir sobre as questões relativas à saúde, ao medo, ao perigo, à segurança e ao meio ambiente e, ainda, sobre as decisões tomadas individual e coletivamente em condições de risco e de incerteza [...]<sup>30</sup>.

Na tentativa de obstar a aplicação do princípio da precaução de maneira ilegítima, a doutrina comumente indica, na mensuração do risco, a ponderação norteada pelo princípio da razoabilidade. Como o faz Paulo Affonso Leme Machado:

[...] a situação de risco pode não estar plenamente delineada, mas sua percepção, ainda que imprecisa, deve ser mostrada com razoabilidade, evitando-se caminhar no terreno do imponderável. Deve-se evitar a arbitrariedade nas

<sup>23</sup> MOTA, Maurício. Princípio da precaução no Direito Ambiental: uma construção a partir da razoabilidade e da proporcionalidade. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, out./dez. 2006, p. 247.

<sup>24</sup> MACHADO, op. cit., p. 47.

<sup>25</sup> Idem. *Direito Ambiental Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 105.

<sup>26</sup> MILARÉ, Édis; SETZER, Joana. Aplicação do princípio da precaução em áreas de incerteza científica. *Revista de Direito Ambiental*, n. 41, p. 9.

<sup>27</sup> CANIVET, Guy. Vers une dynamique interpretative. La charte constitutionnelle em vigueur. *Revue Juridique de l'Environnement*, numero spécial, 2005, p. 13. Tradução Livre.

<sup>28</sup> SUNSTEIN, Cass. Para além do princípio da precaução. *Interesse Público*, n. 37, p. 120.

<sup>29</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. O princípio da precaução: uma tentativa de delimitação de seu específico âmbito de atuação. In: SILVA, Reinaldo Pereira e. (coord.). *Novos Direitos: Conquistas e Desafios*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 218.

<sup>30</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Limites aplicativos do princípio da precaução em matéria ambiental. In: MARQUES, Cláudia Lima; MEDAUAR, Odete; SILVA, Solange Teles da. *O novo direito administrativo ambiental e urbanístico: estudos em homenagem à Jacqueline Morand-Deviller*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 307.

decisões que ordenam o princípio da precaução. O princípio é aplicável nos casos de risco, o qual não tenha sido ainda completamente demonstrado, desde que não esteja fundamentado em simples hipóteses cientificamente não verificadas, mas as medidas preventivas podem ser tomadas, ainda que não subsistam incerteza científicas [...]³¹.

Tal o ideário acolhido pelo Decreto 5.705/2006, que veicula o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica, o qual, por sua vez, regula da seguinte forma a questão:

[...]

3. A avaliação de riscos deverá realizar-se de maneira transparente e cientificamente sólida e poderá levar em conta o assessoramento especializado de organizações internacionais relevantes e diretrizes por elas elaboradas. 4. A falta de conhecimento científico ou de consenso científico não será necessariamente interpretada como indicativa de um nível determinado de risco, uma ausência de risco ou de risco aceitável [...]³².

Daí a síntese de Manuel Gros: "[...] alguma precaução na utilização do princípio da precaução"³³.

Juarez Freitas alerta para o perigo do uso demasiado do princípio da precaução, cuja ocorrência pode ser tão gravosa quanto a omissão estatal no seu manejo. Assim:

A própria precaução, se e quando ruinosamente inflacionada, revela-se fator imobilizante que gera o pecado da omissão, em vez de vencê-lo. Precaução em demasia é não-precaução. [...] o Estado precisa agir com precaução, na sua versão balanceada, apenas quando tiver motivos idôneos a ensejar uma intervenção antecipatória proporcional, nos limites da tessitura normativa. Se não o fizer, aí, sim, será participe da geração de dano irreversível ou de difícil reparação. Em outros termos, impende que o Poder Público, inclusive em termos regulatórios, deixe de operar

com demasia ou com apática inoperância no cumprimento dos deveres de precaução [...]³⁴.

A possibilidade de existência do risco não impõe a paralisação da atividade, mas, sim, a adoção das medidas estritamente necessárias à tutela do meio ambiente, conforme espousa Paulo de Bessa Antunes:

O princípio não determina a paralisação da atividade, mas a adoção dos cuidados necessários, até mesmo para que o conhecimento científico possa avançar e a dúvida ser esclarecida [...]³⁵.

Qualquer interpretação em sentido contrário implicaria violação ao princípio constitucional da proporcionalidade, como se demonstrará adiante, com arrimo na lição de Paulo Affonso Leme Machado:

O princípio da precaução, abraçado pelo Brasil com a adesão, ratificação e promulgação das Convenções internacionais mencionadas, com a adoção do art. 225 da CF e com o advento do art. 54, § 3º, da Lei n. 9.605/1998, deverá ser implementado pela Administração Pública, no cumprimento dos princípios expostos no art. 37, *caput*, da CF [...].

### 3 Planejamento estatal e princípio da precaução: em busca de uma relação harmônica

O planejamento "determinante para o setor público" (CR/1988, art. 174) é o de sua utilidade para o manejo da administração responsiva e de resultados, no estado democrático de direito. Traduzindo este, como traduz, a contemporânea versão do estado servidor e regulador, é de exigir-se que todos os seus Poderes, órgãos e agentes estejam persuadidos de que devem respostas e satisfações à sociedade civil. Ou seja, esta é a titular do Poder Político de decidir sobre os seus próprios destinos, incumbindo àqueles realizá-los na conformidade das opções da sociedade, na medida em que harmonizadas com a ordem jurídica constitucional e os direitos fundamentais que prescreve.

Em outras palavras, os planos de ação governamental não são concebidos, como outrora, para atender aos desígnios das autoridades estatais. Estas devem colher os reclamos legítimos da sociedade e atendê-los. Daí a visceral importância

³¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. O princípio da precaução e a avaliação de risco. *Revista dos Tribunais*, ano 96, v. 856, fev. 2007, p. 45.

³² BRASIL, Decreto nº 5.705/2006. Anexo III do Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica.

³³ GROS, Manuel. Le réquisitoire. *Revue du droit public & de la science politique em France et à l'étranger*. Paris: LGDJ, n. 3, 2002, p. 823. Tradução livre.

³⁴ FREITAS, Juarez. Princípio da precaução: vedação de excesso de inoperância. *Interesse Público*, n. 35, p. 39.

³⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 37.

de elos permanentes e hábeis de comunicação entre a sociedade e o Estado, de sorte a que este absorva os comandos daquela e os implemente no que consensuais. O estado democrático de direito é o garante da efetivação dos direitos consagrados na Constituição, sejam os individuais, os econômicos, os políticos ou os sociais. Ser-lhe fiel é o dever jurídico indeclinável do Estado.

Essa fidelidade há de estar presente em todos os níveis do planejamento. Cada plano de ação governamental deve ser uma resposta à efetivação dos direitos fundamentais e do respeito à dignidade humana que os inspira. Se assim não for, não haverá estado democrático de direito, nem a administração responsiva e de resultados que lhe deve corresponder.

Nada obstante, há uma condição cultural, em seu sentido sociológico, para que assim ocorra: a sociedade brasileira há de emancipar-se da polarizada relação entre tutores e tutelados, que caracteriza a cultura nacional desde o seu berço colonial. Entendendo-se por tutor todo aquele que ocupe posição de prestígio e poder na hierarquia social — seja qual for a natureza dessa hierarquia — e por tutelado todo aquele que se sirva do tutor para obter vantagem ou proteção de qualquer sorte.

Não seria necessária maior digressão para perceber-se como essa relação compromete a emancipação da sociedade brasileira; basta lembrar os critérios segundo os quais grande número de candidatos se elege, por prometer vantagens e ganhos pessoais a seus eleitores (material de construção, empréstimos, empregos, cargos, apadrinhamentos, atendimentos pelos serviços públicos etc.). O socialmente patológico dessa relação está em que o tutor compraz-se em ser tutor e o tutelado anseia por encontrar o seu tutor e permanecer como tutelado. Em outras palavras: não há espaço para o mérito nessa relação, só para o interesse egoístico. Logo, tampouco há real preocupação em controlar e avaliar resultados, com o fim de dar-se início a novo ciclo virtuoso de gestão mediante a correção de erros acaso cometidos no planejamento da ação anterior, na medida em que esses erros refletem aqueles interesses personalistas e partidários.

O planejamento deve apresentar-se como o primeiro passo do ciclo da gestão, em sua acepção técnico-administrativa de gerir meios para a consecução de resultados do interesse da organização, seja esta uma sociedade empresarial privada (movida

pelo lucro que a mantenha) ou uma entidade pública (impulsionada pelo interesse público que lhe cumpre atender). Lançando olhar prospectivo sobre o conceito, o saudoso Peter Drucker vaticinava que

O centro de uma sociedade, economia e comunidade modernas não é a tecnologia, nem a informação, tampouco a produtividade. É a instituição gerenciada como órgão da sociedade para produzir resultados. E a gerência é a ferramenta específica, a função específica, o instrumento específico para tornar as instituições capazes de produzir resultados. Isto, porém, requer um novo paradigma gerencial final: a preocupação da gerência e sua responsabilidade é tudo o que afeta o desempenho da instituição e seus resultados, dentro ou fora, sob o controle da instituição ou totalmente além dele [...]<sup>36</sup>.

Transplantado o conceito para a seara jurídica comprometida com a sustentabilidade como direito fundamental universal — tal como o coloca o art. 225 da vigente Constituição da República —, caberia como luva a lição deixada pelo não menos saudoso García de Enterría, em livre tradução, acerca do controle da discricionariedade administrativa no estado democrático de direito:

O essencial da discricionariedade é o que, com elogiável precisão, diz a exposição de motivos da Lei da Jurisdição do Contencioso Administrativo espanhol, de 1956: a discricionariedade “surge quando o ordenamento jurídico atribui a algum órgão competência para apreciar, em uma dada hipótese, o que seja o interesse público”. Assim, todo poder discricionário deve haver sido previamente atribuído pelo ordenamento. Não há, por conseguinte, discricionariedade na ausência ou à margem da Lei.

Tampouco, em caso algum, a discricionariedade pode equiparar-se à Lei ou pretender substituí-la. Essa é a razão pelo qual nunca se pode intentar aplicar à discricionariedade a irresistibilidade (hoje já relativa) própria da Lei, ou o valor desta como expressão da “vontade geral”. Por ampla que seja, qualquer discricionariedade sempre será um *quid aliud* em face da Lei, como qualquer outro produto administrativo, e estará por isto submetida plenamente à Lei e ao Direito.

O controle judicial da discricionariedade é sempre um controle dos elementos regrados conferidos pela potestade correspondente. Esses

<sup>36</sup> DRUCKER, Peter. *Desafios Gerenciais para o Século XXI*, trad. Nivaldo Montingelli Jr. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001, p. 41.

elementos podem ser muitos, mas alguns devem estar presentes necessariamente: a existência da potestade, a sua concreta extensão e a realidade dos fatos que legitimam a sua aplicação ou em razão dos quais se põe em marcha a competência, o procedimento, a finalidade, o fundo parcialmente regrado.

Acerca da finalidade, convém assinalar de modo especial que nossa Constituição é provavelmente a única que elevou ao nível constitucional o princípio do controle preceptivo e geral da finalidade pelo juiz, em seu art. 106.1 (“Os Tribunais controlam a potestade regulamentadora e a legalidade da atuação administrativa, bem como a submissão desta aos fins que a justificam”).

Por isto que não me parece censurável o anseio de tornar precisos e matizados esses controles, anseio que se encontra generalizado por toda parte, e não creio que se possa supor que implique um desdém das necessidades da política. Ocorre que os juristas se ocupam do direito e não da política (embora não deixe de haver, e não é mal por si só que assim ocorra, juristas que fazem política e políticos que tentam intervir no direito, com certa frequência), e a relação entre essas duas realidades formidáveis é a que estabelece a Constituição, por si mesma uma norma jurídica e política.

Especial atenção deve prestar-se ao controle através dos princípios gerais de direito, dentre os quais o da interdição da arbitrariedade dos poderes públicos, que, nada obstante conte com explícita referência constitucional (art. 9.3), suscita algumas reservas em razão de sua suposta imprecisão.

A técnica dos princípios gerais de direito, ao lado de seu inerente valor em todo o âmbito jurídico como técnica de superação do positivismo legalista, que pretende reduzir todo o direito a uma simples exegese das leis escritas, tem conhecido um desenvolvimento espetacular no direito público.

No direito constitucional resulta óbvio do espetacular desenvolvimento da justiça constitucional e da concreção definitiva desta nos problemas da constitucionalidade material, e não meramente formal, das leis, contrastadas com valores constitucionais de fundo, atuando como verdadeiros princípios gerais..., ao que se extrai da contribuição dos princípios gerais do direito na jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia... No direito administrativo, a generalidade da doutrina e da jurisprudência os utiliza... Não seria demasiado destacar a doutrina italiana, que, embora pressionada por forte influxo positivista, nunca excluiu a utilização dos princípios (basta citar a casuística sobre os vícios dos atos discricionários em torno do conceito de excesso de poder – *excesso di potere*), que evoluiu da década de 1950 para a de 1990 com um renovado entusiasmo principiológico, do que é exemplo o valioso livro de

F. Manganaro, *Princípio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, 1995.

Essa peculiar fonte do direito se generaliza e se expande na jurisprudência do Conselho de Estado francês, a partir do segundo pós-guerra, como técnica de controle da Administração e de sua atuação discricionária (Jeanneau, 1954, e Rivero, 1951, sistematizaram a então grande novidade, que desde então não cessa de desenvolver-se e afirmar-se definitivamente).

O Conselho de Estado manteve essa posição na Constituição da V República, de 1958, aplicando-a em questões essenciais: na validade dos regulamentos autônomos diretamente ordenados pela Constituição, e nos quais não seria possível reprovar contravenção à Lei, mas, sim, aos princípios gerais do direito. E, mais espetacularmente ainda, na hipótese do art.16 dessa Constituição, na assunção, pelo Presidente da República, de todos os poderes em situações de emergência, afirmando que tal situação excepcional (similar à do famoso art. 48 da Constituição de Weimar, que consagrava a “ditadura constitucional” do Presidente, na famosa caracterização de Carl Schmitt, e que foi o artigo sobre o qual Hitler fundou o seu poder) não exime o Presidente da observância dos princípios gerais do direito, posição com base na qual o Conselho de Estado não hesitou em anular uma condenação de morte – já transitado em julgado e pendente de execução – por um tribunal de exceção criado por norma ditada pelo General de Gaulle no uso desses poderes, por entender o Conselho de Estado, em 1962, que tal norma (*ordonnance*) violava aqueles princípios gerais.

A Lei espanhola da jurisdição do contencioso-administrativo acolheu resolutamente essa corrente ao substituir a expressão “infração do ordenamento jurídico” pela tradicional expressão “infração da lei”, esclarecendo, na Exposição de Motivos, que “o jurídico não se encerra e se circunscreve às disposições escritas, mas estende-se aos princípios e à normatividade imanente da natureza das instituições”.

A Constituição de 1978 instala uma jurisprudência de valores, entre os quais qualifica de superiores todos os direitos fundamentais – a liberdade, a igualdade (art. 1.1) –, além da justiça em si. Há um mandato outorgado a todos os poderes públicos, e, portanto, ao juiz, para tornar esses valores “reais e efetivos”, e de “remover os obstáculos que impeçam ou dificultem a sua plenitude” (art. 9.2). Por outro lado, a Constituição formula expressamente princípios, assim chamados (art. 9.3) os que reúne em enumeração própria ou os dispersos pelo texto constitucional, aos quais atribui pleno valor normativo, como o Tribunal Constitucional cuidou de estabelecer desde a sua primeira declaração de inconstitucionalidade,

de 2 de fevereiro de 1982 (“valor aplicativo e não meramente programático”).

O princípio de interdição da arbitrariedade dos poderes públicos é um desses princípios constitucionais do art. 9.3 e se dirige diretamente ao núcleo central dos poderes discricionários. Assim foi formulado pela Constituição e como tal vem sendo aplicado pela jurisprudência e interpretado pela doutrina. Mas jurisprudência e doutrina nunca fizeram desse princípio um princípio aberto, informal ou puramente estimativo em sua aplicação, de modo que por sua só invocação o juiz pudesse decidir sobre a sua incidência no caso concreto; pelo contrário, o reduziram sempre, como ocorre com todo conceito jurídico, a técnicas precisas, que se concretizam em uma série de princípios gerais de direito, perfeitamente caracterizados e delineados: desvio formal de poder, falta de motivo ou fundamento suficiente, proporcionalidade, apreciação inexata dos elementos de fato de que parte a análise do caso, boa fé, manipulação dos meios elementares de vida como instrumento coercitivo etc.

Ultimamente, se pretende reduzir todas as formas de arbitrariedade ao *standard* da razoabilidade. Em qualquer caso, importa notar que a sentença que syndica uma arbitrariedade deverá utilizar princípios auxiliares para chegar a um *topos* jurídico identificável, como é comum, por sinal, a todos os princípios gerais de direito, que de nenhum modo são a expressão ou o instrumento do *iudex rex*, mas, bem ao contrário, constituem uma via estreita para articular cada caso no complexo do sistema jurídico (por isto são princípios gerais, e não a suposta justiça do caso concreto; por isto são do direito, isto é, princípios técnicos e não morais). É, portanto, completamente inexato que o uso da técnica dos princípios gerais do direito conduza diretamente ao decisionismo judicial desnudo; a proposição correta é a oposta.

Quando o juiz reprova a arbitrariedade da Administração não o faz de modo estimativo e por simples convicção subjetiva, de maneira a limitar-se a uma censura abstrata, sem contornos precisos; isto seria ativismo judicial. Ao contrário, está aplicando a lei e o direito, e nesse caso nada menos do que a Constituição, e o faz precisamente usando uma técnica objetivada para os juristas, a técnica dos princípios gerais do direito, que o obriga a uma vinculação imediata aos fatos do caso e a uma fundamentação que se decompõe em valores jurídicos identificáveis, de modo algum a enunciados puramente retóricos.

No mundo anglo-saxão se tem percebido que é justamente o desenvolvimento das técnicas de controle jurídico da discricionariedade (não unicamente da discricionariedade administrativa, também e talvez especialmente a do legislador em

face da justiça constitucional) aquela que tem levado ao desenvolvimento uma concepção mais extensa e aberta do direito, compreendendo princípios tanto como normas, citando-se nesse sentido o importante exemplo de Ronald Dworkin e de Nonet e Selznick. Esse desenvolvimento implica uma completa revisão da ideologia e da metodologia jurídica. Assim tem ocorrido também em França, com o Conselho de Estado, muito menos legalista ou positivista do que a do Tribunal de Cassação, e de fato, em alguma medida, tem transmitido a este uma visão aberta do direito.

Em definitivo, o controle judicial da discricionariedade, em particular o controle que abre – e obriga – o princípio constitucional da interdição da arbitrariedade, não significa abrir a possibilidade de uma livre estimação pelos juizes, alternativa às estimações discricionárias que à Administração incumbe com apoio legítimo na lei, nem pressupõe que se ignore a função política que, nos limites do conjunto constitucional de poderes, corresponde a esta. O controle judicial da discricionariedade deve efetivar a norma, não menos constitucional, da vinculação da Administração à lei e ao direito - conceito que por si só remete aos princípios gerais -, assim como o controle fundado na interdição da arbitrariedade dos poderes públicos. Somente como princípios gerais de direito, em sentido rigorosamente técnico, é que podem atuar e ser impostos pelos tribunais de justiça. Não suplanta, portanto, esse controle a função própria dos órgãos políticos e administrativos; cabe ao controle judicial fazer com esses órgãos atuem e se movam dentro do espaço preciso em que a Constituição os situa, que é o espaço delimitado pela lei e pelo direito como essência mesmo do estado de direito.

Os juizes não incorrem, através do manejo desse controle, em qualquer excesso no exercício de sua função. Ao dele fazer uso atuam no mais rigoroso *officium iudicis*, de acordo com o papel que a esse ofício assina a Constituição e de acordo também com o sentido atual, mais depurado, da aplicação do direito e da função judicial.

Carece de sentido ver-se nesse controle, praticado por todas as jurisdições europeias, um atentado à independência e às responsabilidades próprias dos órgãos políticos e administrativos. Do mesmo modo, não se mostra acolhível como argumento o da origem democrática dos agentes públicos. A democracia impõe por si só a exigência de uma objetividade absoluta nas decisões administrativas, que só pelo direito, e não no interesse de qualquer partido, nem de agente algum, pode justificar-se em face do público e sustentar a confiança deste, confiança que é justamente a democracia em ação, como de sua essência mesmo (*Democracia, Jueces y Control de la*

*Administracion*. Civitas Ediciones, Madri, 5ª edição, 2000, pp 143-153<sup>37</sup>).

Em outras palavras: a própria discricionariedade administrativa, agora também sujeita a controles — sobretudo pela via da veracidade e da idoneidade dos motivos declaradamente justificadores das decisões administrativas, a ensejar a verificação da razoabilidade e da proporcionalidade de sua conveniência e oportunidade (mérito, ou apreciação subjetiva dos motivos) —, dependerá, para afirmar-se válida (conforme à ordem jurídica) e legítima (harmônica com o interesse público), de planos consistentes e sustentáveis, a amparar as decisões que implementam ou traçam as políticas públicas, não se podendo obstaculizar o desenvolvimento nacional planejado por mera suposições sem qualquer indicativo de verossimilhança, ao argumento de se estar a valer do princípio da precaução.

#### 4 Síntese conclusiva

(i) O princípio da precaução, extraído do art. 225 da CR/1988, vincula-se aos conceitos de afastamento de perigo e de segurança das gerações futuras.

(ii) O estado democrático de direito é o garante da efetivação dos direitos consagrados na Constituição, sejam os individuais, os econômicos, os políticos ou os sociais, por meio de políticas públicas pautadas pelo planejamento da ação estatal.

(iii) De modo a não inviabilizar o desenvolvimento nacional sustentável, como, por exemplo, a descoberta de novas tecnologias, há que se compatibilizar a existência do mencionado princípio com os demais, impedindo-se o “medo” desprovido de qualquer indicio de plausibilidade que impeça o desenvolvimento planejado.

#### Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CANIVET, Guy. Vers une dynamique interpretative. La charte constitutionnelle em vigueur. *Revue Juridique de l'Environnement*, numero spécial, 2005.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

ENTERRÍA, Garcia de. *Democracia, Jueces y Control de la Administracion*. 5. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2000.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132.

FREITAS, Juarez. Princípio da precaução e o direito fundamental à boa administração pública. *Revista de Direito do Estado*, ano. 2, n. 7, jul./set. 2007.

\_\_\_\_\_. Princípio da precaução: vedação de excesso de inoperância. *Interesse Público*, n. 35.

\_\_\_\_\_. *Sustentabilidade – Direito ao Futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GENEROSO, Francisco Chaves. Acesso à justiça ambiental: a liminar na ação civil pública e os princípios da prevenção e da precaução. In: BARDINI, Luciano (coord.). *Meio Ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

GROS, Manuel. Le réquisitoire. *Revue du droit public & de la science politique em France et à l'étranger*. Paris: LGDJ, n. 3, 2002.

KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. Le principe de precaution. Disponível em: <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/004000402/0000.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. O princípio da precaução e a avaliação de risco. *Revista dos Tribunais*, ano 96, v. 856, fev. 2007.

MEIRELLES, Elizabeth de Almeida. O princípio da precaução e o aporte de Guido Fernando Silva Soares. In: CASELLA, Paulo Borba; CELLI JUNIOR, Umberto; MEIRELLES, Elizabeth de Almeida; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (orgs.). *Direito Internacional, Humanismo e Globalidade: Guido Fernando da Silva Soares (amicorum discipulorum liber)*. São Paulo: Atlas, 2008.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>37</sup> ENTERRÍA, Garcia de. *Democracia, Jueces y Control de la Administracion*. 5. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2000, pp. 143-153.

\_\_\_\_; SETZER, Joana. Aplicação do princípio da precaução em áreas de incerteza científica. *Revista de Direito Ambiental*, n. 41.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Limites aplicativos do princípio da precaução em matéria ambiental. In: MARQUES, Cláudia Lima; MEDAUAR, Odete; SILVA, Solange Teles da. *O novo direito administrativo ambiental e urbanístico: estudos em homenagem à Jacqueline Morand-Deville*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MOTA, Maurício. Princípio da precaução no Direito Ambiental: uma construção a partir da razoabilidade e da proporcionalidade. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, out./dez. 2006, p. 247.

PORTO, Sergio Gilberto; PORTO, Éderson Garin. A concordância prática entre os princípios da proteção ambiental, precaução e desenvolvimento sustentável (da possibilidade jurídica de implantação de residências unifamiliares em área de proteção ambiental). *Revista Jurídica Empresarial*, ano. 1, n. 4, set./out. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Reinaldo Pereira e. O princípio da precaução: uma tentativa de delimitação de seu específico âmbito de atuação. In: SILVA, Reinaldo Pereira e. (coord.). *Novos Direitos: Conquistas e Desafios*. Curitiba: Juruá, 2008.

SUNSTEIN, Cass. Para além do princípio da precaução. *Interesse Público*, n. 37.

# O princípio da precaução como instrumento jurídico de proteção e inclusão socioambiental da pessoa com deficiência e a garantia do desenvolvimento sustentável\*

Águimon Rocha\*\*

## 1 Introdução

Matize-se, *prima facie*, que o meio ambiente, não obstante ser autônomo e unitário, é multifacetado e de interesses jurídicos variados, à vista de sua vinculação como o patrimônio natural, artificial, cultural, familiar, educacional e, inclusive, socioambiental.

Sublinhe-se que historicamente há um núcleo que percorre do teocentrismo ao antropocentrismo, com acaloradas discussões teóricas, acerca de ser Deus ou o homem como pilar, todavia com o renascimento surge um novo modelo de pensar e compreender o homem e o mundo, mas sem excluir o divino<sup>1</sup>.

Segundo SHMIDT<sup>2</sup>,

*Não houve uma filosofia oficial renascentista. Entretanto, os pensadores renascentistas se identificavam com o chamado humanismo, que eram defensores da visão antropocêntrica. Os humanistas se preocupavam em recuperar obras gregas e romanas antigas que tinham sido esquecidas [...]. Os humanistas renascentistas se interessavam pelos valores do indivíduo de um modo desconhecido da antiguidade ou na Idade Média. Exemplo o filósofo Michael de Montaigne, que escreveu um livro cujo tema era sua própria existência.*

Entretanto, diante do processo evolutivo da humanidade é de se vislumbrar que há uma premência num olhar panorâmico acerca do todo e não somente do homem, sobretudo no que toca ao meio ambiente, em quaisquer de suas vertentes — natural, cultural, socioambiental, familiar, etc.

Veja-se que há 44 anos ocorria a Conferência das Nações Unidas na cidade de Estocolmo, na Suécia, cujo

foco foi o “Meio Ambiente Humano”, que resultou na Declaração de Estocolmo<sup>3</sup>, para a qual

*O homem é ao mesmo tempo obra e construtor do meio ambiente que o cerca, o que lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente.*

Observe-se que a Declaração de Estocolmo traz para o centro de estudo e análise não apenas o homem, mas também o meio ambiente, o que significa a adoção da teoria antropocêntrica do direito ambiental, porquanto

*[...] em comunidades biológicas, a ideia de que a comunidade é um superorganismo cujo funcionamento e organização só podemos apreciar quando consideramos o seu papel na natureza como uma entidade completa.*<sup>4</sup>

Na óptica do mestre Fiorillo<sup>5</sup>,

*[...] o direito ambiental possui uma necessária visão antropocêntrica, porquanto o único animal racional é o homem, cabendo a este a preservação das espécies, incluindo a sua própria, [em nítida demonstração de que homem e meio ambiente estão umbilicalmente interligados].*

Destarte, é inexorável o afastamento da visão míope do antropocentrismo, porquanto é de clareza solar que uma das causas da degradação ambiental é o homem como senhor e razão de tudo, máxime pelo fato da necessidade de melhoramento e proteção do meio ambiente humano como mola-mestra do desenvolvimento econômico e social<sup>6</sup>.

\* Artigo sob orientação científica do Prof. Dr. Souza Prudente.

\*\* Advogado. Professor de Direito Penal e Processo Penal na Universidade Católica de Brasília (UCB). Mestrando em Direito pela UCB.

<sup>1</sup> SHMIDT, Mario Furley. *Nova história crítica: ensino médio*. São Paulo: Nova Geração, 2005, p. 135.

<sup>2</sup> Ob. cit., p. 135.

<sup>3</sup> Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, 5 a 16 de junho de 1972.

<sup>4</sup> MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2006, p. 1.082.

<sup>5</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2006, p. 16.

<sup>6</sup> Item 2 da Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, 5 a 16 de junho de 1972.

Cinge-se, ademais, que o meio ambiente é um direito humano<sup>7</sup> e fundamental de todos os indivíduos, erigido e protegido constitucionalmente, tamanha sua relevância, inclusive legitimando qualquer cidadão à propositura de ação popular para sua proteção<sup>8</sup>.

## 2 Direito do Meio Ambiente e os princípios da precaução e do desenvolvimento sustentável

O meio ambiente, como foco da disciplina nominada de Direito Ambiental, fora descrito como princípio pela Declaração de Estocolmo<sup>9</sup>, ao garantir que

[...] *O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.*

A doutrina define o Direito Ambiental como sendo o

[...] *ramo da Ciência Jurídica que disciplina as atividades humanas efetiva ou potencialmente causadoras de impacto sobre o meio ambiente, com o intuito de defendê-lo, melhorá-lo e de preservá-lo para as gerações presentes e futuras.*<sup>10</sup>

Mas admite a existência de outras nomenclaturas, tais como Direito Ecológico, Direito da Ecologia, Direito do Ambiente, Direito do Meio Ambiente e Direito da Proteção da Natureza.

A nosso sentir, o Direito do Meio Ambiente tem a denominação mais adequada, mormente pela prescrição do art. 225 da Constituição Federal, segundo o qual

*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*

Consigne-se que o meio ambiente é um direito comum de todos, todavia não se limita à questão ambiental, ao reverso, ao meio ambiente econômico, social, político, familiar, educacional, dentre outros, isto é, multivariado em razão de seus reflexos nas coisas vivas e não vivas em relação aos ecossistemas e a vida dos seres humanos.

Ressalte-se que a questão é tão relevante que a Constituição Federal alçou a defesa do meio ambiente como princípio angular da ordem econômica<sup>11</sup>, tendo em vista sua influência na economia, na sociedade e na vida de toda a coletividade.

Rememore-se a hermenêutica levada a cabo pela Suprema Corte ao cravar que

[...] a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral [...] <sup>12</sup>.

Atente-se que a defesa do meio ambiente exige de todos os seres humanos uma atuação proativa e eficiente, porquanto

[...] *o homem moderno dificilmente se lembre desse fato, ele não poderia existir sem as plantas que captam a energia do sol e fabricam os alimentos básicos de que ele depende para viver.*<sup>13</sup>

<sup>7</sup> Constituição Federal de 1988 (CF/1988): "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;"

<sup>8</sup> CF/1988: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;"

<sup>9</sup> Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, 5 a 16 de junho de 1972.

<sup>10</sup> FARIAS, Talden; COUTINHO, Francisco Seráphico da Nóbrega e MELO, Geórgia Karênia R. M. M. *Direito ambiental*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 17.

<sup>11</sup> CF/1988 – "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;"

<sup>12</sup> STF – ADI 3540 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 1º/09/2005, DJ 03/02/2006, p. 14, Ement. VOL-02219-03, p. 528.

<sup>13</sup> CARSON, Rachel (traduzido por Cláudia Sant'Anna Martins). *Primavera Silenciosa*. 1. ed., São Paulo: Gaia, 2010, p. 65.

Como se observa, o estudo mais aprofundado do Direito do Meio Ambiente é de suma importância para todos os seres e organismos vivos, pois em virtude da vulnerabilidade do corpo humano, sobretudo às substâncias tóxicas lançadas no meio ambiente, torna-se necessário um melhor regramento e delimitação da atuação do próprio homem, com imposição de sanções.

A Carta Constitucional ao definir o meio ambiente como bem de uso comum de todos deixou claro que transcende a mero interesse individuais, à vista de sua importância para todos os seres.

Segundo o eminente jurista e *Des. Federal Souza Prudente*

*[...] uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta Ambiental da França (02.03.2005), estabelecendo que o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável.*

Frise-se que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, pela sua magnitude, na lição do brilhante *Paulo Bonavides*, integra o direito de terceira geração ou de novíssima dimensão, nos seguintes termos, sem grifos no original:

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhes o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos

direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.<sup>14</sup>

Corroborando a tese, cabe pinçar trecho do voto do *Min. Celso de Mello* na *ADIn 3.540-MC/DF*, para o qual

*[...] A questão do meio ambiente, hoje, especialmente em função da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente (1972) e das conclusões da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio/92), passou a compor um dos tópicos mais expressivos da nova agenda internacional [...], particularmente no ponto em que se reconheceu, ao gênero humano, o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que lhe permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e de bem-estar.*

## 2.1 Princípio da precaução

O princípio da precaução, segundo a história, tem origem na década de setenta na Alemanha (*Vorsorge Prinzip*) e depois se dissemina para todos os países europeus, em resposta à poluição industrial — causadora da chuva ácida que tinha como consequência inúmeras doenças, por exemplo a dermatite<sup>15</sup>.

A Conferência de Bergen, realizada em 1990, nos Estados Unidos, firmou o entendimento que o princípio da precaução estaria vinculado à seguinte descrição: “É melhor ser grosseiramente certo no tempo devido, tendo em mente as consequências de estar sendo errado do que ser completamente errado muito tarde.”<sup>16</sup>

Por seu turno, a Declaração do Rio/92<sup>17</sup> declarou no princípio 15 que

*Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o*

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1993, p. 481.

<sup>15</sup> Varella, M.D.; Platiau, A.F.B. *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

<sup>16</sup> Disponível em: <<https://formacioncontinuaedomex.files.wordpress.com/2011/06/respuesta-del-mundo-al-cambio-clim3a1tico.pdf>>.

<sup>17</sup> Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>.

*adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.*

É de nitidez solar que o princípio da precaução tem nítido caráter preventivo com o objetivo de mitigar, senão elidir, os riscos de danos ambientais, máxime aqueles cunhados de irreversibilidade, para proteção do meio ambiente das presentes e futuras gerações.

No magistério do jurista *Antônio Souza Prudente*<sup>18</sup>,

A prevenção é um princípio clássico do Direito Ambiental, presente em todos os instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente. Já o princípio da precaução é uma evolução. No princípio da prevenção, para que haja responsabilidade, é preciso que haja um dano efetivo ou potencial e um nexo de causalidade entre este dano e uma ação ou omissão. O princípio da precaução abstrai este nexo de causalidade, porque ele diz que diante da incerteza científica de que uma atividade vai gerar um dano, o Poder Público deve adotar medidas para que o dano não ocorra. [Grifou-se.]

Dessarte, o princípio da precaução tem como mote um meio ambiente saudável, equilibrado e protegido de todos os riscos, para melhor qualidade de vida para todos os seres, no presente e futuro, razão por que da defesa e proteção, consoante expressado no art. 225 da Carta de Outubro.

## 2.2 Princípio do desenvolvimento sustentável

O desenvolvimento, tal como se conhece hoje, iniciou-se nos idos de 1940, com a preparação dos anteprojetos para a reconstrução da periferia devastada da Europa no pós-guerra e em virtude dos graves problemas com a estrutura fundiária, agricultura camponesa ultrapassada, comércio em recessão e desemprego que assolavam a Hungria, a Polônia e a Alemanha.<sup>19</sup>

É salutar declinar que o desenvolvimento é de definição multidimensional, porquanto tem objetivos sociais e éticos, e uma condição ambiental explícita de solidariedade entre as gerações e o crescimento

econômico é meramente instrumental, vez que crescimento, por si só, não garante desenvolvimento<sup>20</sup>.

No que pertine à sustentabilidade, a Organização das Nações Unidas (ONU), com o Protocolo de Montreal de 1987, cunhou o conceito como sendo "o atendimento das necessidades das gerações atuais, sem comprometer a possibilidade de satisfação das necessidades das gerações futuras."<sup>21</sup>

Sustentável, para *Leonardo Boff*<sup>22</sup>, estaria afeto ao crescimento econômico e desenvolvimento social que atendessem às necessidades humanas, contudo desprovida de sacrifícios do capital natural, mormente para preservação das futuras gerações.

Ressalte-se que desenvolvimento sustentável é a junção dos dois conceitos, isto é, trilhar o caminho do crescimento econômico, social, ético e comercial, de forma a observar e respeitar a sustentabilidade do meio ambiente, como fonte de vida e recursos.

Assim sendo, o princípio do desenvolvimento sustentável, no magistério da *Juliana Santilli*,

[...] determina que os recursos naturais não sejam explorados em um nível superior ao de suas taxas de reposição – permeia e norteia toda a legislação ambiental, constitucional e infraconstitucional, [...]<sup>23</sup>.

O princípio do desenvolvimento sustentável, na respeitável doutrina de *Fiorillo*<sup>24</sup>,

[...] tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje a nossa disposição.

## 3 Estatuto da pessoa com deficiência

É importante registrar que a Lei 13.146, de 6 de julho de 2015, nominada de Estatuto da Pessoa com

<sup>20</sup> Ob. cit., Ignacy Sachs, 2004, p. 71.

<sup>21</sup> Disponível em: <[http://www.protocolodemontreal.org.br/eficiente/sites/protocolo demontreal.org.br/pt-br/home.php](http://www.protocolodemontreal.org.br/eficiente/sites/protocolo%20demontreal.org.br/pt-br/home.php)>.

<sup>22</sup> BOFF, Leonardo. *As quatro ecologias: ambiental, política e social, mental e integral*. Rio de Janeiro: Mar de Ideias: *Animus Anima*, 2012, p. 19.

<sup>23</sup> SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 151.

<sup>24</sup> Ob. cit., p. 112.

<sup>18</sup> PRUDENTE, Antônio Souza. *A tutela inibitória do risco ambiental: tutela cautelar do meio ambiente, como instrumento de eficácia do princípio da proteção*. Recife: Edição do Autor, 2005, p. 51.

<sup>19</sup> SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento: incluyente, sustentável e sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004, p. 30.

Deficiência, tem como espectro assegurar e promover condições dignas e simétricas e exercitar os direitos e garantias fundamentais de pessoas portadoras de alguma deficiência, para efetivar sua inclusão e cidadania<sup>25</sup>.

Saliente-se que para o novel regramento jurídico,

*Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.* [art. 2º, caput, da Lei 13.146/2015]

Urge anotar que tal normatização decorre do fundamento da dignidade da pessoa humana, art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, e do Pacto de São José da Costa Rica, Decreto 678/1992, do Decreto Legislativo 186/2008 e do Decreto 6.949/2009, tem plena proteção e ostenta força de norma supralegal, art. 5º, § 3º, da Carta Magna.

Sabe-se que alcançar respeito, carinho, consideração, inclusão e, sobretudo, proteção de qualquer pessoa não está afeto à criação de leis, simplesmente, porém a educação e conscientização de toda uma coletividade, por meio da família, das entidades religiosas, da escola e do Poder Público.

A despeito disso, é nítido o senso de ação afirmativa do Estatuto da Pessoa com Deficiência, face o princípio constitucional da simetria. Na lição de *Joaquim Barbosa*<sup>26</sup>, as ações afirmativas

*[...] definem-se como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade.*

A igualdade é pedra angular dos princípios republicanos e democráticos, que serve de veio

para inúmeros outros postulados, *ex vi* da vedação de qualquer espécie de discriminação, da garantia da acessibilidade e inclusão socioambiental dos portadores de necessidade especiais.

Nesta esteira que o Supremo Tribunal Federal julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)<sup>27</sup> que questionava a normatização do critério étnico-racial (cotas), *in verbis*:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contrária - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme

<sup>25</sup> Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

<sup>26</sup> GOMES. Joaquim Barbosa. Ações afirmativas: aspectos jurídicos. In: *Racismo no Brasil*, São Paulo: Editora Peirópolis, 2002, pp. 128-129.

<sup>27</sup> STF - ADPF 186, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, acórdão eletrônico DJe-205, divulg. 17/10/2014, public. 20/10/2014.

dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – *No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.* VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente. Destacou-se.

Para arrematar, o Pretório Excelso<sup>28</sup>, no dia 09/06/2016, apreciou o mérito da ADIn 5.357/DF, relatoria do Min. Edson Fachin, na qual a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen) para questionar a constitucionalidade do § 1º do art. 28 e o *caput* do art. 30, ambos da Lei 13.146/2015, tendo o Min. Gilmar Mendes, em seu voto, afirmado que

*[...] o Estatuto das Pessoas com Deficiência efetiva direitos de minorias tão fragilizadas e atingidas não só pela realidade, mas também pela discriminação e dificuldades com as quais se deparam [...].*

Sem embargo da igualdade constitucional, é forçoso reconhecer que direitos e garantias de minorais necessitam de proteção legal, como no caso do Estatuto das Pessoas com Deficiência, que veda qualquer espécie de barreira que impeça a legítima e integral fruição de direitos por parte dos portadores de necessidades especiais, tais como acessibilidade, locomoção, espaços e transportes públicos, art. 3º da Lei 13.146/2015.

É inadmissível que em um país que tem como pilares centrais o Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana, haja desrespeito aos direitos das pessoas portadoras de deficiência, em especial na mobilidade urbana, moradias inclusivas, saúde, educação, lazer, cultura e esporte, razão maior

para se aplaudir o teor da Lei 13.146/2015<sup>29</sup> e a decisão do Supremo acerca de sua constitucionalidade (Adin 5.357/DF).

<sup>29</sup> Art. 42. A pessoa com deficiência tem direito à cultura, ao esporte, ao turismo e ao lazer em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, sendo-lhe garantido o acesso: I - a bens culturais em formato acessível; II - a programas de televisão, cinema, teatro e outras atividades culturais e desportivas em formato acessível; e III - a monumentos e locais de importância cultural e a espaços que ofereçam serviços ou eventos culturais e esportivos. § 1º É vedada a recusa de oferta de obra intelectual em formato acessível à pessoa com deficiência, sob qualquer argumento, inclusive sob a alegação de proteção dos direitos de propriedade intelectual. § 2º O poder público deve adotar soluções destinadas à eliminação, à redução ou à superação de barreiras para a promoção do acesso a todo patrimônio cultural, observadas as normas de acessibilidade, ambientais e de proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Art. 43. O poder público deve promover a participação da pessoa com deficiência em atividades artísticas, intelectuais, culturais, esportivas e recreativas, com vistas ao seu protagonismo, devendo: I - incentivar a provisão de instrução, de treinamento e de recursos adequados, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas; II - assegurar acessibilidade nos locais de eventos e nos serviços prestados por pessoa ou entidade envolvida na organização das atividades de que trata este artigo; e III - assegurar a participação da pessoa com deficiência em jogos e atividades recreativas, esportivas, de lazer, culturais e artísticas, inclusive no sistema escolar, em igualdade de condições com as demais pessoas. Art. 44. Nos teatros, cinemas, auditórios, estádios, ginásios de esporte, locais de espetáculos e de conferências e similares, serão reservados espaços livres e assentos para a pessoa com deficiência, de acordo com a capacidade de lotação da edificação, observado o disposto em regulamento. § 1º Os espaços e assentos a que se refere este artigo devem ser distribuídos pelo recinto em locais diversos, de boa visibilidade, em todos os setores, próximos aos corredores, devidamente sinalizados, evitando-se áreas segregadas de público e obstrução das saídas, em conformidade com as normas de acessibilidade. § 2º No caso de não haver comprovada procura pelos assentos reservados, esses podem, excepcionalmente, ser ocupados por pessoas sem deficiência ou que não tenham mobilidade reduzida, observado o disposto em regulamento. § 3º Os espaços e assentos a que se refere este artigo devem situar-se em locais que garantam a acomodação de, no mínimo, 1 (um) acompanhante da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, resguardado o direito de se acomodar proximamente a grupo familiar e comunitário. § 4º Nos locais referidos no *caput* deste artigo, deve haver, obrigatoriamente, rotas de fuga e saídas de emergência acessíveis, conforme padrões das normas de acessibilidade, a fim de permitir a saída segura da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, em caso de emergência. § 5º Todos os espaços das edificações previstas no *caput* deste artigo devem atender às normas de acessibilidade em vigor. § 6º As salas de cinema devem oferecer, em todas as sessões, recursos de acessibilidade para a pessoa com deficiência. § 7º O valor do ingresso da pessoa com deficiência não poderá ser superior ao valor cobrado das demais pessoas.

Art. 45. Os hotéis, pousadas e similares devem ser construídos observando-se os princípios do desenho universal, além de adotar todos os meios de acessibilidade, conforme legislação em vigor. 1º Os estabelecimentos já existentes deverão disponibilizar, pelo menos, 10% (dez por cento) de seus dormitórios acessíveis, garantida, no mínimo, 1 (uma) unidade acessível. § 2º Os dormitórios mencionados no § 1º deste artigo deverão ser localizados em rotas acessíveis.

<sup>28</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=318570>>.

## 4 Acessibilidade e inclusão socioambiental

É importante anotar que a acessibilidade é um direito de toda pessoa com deficiência e um dever do Estado, da sociedade e da família, com o escopo de resguardar e garantir um bem-estar pessoal, social e econômico<sup>30</sup>, como meio de inclusão socioambiental.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência define acessibilidade como sendo a

*[...] possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida; [art. 3º, inciso I, da Lei 13.146/2015.]*

Segundo Juliana Santilli,

*O socioambientalismo que permeia a Constituição brasileira privilegia e valoriza as dimensões materiais e imateriais dos bens e direitos socioambientais, transversalidade das políticas públicas socioambientais e a consolidação de processos democráticos de participação social na gestão ambiental.<sup>31</sup>*

Consigne-se que o STF ilidiu a tese de inconstitucionalidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência, sob o fundamento do direito fundamental do acesso à educação, cujo mote é a inclusão social das pessoas portadoras de necessidades especiais, que segundo o Min. Edson Fachin, relator da ADIn 5.357/DF,

*O ensino privado não deve privar os estudantes – com e sem deficiência – da construção diária de uma sociedade inclusiva e acolhedora, transmutando-se*

<sup>30</sup> Lei 13.146/2015 – “Art. 8º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.”

<sup>31</sup> Ob. cit., p. 21.

*em verdadeiro local de exclusão, ao arrepio da ordem constitucional vigente [...]*<sup>32</sup>.

Acessibilidade, sob a óptica legal, é o direito que assiste à pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida viver e exercer, de forma independente, seus legítimos direitos à cidadania e participação na sociedade, art. 53 do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A normatização retro visa garantir acesso amplo e irrestrito às pessoas com deficiência e/ou mobilidade reduzida na sociedade, para que mantenham uma vida normal, dentro das suas limitações físicas ou psíquicas, sem empecilhos de qualquer particular ou da Administração Pública.

Na verdade o que o Estatuto da Pessoa com Deficiência prega é a obrigatoriedade de todos, mormente do Poder Público de não criar barreiras, qualquer que seja o viés, da livre integração na sociedade dessas pessoas, pois antes de portadora de qualquer debilidade física ou psíquica, são seres humanos — iguais em direitos e deveres, consoante dita a Carta Magna.

Repise-se que a garantia da acessibilidade leva à inclusão social, como descrito no Estatuto da Pessoa com Deficiência, contudo não de forma simplória, porquanto o olhar deve fitar para a amplitude da inclusão, a saber: socioambiental.

Reza o art. 41, § 3º, da Lei 10.257/2001 (Estatuto das Cidades), que

*As cidades de que trata o caput deste artigo devem elaborar plano de rotas acessíveis, compatível com o plano diretor no qual está inserido, que disponha sobre os passeios públicos a serem implantados ou reformados pelo poder público, com vistas a garantir acessibilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida a todas as rotas e vias existentes, inclusive as que concentrem os focos geradores de maior circulação de pedestres, como os órgãos públicos e os locais de prestação de serviços públicos e privados de saúde, educação, assistência social, esporte, cultura, correios e telégrafos, bancos, entre outros, sempre que possível de maneira integrada com os sistemas de transporte coletivo de passageiros.*

Ora, a exigência de elaboração de plano diretor pelos gestores das inúmeras cidades brasileiras com observância do livre acesso, quando da implantação

<sup>32</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=318570>>.

ou reformas de passeios públicos, é exemplo claro de inclusão socioambiental do portador de deficiência ou mobilidade.

O ambiente e a sociedade caminham algemados, porque não basta a inclusão na sociedade, quando houver exclusão ambiental, quer pela falta de acessibilidade, quer pela existência ou colocação de barreiras, os fins do Estatuto da Pessoa com Deficiência não foram alcançados.

Dessarte, a inserção socioambiental objetiva a participação efetiva dos portadores de necessidades especiais na coletividade — com lazer, cultura, esporte, educação —, e no meio ambiente — por meio de transporte, edificações, prédios públicos e privados —, perfazendo o monômio socioambiental.

São visíveis as mazelas a que toda a população está submetida, pois a saúde, transporte, educação, segurança, etc., estão em caos indiscutível, por inúmeros fatores, máxima por incompetência do gestor público, entretanto, o desrespeito com os portadores de necessidades especiais é ainda mais chocante, porque se encontra arraigado no íntimo humano que essas pessoas são um peso para a sociedade, quanto na verdade são a demonstração mais clara e perene do amor de Deus para com todos.

Pede-se, por isso, respeito e cumprimento efetivo ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, com implementação imediata de políticas públicas nas áreas de transporte, educação, saúde, lazer, cultura, esporte, etc., que atendam de forma digna os portadores de necessidade especiais e, por corolário, promova a necessária e urgente inclusão socioambiental.

Impende trazer à baila o entendimento jurisprudencial do egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF 1ª R), notadamente da Quinta Turma, de julgados dos insignes Des. Souza Prudente e Juíza Maria Cecília (convocada), acerca do meio ambiente e sua sustentabilidade e da acessibilidade e inclusão dos portadores de necessidade especiais na sociedade, com garantia e proteção de tais direitos, a par da expressa previsão do texto constitucional, literalmente:

EMENTA: AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (RIO GRANDE). SUSPENSÃO DE ATIVIDADES AGRESSORAS AO MEIO AMBIENTE. PRINCÍPIOS DA REPARAÇÃO INTEGRAL E DO POLUIDOR-PAGADOR. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA E DEMOLIÇÃO DE EDIFICAÇÕES), DE NÃO FAZER

(INIBIÇÃO DE QUALQUER AÇÃO ANTRÓPICA SEM O REGULAR LICENCIAMENTO AMBIENTAL). POSSIBILIDADE. IRRETROATIVIDADE DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL POR IMPERATIVO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO ECOLÓGICO EM DEFESA DO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. I - “Na ótica vigilante da Suprema Corte, “a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral [...] O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações” (ADI-MC nº 3540/DF - Rel. Min. Celso de Mello - DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta Ambiental da França (02.03.2005), estabelecendo que “o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável. A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito

difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, caput), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a consequente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada), exigindo-se, assim, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade (CF, art. 225, § 1º, IV) (AC 0002667-39.2006.4.01.3700/MA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.172 de 12/06/2012). II - Na inteligência jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça, o princípio da proibição do retrocesso ecológico, em defesa do meio ambiente equilibrado autoriza o entendimento de que “o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da ‘incumbência’ do Estado de garantir a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I).” (AgRg no AREsp 327.687/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013). III- Na hipótese dos autos, as edificações descritas nos autos foram erguidas, sem o prévio, regular e competente licenciamento ambiental, no interior de Área de Preservação Permanente (APP Rio Grande), assim definida na legislação e atos normativos de regência, a caracterizar a ocorrência de dano ambiental, impondo-se, assim, além da sua demolição, a adoção de medidas restauradoras da área degradada, bem assim, a inibição da prática de ações antrópicas outras, desprovidas de regular autorização do órgão ambiental competente, apurando-se o quantum indenizatório do dano material ao meio ambiente agredido através de competente prova pericial, na fase de liquidação do julgado, por arbitramento (CPC, arts. 475-C e 475-D). IV - Nas demandas ambientais, por força dos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum, admite-se a condenação simultânea e cumulativa, em obrigação de fazer, não fazer e indenizar. Assim, na interpretação do art. 3º da Lei 7.347/1985, a conjunção ‘ou’ opera com valor aditivo, não introduz alternativa excludente. Precedentes da Primeira e Segunda Turmas do STJ. “A recusa de aplicação, ou aplicação truncada, pelo juiz, dos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum arrisca projetar, moral

e socialmente, a nociva impressão de que o ilícito ambiental compensa, daí a resposta administrativa e judicial não passar de aceitável e gerenciável “risco ou custo normal do negócio”. Saem debilitados, assim, o caráter dissuasório, a força pedagógica e o objetivo profilático da responsabilidade civil ambiental (= prevenção geral e especial), verdadeiro estímulo para que outros, inspirados no exemplo de impunidade de fato, mesmo que não de direito, do degradador premiado, imitem ou repitam seu comportamento deletério” (REsp 1145083/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 04/09/2012). V - Ordenou-se, ainda, o cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa coercitiva, no montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por dia de atraso, a contar da intimação deste Acórdão mandamental, sem prejuízo das sanções penais previstas no artigo 14, inciso V, e respectivo parágrafo único, do CPC vigente. VI - Apelação provida. Sentença reformada.<sup>33</sup>

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ENSINO. PESSOAS PORTADORAS DE NECESSIDADES ESPECIAIS. ADEQUAÇÃO DE ESCOLA DE EDUCAÇÃO BÁSICA VINCULADA A UNIVERSIDADE FEDERAL. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO PARA REALIZAR MUDANÇAS NA ESCOLA. PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORIDADE ABSOLUTA AOS DIREITOS DA CRIANÇA, ADOLESCENTE E JOVEM. PREFERÊNCIA QUANTO A FORMULAÇÃO E EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E RECEBIMENTO DE RECURSOS PÚBLICOS. DEVER DO PODER PÚBLICO DE ATENDER ADEQUADAMENTE AOS DEFICIENTES FÍSICOS E PESSOAS COM MOBILIDADE REDUZIDA. OMISSÃO ESTATAL. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. GARANTIA DE DIREITOS SOCIAIS GARANTIDORES DA EXISTÊNCIA DIGNA. POSSIBILIDADE. ESCUSA MEDIANTE INVOCAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DO POSSÍVEL. INADMISSIBILIDADE. “MÍNIMO EXISTENCIAL”. JULGAMENTO EXTRA PETITA. ADEQUAÇÃO DA CONDENAÇÃO AO PEDIDO. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. 1. A Universidade Federal de Uberlândia é uma fundação pública de educação superior, integrante da Administração Federal Indireta. Goza de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, conforme o art. 3º de seu Regimento Interno. Seu Conselho Diretor é o órgão consultivo e deliberativo em matéria administrativa, orçamentária, financeira, de recursos humanos e materiais. 2. A presente ação civil pública tem por

<sup>33</sup> TRF 1ª Região - AC 0001965-96.2011.4.01.3804/MG, rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1 de 1º/04/2016.

objetivo a adoção de melhorias da Escola de Educação Básica da Universidade Federal de Uberlândia - ESEBA a fim de possibilitar tratamento adequado aos portadores de necessidades especiais. Como a ESEBA está vinculada à UFU, entidade com autonomia administrativa, financeira e patrimonial, com personalidade jurídica própria, não há legitimidade passiva da União para promover as mudanças pleiteadas pelo Ministério Público Federal. Não obstante, a União ostenta legitimidade quanto ao pedido relativo à autorização para a realização de concurso público. Agravo retido desprovido. 3. A Constituição Federal assegura proteção integral e prioridade absoluta aos direitos da criança, adolescente e jovem (art. 227). A assistência integral às crianças, adolescentes e jovens, a cargo do Estado, inclui a “criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação” (art. 227, II). 4. O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe, em seu art. 4º, que “é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”. A proteção prioritária à infância e à juventude inclui preferência quanto à formulação e execução de políticas públicas, bem como ao recebimento de recursos públicos. 5. A CF/88 estabelece que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 205). Dentre os princípios constitucionais da educação o constituinte originário incluiu a “garantia de padrão de qualidade” (art. 206, VII). 6. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho (ECA, art. 53). É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino (ECA, art. 54, III), 7. Nos termos do parágrafo único do art. 60 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, o poder público deve adotar, como alternativa preferencial, a ampliação do atendimento aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação na própria rede

pública regular de ensino. O dispositivo legal está em harmonia com o art. 208, III, da Constituição Federal, que estabelece que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. 8. Regulamentando o art. 208, III, d CF/88, e observando as diretrizes traçadas no art. 24 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o Decreto 7.611/2011 dispõe que “a educação especial deve garantir os serviços de apoio especializado voltado a eliminar as barreiras que possam obstruir o processo de escolarização de estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação” (art. 2º). 9. Nos termos do § 2º do art. 5º do Decreto 7.611/2011, a ampliação da oferta de atendimento educacional especializado aos portadores de necessidades especiais deve se dar mediante as seguintes ações: I - aprimoramento do atendimento educacional especializado já ofertado; II - implantação de salas de recursos multifuncionais; III - formação continuada de professores, inclusive para o desenvolvimento da educação bilíngue para estudantes surdos ou com deficiência auditiva e do ensino do Braille para estudantes cegos ou com baixa visão; IV - formação de gestores, educadores e demais profissionais da escola para a educação na perspectiva da educação inclusiva, particularmente na aprendizagem, na participação e na criação de vínculos interpessoais; V - adequação arquitetônica de prédios escolares para acessibilidade; VI - elaboração, produção e distribuição de recursos educacionais para a acessibilidade; e VII - estruturação de núcleos de acessibilidade nas instituições federais de educação superior. 10. Os arts. 227, § 2º, e 244, da Constituição Federal, previram a edição de lei para regulamentar a construção e adaptação dos edifícios públicos, de forma a garantir o acesso às pessoas portadoras de deficiência. Seguindo o direcionamento ditado pelo constituinte, as Leis 7.853/1989, 10.048/2000 e 10.098/2000 estabelecem normas que asseguram a acessibilidade das pessoas com mobilidade reduzida. 11. Comissão formada pela Universidade Federal de Uberlândia apresentou relatório técnico destacando deficiências da ESEBA no tratamento de alunos com necessidades especiais, como insuficiência de profissionais com capacitação psicopedagógica, falta de fomento contínuo ao desenvolvimento das habilidades dos professores para lidar com alunos especiais, inadequada acessibilidade de alunos com deficiência física ou importantes comprometimentos motores às dependências da escola e às salas de aula (inexistência de rampas de acesso, inadequação de mobiliário, inadequada acústica do ambiente escolar), falta de sala de recursos multifuncionais e excesso de professores temporários (gerando

rotatividade excessiva do quadro docente). 12. Atendendo a solicitação do MPF, a Secretaria Municipal de Planejamento Urbano e Meio Ambiente de Uberlândia realizou vistoria e apresentou laudo informando problemas de acessibilidade no prédio da ESEBA. Constatou-se ausência de vaga para deficientes no estacionamento, bem como de rampas de acesso ou passagem nas calçadas externas, sanitários e bebedouros fora dos padrões ABNT, rampas sem inclinação adequada e sem corrimãos, falta de comunicação tátil para cegos, etc. 13. Evidenciado o descumprimento da obrigação do poder público de tratar crianças e adolescentes com absoluta prioridade, com preferência na formulação e execução de políticas sociais públicas, bem como de se seu dever de assegurar atendimento especializado aos portadores de necessidades especiais, o que se verifica tanto no que se refere ao corpo profissional da ESEBA quanto em relação às suas instalações físicas. 14. A omissão estatal em relação a deveres que asseguram direitos sociais vinculados à dignidade dos indivíduos autoriza a intervenção do Poder Judiciário de forma a viabilizar tais prestações. Sendo legítima a intervenção judicial, não se pode falar em violação ao princípio da separação dos poderes (STF, ADPF 45; ARE 639337). 15. Não é dado ao Poder Público invocar a cláusula da reserva do possível para se eximir de implementar prestações positivas garantidas em sede constitucional quando destinadas a assegurar aos cidadãos o seu “mínimo existencial”, a sua dignidade existencial. “A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana” (ARE 639337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, publ. DJe-177 15-09-2011) 16. A Administração Pública federal direta e indireta deve destinar, anualmente, dotação orçamentária para as adaptações, eliminações e supressões de barreiras arquitetônicas existentes nos edifícios de uso público de sua propriedade e naqueles que estejam sob sua administração ou uso (Lei 10.098/2000, art. 23). 17. A sentença, ao julgar procedente em parte o pedido, determinando à parte ré o término das obras listadas às fls. 238/239, acabou por estabelecer obrigações que não encontram correspondência com os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal. “O autor fixa os limites da lide e da causa de pedir na petição inicial (CPC 128), cabendo ao juiz decidir de acordo com esse limite. É vedado ao magistrado proferir sentença acima (ultra), fora (extra) ou abaixo (citra ou infra) do pedido. Caso o faça, a sentença estará

eivada de vício, corrigível por meio de recurso.” (NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 584). 18. Agravo retido desprovido. Apelação e remessa oficial parcialmente providas para excluir da condenação a construção de depósito de materiais esportivos e a reforma dos telhados do anfiteatro e do refeitório.<sup>34</sup>

Neste meandro torna-se relevante o princípio da precaução como vetor da proteção e inclusão socioambiental do portador de necessidade especial e a garantia do desenvolvimento sustentável, tendo em vista que a conduta precautiva tem como fito eliminar os riscos de danos, o que ocorreria pela ausência de inclusão social da pessoa com alguma síndrome.

Na dicção do art. 225 da Constituição Federal, o princípio da precaução tem como foco um meio ambiente equilibrado, protegido e saudável, que são os mesmos da inclusão socioambiental das pessoas com deficiência, vez que resguardar o desenvolvimento e a sustentabilidade do ser humano, da sociedade e do meio ambiente.

Ademais, o desenvolvimento sustentável como ápice dessa trama ganha protuberância pelo olhar bifurcado, pois de um lado encontra-se as bases vitais da produção e reprodução do homem e noutro a proteção do meio ambiente, para as presentes e futuras gerações<sup>35</sup>.

Note-se, como leciona *Leonardo Boff*<sup>36</sup>, que a sustentabilidade é uma via de mão dupla, haja vista que crava seu farol no crescimento econômico e no desenvolvimento da sociedade, mas sempre respeitando os recursos naturais, que são finitos, para preservação do meio ambiente — fonte e base da vida para todas as gerações e seres vivos e não vivos.

## 5 Conclusão

O princípio da precaução, tal como hodiernamente se identifica e conhece, tem como marco a década de 70 nos países europeus, em especial a Alemanha, em contraponto à poluição industrial —

<sup>34</sup> TRF 1ª Região - AC 0002094-41.2010.4.01.3803/MG, rel. Juíza Federal Maria Cecília de Marco Rocha, Quinta Turma, e-DJF1 de 20/01/2016.

<sup>35</sup> Fiorillo. Ob. cit., p. 112.

<sup>36</sup> Ob. cit., p. 19.

causadora de várias doenças na população envolvida, *ex vi* as dermatites.

A discussão das questões ambientais invadiu países, governos, sociedades e povos, porque as consequências por ações humanas equivocadas ou com resultados não previstos gerou um temor global, fato levado à debate na Conferência de Bergen, em 1990, nos Estados Unidos, quando se descreveu que seria melhor agir grosseiramente, estando correto, a perder as consequências tardias do erro.

Em idêntica toada, a Declaração Rio/92 cravou no princípio da precaução como elo entre uma conduta inconcebida ou desconhecida e um resultado danoso para o meio ambiente, recomendando a adoção da proporcionalidade e até a abstenção de qualquer ato gerador de ameaça de danos irreversíveis à natureza.

Sublinhe-se que o desenvolvimento sustentável caminha de mãos dadas com a precaução, porquanto a finalidade ética e social no crescimento econômico tem como prisma a exploração consciente dos recursos naturais, fatos norteadores de todo o ordenamento jurídico ambiental, quer constitucional, quer infraconstitucional.

Gize-se que tais regramentos jurídicos têm como piso o princípio da dignidade da pessoa humana, que permeou toda a Declaração Universal de Direitos Humanos (Resolução 217-A, das Organizações das Nações Unidas), da qual o Brasil é signatário — Decreto 678/1992, e por tal tem musculatura de norma suprallegal, art. 5º, § 3º, da Carta de Outubro.

Com efeito, o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146/2015 é fruto dessa árvore genealógica, isto é, está fincado no desenvolvimento sustentável, na precaução e na dignidade da pessoa humana todo seu corpo normativo.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência visa assegurar e promover condições dignas no exercício dos direitos e garantias fundamentais das pessoas portadoras de deficiência física ou psíquica, para a efetivação de sua inclusão — como cidadãos e na sociedade.

Estronde trovões de contrariedade ao regramento, sob a alegação de se tratar de violação ao princípio da igualdade, porém a concretização da simetria dá-se com ações afirmativas para proteção de minorias (STF – ADPF 186, Min. Ricardo Lewandowski), como no caso do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Frise-se, igualdade é garantir acessibilidade e inclusão socioambiental a todas as pessoas portadoras de deficiência, quer no meio ambiente familiar, social, educacional, laboral, cultural, etc., quer nos deslocamentos pelas calçadas, praças, prédios e edifícios, sem qualquer barreira — física, moral ou discriminatória.

A escorreita visão acerca do princípio da igualdade é cunhada pelo magistral Rui Barbosa:

*De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto.*

Por tal razão, antes de imperativo legal, a inclusão socioambiental das pessoas portadoras de necessidades especiais é questão de dignidade humana, motivo por que é dever do Estado possibilitar o livre acesso à educação, ao lazer, à cultura e à prática esportiva, de forma adequada e dentro das limitações individuais, como forma de desenvolvimento sustentável e implementação do princípio da precaução.

Repise-se que a existência de calçadas, vias e transportes públicos adaptados às pessoas com necessidade especiais, construídos e adequados às melhores práticas de sustentabilidade ambiental e sem riscos de danos irreparáveis vai ao encontro do art. 170, inciso VI, e art. 225 da Constituição Cidadã e do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

É sabido que o meio ambiente é direito de terceira geração, vez que o destinatário é o ser humano, logo se cinge a um direito difuso ou transindividual e que tem relevância ímpar no acesso e inclusão socioambiental da pessoa portadora de deficiência física ou psíquica.

E tamanho ônus deve recair sobre o princípio da precaução, como mitigador de possíveis danos ambientais advindos da implementação de políticas públicas inclusivas e de acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência, como garantidor do desenvolvimento sustentável.

Delineado tão nobre premissa, alcança-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência caminha *pari passu* com o desenvolvimento sustentável na adequação da acessibilidade dos portadores de deficiência, sem barreiras e com mobilidade urbana facilitada, sem que para isso se implemente um risco ambiental sequer, de modo a prestigiar o princípio da precaução.

Por derradeiro, a proteção dos direitos das pessoas portadoras de deficiência, antes de mais nada, tem como guarida a Constituição Federal, que se estabilizou num Estado Democrático de Direito e fincou a atuação governamental no postulado da dignidade da pessoa humana, pois necessitados de um olhar zeloso de toda a coletividade, quer público ou privado.

## 6 Referências

BOFF, Leonardo. *As quatro ecologias: ambiental, política e social, mental e integral*. Rio de Janeiro: Mar de Ideias: Animus Anima, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 1º abr. 2016.

BRASIL. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: 6 jun. 2016.

BRASIL. Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2016.

CARSON, Rachel (traduzido por Cláudia Sant'Anna Martins). *Primavera Silenciosa*. 1. ed., São Paulo: Gaia, 2010.

FARIAS, Talden; COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega e MELO, Geórgia Karênia R. M. M. *Direito ambiental*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2006.

GOMES, Joaquim Barbosa. *Ações afirmativas: aspectos jurídicos*. In: *Racismo no Brasil*, São Paulo: Editora Peirópolis, 2002.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2006.

PRUDENTE, Antônio Souza. *A tutela inibitória do risco ambiental: tutela cautelar do meio ambiente, como instrumento de eficácia do princípio da proteção*. Recife: Edição do Autor, 2005.

SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento: includente, sustentável e sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SHMIDT, Mario Furley. *Nova história crítica: ensino médio*. São Paulo: Nova Geração, 2005.

VARELLA, M. D.; PLATIAU, A.F.B. *Princípio da Prevenção*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

<<https://formacioncontinuaedomex.files.wordpress.com/2011/06/respuesta-del-mundo-al-cambio-climc3a1tico.pdf>>. Acesso em 8 jun. 2016.

<<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em 8 jun. 2016.

<<http://www.protocolodemontreal.org.br/eficiente/sites/protocolodemontreal.org.br/pt-br/home.php>>. Acesso em 9 jun. 2016.

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=318570>>. Acesso em 10 jun. 2016.

# A reforma previdenciária e as imunidades tributárias

Ives Gandra da Silva Martins\*

## I Introdução

Tendo em vista a PEC 287/2016, que trata da reforma da previdência, uma questão que se impõe é se tal proposta coloca em risco a imunidade das filantrópicas devidamente certificadas como entidades beneficentes de assistência social.

Em outras palavras, a questão de fundo que se coloca é: seria possível uma emenda constitucional revogar uma limitação constitucional ao poder de tributar?

É o que passo a analisar.

## II Da PEC 287/2016

Tenho a convicção de que a reforma previdenciária é essencial. Defendi esta necessidade, assim como de outras reformas, como se pode ler no editorial escrito para a *Revista Justiça e Cidadania* endereçada especialmente aos 18.000 magistrados brasileiros, em que declarei:

A reforma política é necessária. Embora eu, pessoalmente, defenda o parlamentarismo desde os bancos acadêmicos, creio que o primeiro passo seria a adoção de cláusula de barreira, com avaliação da performance partidária para a manutenção dos partidos; voto distrital misto, ou seja, metade dos deputados sendo eleitos no distrito e metade por eleições proporcionais; financiamento de campanha sob rígido controle e eliminação de coligações partidárias. *A reforma previdenciária, embora de impacto a mais longo prazo, é imprescindível. Se não vier, a população que trabalha não terá como sustentar uma população superior de aposentados, no futuro. A reforma trabalhista, no que concerne à*

terceirização e às convenções coletivas de trabalho, é relevante para reduzir o desemprego. Quanto à reforma burocrática, temos esperança de que o nosso anteprojeto, que surge de uma Comissão criada pelo próprio Senado com esta finalidade, possa ser aprovada. A reforma tributária não pode esperar mais. Eliminar a guerra fiscal do ICMS e ISS e simplificar a legislação são requisitos básicos, para começar. É de se lembrar que o STF sempre considerou inconstitucional tal prática, sem que os Estados se curvassem, pois editavam novas leis padecendo do mesmo vício, tão logo a lei anterior era declarada violadora da Carta da República. A reforma do Judiciário é importante, visto que a Lei Complementar 35 de 1975 está ultrapassada. *Nitidamente, vencer os anticorpos do atraso enquistados no poder e os privilégios que tornaram "direito adquirido" toda a espécie de benesses, é importante.* Temos que ter condições de competir com os demais países, inclusive com aqueles do contexto latino americanos. Trata-se de tarefa que exige uma cruzada cívica da sociedade em aceitar os sacrifícios necessários e dos governantes em abrir mão dos auto outorgados benefícios, sobre reduzir o tamanho da máquina burocrática, nas mais de 5.500 entidades federativas. Afinal, o servidor público deve servir à nação e não dela se servir, assim como o cidadão deve ser considerado como tal, não um objeto da administração, um escravo do poder, um cumpridor de inúmeras obrigações burocráticas que se multiplicam para justificar a manutenção da máquina. Quanto maior for a burocracia desnecessária, maior será a corrupção. Quanto maior o número de leis inúteis impostas aos novos escravos da gleba em que o povo se transformou, maior o acúmulo de processos penais, em que o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Polícia devem intervir, não poucas vezes, confundindo o abuso de autoridade com a busca de justiça. O Brasil precisa ser passado a limpo. As reformas são necessárias, mas a cultura política e da cidadania têm que, de um lado, repelir a manutenção de uma máquina burocrática e esclerosada, e de outro, exercer o seu papel. O país depende não só desse respeito ao direito da cidadania, mas do compromisso dos diversos segmentos sociais para fugir a esta inércia. Estamos em tempo de mudança. De mentalidade e de costumes, na busca de um país de que os nossos filhos possam vir a orgulhar-se no futuro. É o que espero, como um velho advogado, que jamais perdeu a esperança de ver o Brasil como líder mundial, onde a justiça social e a livre iniciativa de braços dados tornem a vida de todos

\* Professor emérito da Universidade Mackenzie, em cuja faculdade de Direito foi titular de Direito Constitucional e Econômico; doutor em Direito; professor emérito da Unip, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O Estado de São Paulo, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME, Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal 1ª Região; professor honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martín de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); doutor *honoris causa* das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs-Paraná e Rio Grande do Sul, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); fundador e presidente honorário do Centro de Extensão Universitária – CEU Escola de Direito.

os brasileiros digna de ser admirada no concerto das nações (os grifos não estão no texto) <sup>1</sup>.

Estou convencido que reforma tão essencial como a previdenciária é fundamental para que uma população cada vez maior, com longevidade crescente e com precoces aposentadorias, não seja sustentada por um número cada vez menor de trabalhadores, o que torna impossível a manutenção do sistema por tempo indefinido. Diria, mesmo, por tempo limitadíssimo, antes de as contas implodirem.

Assim, convém destacar que a PEC 287/2016 pretende alterar, entre outros, os seguintes dispositivos da Constituição Federal relacionados às contribuições previdenciárias, dando-lhes a seguinte redação:

*Art. 149. [...]*

*§ 5º O disposto no inciso I do § 2º não se aplica às contribuições previdenciárias incidentes sobre a receita em substituição às incidentes sobre a folha de salários (NR)*

*Art. 167. [...]*

*XII - a utilização de recursos dos regimes de previdência de que trata o art. 40, incluídos os valores integrantes dos fundos previstos no art. 249, para a realização de despesas distintas do pagamento dos benefícios de aposentadoria ou pensão por morte do respectivo fundo vinculado ao regime e das despesas necessárias à sua organização e ao seu funcionamento, na forma da lei de que trata o § 23 do art. 40; e*

*XIII - a transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos, financiamentos, avais e subvenções pela União, incluídas suas instituições financeiras, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios em caso de descumprimento das regras gerais de organização e funcionamento dos regimes de previdência dos servidores titulares de cargos efetivos, conforme disposto na lei de que trata o § 23 do art. 40.*

*[...]*

*§ 4º É permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os art. 155 e art. 156 e dos recursos de que tratam os art. 157, art. 158 e art. 159, inciso I, alíneas "a" e "b", e inciso II, para a prestação de garantia ou contra garantia à União e para pagamento de débitos para com esta e para o pagamento de débitos do ente com o regime de previdência de que trata o art. 40.*

*[...] (NR)*

*Art. 195. [...]*

*I - [...]*

*a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço de natureza urbana ou rural, mesmo sem vínculo empregatício;*

*[...]*

*II - do trabalhador, urbano e rural, e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;*

*[...]*

*§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o extrativista, o pescador artesanal e seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão de forma individual para a seguridade social com alíquota favorecida, incidente sobre o limite mínimo do salário de contribuição para o regime geral de previdência social, nos termos e prazos definidos em lei.*

*[...] (NR).*

Entre eles não se encontra o art. 150, inciso VI, letra a, e o art. 195, § 7º, cuja dicção é a seguinte para ambos os comandos constitucionais:

*Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

*[...]*

*VI - instituir impostos sobre:*

*[...]*

*c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;*

*[...];*

*Art. 195. [...]*

*§ 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.*

*[...].*

O próprio art. 195, cuja alteração é proposta, cuida do § 8º, e não do § 7º, além dos incisos I e II do caput do dispositivo.

Não há, portanto, na proposta de reforma qualquer referência às imunidades de impostos e contribuições sociais. Assim, desde logo, não vejo como a PEC 287/2016 possa pôr em risco as imunidades tributárias, pois os artigos chaves que autorizam

<sup>1</sup> Revista Justiça & Cidadania, dezembro/2016, pp. 6-7.

tal reforma não agridem as imunidades, conforme veremos a seguir.

### III Distinções

É de se lembrar que, muito embora cuide o art. 195, § 7º, de isenções, já decidiu a Suprema Corte, em julgamento pioneiro, que a Constituição não cuida de isenções, mas de imunidades.

É que das quatro mais conhecidas formas de desoneração tributária (imunidades, isenções, não incidências e alíquota zero) — deixo de lado as anistias e as remissões —, as imunidades representam vedação absoluta ao poder de tributar, razão pela qual não se confunde com as isenções, renúncia fiscal com objetivo determinado autorizado pelos governos, através de leis.

Como a Constituição define direitos, deveres e impedimentos, nas imunidades tributárias estabelece vedação ao poder de tributar, razão pela qual, quando se refere a “isenções”, de rigor cuida de imunidades, como em relação ao § 7º do art. 195, decidiu o Supremo Tribunal Federal, no “*leading case*” da Associação das Igrejas Adventistas (Igrejas com ação social), que meu escritório patrocinou e perante cuja 1ª Turma sustentei oralmente, em 1995. Leia-se a ementa desta decisão:

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 22.192-9 DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

RECORRENTE: ASSOCIAÇÃO PAULISTA DA IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA

ADVOGADOS: IVES GANDRA DA SILVA MARTINS E OUTROS

RECORRIDA: UNIÃO FEDERAL

ADVOGADO: ADVOGADO - GERAL DA UNIÃO

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - QUOTA PATRONAL - ENTIDADE DE FINS ASSISTENCIAIS, FILANTRÓPICOS E EDUCACIONAIS - IMUNIDADE (CF, ART. 195, § 7º) - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

- A Associação Paulista da Igreja Adventista do Sétimo Dia, por qualificar-se como entidade beneficente de assistência social - e por também atender, de modo integral, às exigências estabelecidas em lei - tem direito irrecusável ao benefício extraordinário da imunidade subjetiva relativa às contribuições pertinentes à seguridade social.

- A cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Carta Política - não obstante referir-se impropriamente à isenção de contribuição para a seguridade social -,

contemplou as entidades beneficentes de assistência social com o favor constitucional da imunidade tributária, desde que por elas preenchidos os requisitos fixados em lei.

A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal já identificou, na cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Constituição da República, a existência de uma típica garantia de imunidade (e não de simples isenção) estabelecida em favor das entidades beneficentes de assistência social. Precedente: RTJ 137/965.

- Tratando-se de imunidade - que decorre, em função de sua natureza mesma, do próprio texto constitucional -, revela-se evidente a absoluta impossibilidade jurídica de a autoridade executiva, mediante deliberação de índole administrativa, restringir a eficácia do preceito inscrito no art. 195, § 7º, da Carta Política, para, em função de exegese que claramente distorce a teleologia da prerrogativa fundamental em referência, negar, à entidade beneficente de assistência social que satisfaz os requisitos da lei, o benefício que lhe é assegurado no mais elevado plano normativo.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar e dar provimento ao recurso em mandado de segurança.

Brasília, 28 de novembro de 1995.

MOREIRA ALVES - PRESIDENTE

CELSO DE MELLO – RELATOR (grifos meus)<sup>2</sup>.

Desta forma, não há como pretender considerar que as desonerações que constituam vedações ao poder de tributar (imunidades) confundam-se com isenções, não incidências ou alíquotas zero que estão no poder de tributar do legislador ordinário, mas, por critérios de oportunidade ou conveniência, o poder tributante decide renunciar à imposição, pelos mais variados motivos<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Serviço de Jurisprudência, D.J. 19/12/1996, 28/11/1995, Ementário 1855-01, Primeira Turma, RMS 22.192-9-DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115743>>.

<sup>3</sup> Do voto do Ministro Celso de Mello no referido Recurso Extraordinário leia-se:

“Com a superveniência da Constituição Federal de 1988, outorgou-se às entidades beneficentes de assistência social, em norma definidora de típica hipótese de imunidade, uma expressiva garantia de índole tributária em favor dessas instituições civis.

A cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Carta Política - não obstante referir-se impropriamente à isenção de contribuição

Já escrevi sobre a matéria que:

A imunidade é o mais relevante dos institutos desonerativos. Corresponde vedação total ao poder de tributar. A imunidade cria área colocada, constitucionalmente, fora do alcance impositivo, por intenção do constituinte, área necessariamente de salvaguarda absoluta para os contribuintes nela hospedados. A relevância é de tal ordem que a jurisprudência tem entendido ser impossível a adoção de interpretação restritiva a seus comandos legais sendo, obrigatoriamente, a exegese de seus dispositivos ampla.

Compreende-se o desenho pretoriano, visto que os crônicos “déficits” públicos, cujo mérito não nos cabe examinar na área específica do direito tributário, eis que de reflexo jurídico apenas no campo do direito financeiro e econômico, terminam por gerar tentações ao poder tributante de reduzir o espectro de atuação da norma vedatória. A fim de fulminar tais conveniências exegéticas, o Supremo tem, reiteradamente, insistido que a imunidade só se pode interpretar extensivamente. A publicidade obtida pelos próprios jornais, apesar de não constar expressamente do art. 19, inc. III, letra “d” da E. C. n. 1/69 nele foi incluída por força de decisões da mais alta Corte.

Na imunidade, não há nem o nascimento da obrigação fiscal, nem do consequente crédito, em face de sua substância fática estar colocada fora do campo de atuação dos poderes tributantes, por imposição constitucional. Independe, portanto, das

para seguridade social, contemplou as entidades beneficentes de assistência social com o favor constitucional da imunidade tributária, desde que por elas preenchidos os requisitos fixados em lei (ROQUE ANTONIO CARRAZZA, ‘Curso de Direito Constitucional Tributário’, p. 349 nota de rodapé nº 144, 5 ed., 1993, Malheiros; JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO, ‘Contribuições Sociais no Sistema Tributário’, pp. 171-175, 1995, Malheiros; SACHA CALMON NAVARRO COELHO, ‘Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário’, pp. 41-42, item 22, 41. ed., 1992, Forense; WAGNER BALERA, ‘Seguridade Social na Constituição de 1988’, p. 71, 1989, RT, v.g.).

Convém salientar que esse magistério doutrinário reflete-se na própria jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, que já identificou, na cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Carta Política, a existência de uma típica garantia de imunidade estabelecida em favor das entidades beneficentes de assistência social (RTJ 137/965, rel. Min. MOREIRA ALVES).

*O fato irrecusável é que a norma constitucional em questão, em tema de tributação concernente às contribuições destinadas à seguridade social, reveste-se de eficácia subordinante de toda atividade estatal, vinculando não só os atos de produção normativa, mas também condicionando as próprias deliberações administrativas do Poder Público, em ordem a pré-excluir a possibilidade de imposição estatal dessa particular modalidade de exação tributária”* (grifos meus).

vontades legislativas das competências outorgadas pela lei maior [...]”<sup>4</sup>.

As imunidades tributárias estão entre as limitações constitucionais ao poder de tributar, e o disposto no *caput* do art. 150 vale para o art. 195, § 7º, pois, para os tributos denominados de “contribuições sociais”, aplicam-se os mesmos critérios dos tributos denominados “impostos”, a que se refere o art. 150, inciso VI, letra c.

Ora, o discurso inicial do art. 150 principia com a observação de que as limitações constitucionais *ao poder de tributar são garantias constitucionais*, tanto que, admitindo duas espécies de garantias, ou seja, aquelas decorrentes do próprio texto e outras não constantes da Seção II do Capítulo I do Título VI<sup>5</sup>, faz referência a que: “*Sem prejuízo de outras garantias asseguradas aos contribuintes [...]*.”

Em outras palavras, assistem aos contribuintes outras garantias individuais que não constam do art. 150 e possam decorrer de princípios incluídos em espaços diversos da Lei Maior, como ocorre no art. 195, § 7º.

O certo, todavia, é que quaisquer pessoas têm direito a imunidades constitucionais erigidas em garantias individuais dos contribuintes pelo legislador supremo, nas hipóteses previstas na Lei Maior.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> *Direito Empresarial - Pareceres*, 2. ed., Ed. Forense, 1986, pp. 298-299.

<sup>5</sup> Escrevi:

“Na imunidade, portanto, há um interesse nacional superior a retirar, do campo de tributação, pessoas, situações, fatos considerados de relevo, enquanto nas demais formas desonerativas há apenas a veiculação de uma política transitória, de índole tributária definida pelo próprio Poder Público, em sua esfera de atuação.

E por que, na imunidade, há esta vedação absoluta ao poder de tributar? Por que o constituinte coloca um muro à imposição de forma insuperável, a não ser por emenda constitucional?

É que a imunidade, nas hipóteses constitucionais, constitui o instrumento que o constituinte considerou fundamental para, de um lado, manter a democracia, a liberdade de expressão e a ação dos cidadãos e, por outro lado, atrair os cidadãos a colaborarem com o Estado, nas suas atividades essenciais, em que, muitas vezes, o próprio Estado atua mal ou insuficientemente, como na educação, na assistência social etc.” (Pesquisas Tributárias, Nova Série 4, Imunidades Tributárias, coordenação Ives Gandra Martins, coed. Centro de Extensão universitária/Ed. RT, São Paulo, 1998, p. 32).

<sup>6</sup> José Cretella Jr. lembra que:

“Vedações constitucionais são restrições de ordem geral, ou especial, determinadas pela Constituição Federal à competência impositiva das pessoas jurídicas públicas políticas. A vedação constitucional pode ser genérica ou específica, subjetiva ou

Ora, os contribuintes são pessoas físicas ou jurídicas. Aliás, *de rigor* são apenas pessoas físicas, pois as jurídicas são sempre integradas e controladas, em última instância, por pessoas físicas, visto que não há pessoas jurídicas dirigidas por robôs.

Não sem razão, no concernente ao Imposto de Renda, o lucro distribuído pelas pessoas jurídicas às pessoas físicas é desonerado do tributo, pois este tributo já foi recolhido nas pessoas jurídicas. Por outro lado, pelas regras que disciplinam a responsabilidade tributária, no caso de insolvência das empresas devedoras de tributos, respondem seus diretores ou controladores subsidiariamente ou solidariamente pelos tributos<sup>7</sup>.

objetiva. Quando a Constituição veda às entidades tributantes a instituição (ou aumento) de tributo, sem lei anterior que o estabeleça, a proibição é genérica, abrangendo todo e qualquer tipo de tributo, exceto os casos constitucionalmente ressalvados. Vedação específica é a que recai sobre eventual, mas determinado tipo de fato gerador. Subjetiva é a vedação que incide sobre 'pessoas'. Objetiva é a vedação que recai sobre 'bens' ou 'coisas'. As vedações tributárias têm início no texto da primeira Constituição republicana, arts. 8º, 10 e 11, ingressam na Constituição de 1934, art. 17, IX, passam à Carta de 1937, art. 25, recebem agasalho na Constituição de 1946, art. 31, e chegam a nossos dias, inscrevendo-se nas últimas Constituições" (*Comentários à Constituição 1988*, v. VII, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1992, p. 3.549).

<sup>7</sup> Os arts. 134 e 135 do CTN têm a seguinte dicção:

"Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

- I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;
- II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;
- III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;
- IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;
- V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;
- VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;
- VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

- I - as pessoas referidas no artigo anterior;
- II - os mandatários, prepostos e empregados;
- III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado." (grifos meus)

Esta é a razão pela qual o legislador supremo declarou que ao contribuinte (pessoa física ou jurídica) *estão garantidas* as limitações constitucionais, nas hipóteses pela Carta da República previstas.

Entre tais limitações estão as imunidades constitucionais, autênticas garantias colocadas pelo constituinte para que determinadas pessoas, em suas atividades, não sofram tributação pelo relevante serviço prestado à sociedade (nas áreas da saúde, educação ou assistência social), ou por força do exercício de atividade religiosa, ou ainda da liberdade de expressão<sup>8</sup>.

As imunidades dirigidas às entidades filantrópicas, sem fins lucrativos, comunitárias ou confessionais, visam incentivar a prestação de serviços à sociedade, nos setores de educação, saúde e assistência social, fazendo pela sociedade o que os governos deveriam fazer e não fazem, recebendo em troca, como modesta contrapartida, a eliminação de contribuições sociais e impostos<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Todo o inciso VI do art. 150 delas cuida, tendo a seguinte dicção:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI - instituir impostos sobre:

- a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
- b) templos de qualquer culto;
- c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;
- d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.
- e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser. (*Incluída pela Emenda Constitucional nº 75, de 15.10.2013*)."

<sup>9</sup> O Ministro Marco Aurélio de Mello, na Repercussão Geral 566.622/RS, esclarece:

"O § 7º do artigo 195 deve ser interpretado e aplicado em conjunto com o preceito constitucional transcrito, afastando-se dúvida quanto à reserva exclusiva de lei complementar para a disciplina das condições a serem observadas no exercício do direito à imunidade", completando:

"Segundo o professor Ives Gandra da Silva Martins, "há, assim, uma causa e uma condição para a entidade usufruir a imunidade. A causa da imunidade é ser uma das entidades enumeradas pelo artigo 150, inciso VI, c, da CF. A causa advém da Constituição. A condição da imunidade é manter o atendimento aos requisitos especificados no CTN. A condição advém do CTN" (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Imunidade de Instituições sem Fins Lucrativos

A única colaboração que o Estado dá às entidades filantrópicas que fazem o que os Governos deveriam fazer com nossos tributos e não o fazem é a desoneração tributária em troca do estúpido trabalho que devolvem, muitas delas centenárias, como as Universidades Mackenzie, a Beneficência Portuguesa, e outras com mais de meio século de atuação, como as diversas PUCs espalhadas pelo Brasil.

Não há que se confundir estas entidades com aquilo que pessoas desinformadas — ou agentes públicos que querem se eximir do poder-dever de fiscalizar — sentem conforto em generalizar para defender o indefensável e denominam de “pilantrópicas”.

As “pilantrópicas”, na infeliz expressão de cidadãos pouco versados no vernáculo, são casos de polícia, cabendo à fiscalização desventrá-las e autuá-las, por não merecerem o *status* que lhe outorgaram seus criadores.

Não se pode generalizar, colocando na mesma categoria uma enormidade de instituições sérias e aquelas constituídas de larápios da boa-fé institucional, pois não é difícil distinguir as verdadeiras entidades sem fins lucrativos, filantrópicas ou confessionais, que

são constituídas para trabalhar em prol da saúde, da educação e da assistência social, a bem da sociedade.

É de se lembrar, por outro lado, que não cuidam as “imunidades” de renúncia fiscal, mas de vedação ao poder de tributar, não havendo que se confundir tal impedimento criado pela Lei Suprema com a hipótese do art. 213 da CF, assim redigido:

Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;

II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades<sup>10</sup>

que implica *versão de recursos*, através de doações ou financiamentos favorecidos. Tais versões de recursos podem e devem ser reguladas por lei, podendo ser ou não concedidos pelo Poder tributante. Sempre que concedidas, há renúncia fiscal. Nas imunidades, não. Ninguém pode renunciar ao que não tem.

Voltando às imunidades, que são garantias asseguradas ao contribuinte, os requisitos para seu gozo, relativamente a impostos e contribuições sociais, devem ser definidos por lei complementar, nos termos do art. 146, II, da CF, conforme reconheceu a Suprema Corte nas ADIs 2028, 2621, 2228 e 2036 e na Repercussão Geral 566.622 — as primeiras patrocinadas pelo meu escritório e nas quais sustentei pessoalmente perante a Suprema Corte em 04/06/2014. O artigo está assim disposto:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

Dedicadas à Previdência e Assistência Social, Direito Público n. 1, julho-agosto-setembro de 2003, p. 8).

A questão discutida neste recurso, considerado o artigo 55 da Lei n. 8.212, de 1991, envolve definir se condições diversas, além daquelas previstas no Código Tributário Nacional, podem estar versadas em lei ordinária. De acordo com o próprio Ives Gandra, a resposta é desenganadamente negativa:

Nenhuma lei ordinária de qualquer poder tributante pode criar requisitos adicionais, impondo ônus que o constituinte deliberadamente quis afastar. Todos os requisitos acrescentados ao restrito elenco do artigo 14 são inconstitucionais, em face de não possuir o Poder Tributante, nas 3 esferas, nenhuma força legislativa suplementar. Apenas a lei complementar pode impor condições. Nunca a lei ordinária, que, no máximo, pode reproduzir os comandos superiores. (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Entidades sem fins lucrativos com finalidades culturais e filantrópicas - Imunidade constitucional de impostos e contribuições sociais - Parecer. Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas v. 4, 1994, p. 83)

Da necessidade de interpretar teleologicamente as imunidades tributárias, amplamente reconhecida pelo Supremo como meio ótimo de realização dos valores e princípios subjacentes às regras imunizantes, resulta o dever corolário de interpretar estritamente as cláusulas restritivas relacionadas, inclusive a constitucional. Daí advém a reserva absoluta de lei complementar, conforme o artigo 146, inciso II, da Carta de 1988, para a disciplina das condições referidas no § 7- do artigo 195, sob pena de negar seja a imunidade discutida uma “limitação ao poder de tributar” (RE 566.622/RS, Site do STF).

<sup>10</sup> Celso Ribeiro Bastos escreveu:

“Este artigo e seus dois incisos preceituam que os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias confessionais ou filantrópicas definidas em lei, que: a) comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; b) assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades. Podemos observar que nenhuma de nossas Constituições anteriores dispôs sobre essa matéria. Apenas a Emenda Constitucional n. 1/69 estabelecia, em seu art. 176, § 2.º, que, respeitadas as disposições legais, o ensino era livre à iniciativa particular, a qual mereceria o amparo técnico e financeiro dos Poderes Públicos, inclusive mediante bolsas de estudos” (Comentários à Constituição do Brasil, 8ª v., São Paulo: Ed. Saraiva, 2000, p. 729).

[...]

II - *regular as limitações constitucionais ao poder de tributar [...]*”.

Ora, as decisões nos dois casos têm os seguintes teores:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, apreciando o tema 32 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Reajustou o voto o Ministro Ricardo Lewandowski, para acompanhar o Relator. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese de repercussão geral: “Os requisitos para o gozo de imunidade hão de estar previstos em lei complementar”. Não votou o Ministro Edson Fachin por suceder o Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux, que proferiu voto em assentada anterior. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 23.02.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/Doralúcia das Neves Santos

Assessora-Chefe do Plenário (grifos meus)<sup>11</sup>;

CERTIFICO que o PLENÁRIO, ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Decisão: Após o voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), julgando parcialmente procedente a ação direta, no que foi acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia e Roberto Barroso, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Impedido o Ministro Gilmar Mendes. Ausente o Ministro Dias Toffoli representando o Tribunal na III Assembleia da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa, em Angola. Falaram, pela requerente Confederação Nacional de Saúde - Hospitais, Estabelecimentos e Serviços, o Dr. Ives Gandra da Silva Martins, e, pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária Geral de Contencioso. Plenário, 04.06.2014<sup>12</sup>;

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu da ação direta como arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencidos os Ministros Roberto Barroso, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Marco Aurélio. No mérito, por unanimidade e nos termos do voto Ministro Teori Zavascki, o Tribunal julgou procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade do art. 10 da Lei 9.732/1998, na parte em que alterou a redação do art. 55, inciso III, da Lei 8.212/1991 e acrescentou-lhe os §§ 3º, 4º e 5º, bem como dos arts. 4º, 5º e 70 da Lei 9.732/1998. Aditou seu voto o Ministro Marco Aurélio, para, vencido na preliminar de conversão da ação direta em arguição de descumprimento de preceito fundamental, assentar a inconstitucionalidade formal do art. 55, inciso III, da Lei 8.212/1991, na redação conferida pelo art. 1º da Lei 9.732/1998. Redigirá o acórdão a Ministra Rosa Weber. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso, que proferiu voto em assentada anterior. Impedido o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 02.03.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

p/ Doralúcia das Neves Santos

Assessora-Chefe do Plenário<sup>13</sup>.

## IV Dos requisitos formais

Outro ponto que se coloca é em relação aos requisitos objetivos que não podem, à evidência, desnaturar o gozo das imunidades, criando óbices inaceitáveis ou que as inviabilizem. *A lei complementar pode apenas explicitar o conteúdo constitucional*, conforme explicou aquele que, talvez, tenha sido a maior figura da história da Suprema Corte, o Ministro Moreira Alves, ao dizer:

Mas o Ministro Soares Muñoz não decidiu isso. Ele não estava tratando, aqui, de saber se era lei complementar ou não era lei complementar. Tanto que ele disse o seguinte: “Esse decreto-lei, anterior à Constituição Federal em vigor, não

Ives Gandra da Silva Martins e outros intdo.(A/S): Presidente da República, Intdo.(Ais): Congresso Nacional.

<sup>11</sup> Recurso Extraordinário 566.622/RS.

<sup>12</sup> Plenário, Certidão de Julgamento, Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.028, Proced.: Distrito Federal, relator: Min. Joaquim Barbosa, reqte.(S): Confederação Nacional De Saúde-Hospitais, estabelecimentos e serviços – CNS, ADV. (Ais):

<sup>13</sup> Plenário, ação direta de inconstitucionalidade 2028, proced. Df., Rel. Min. Joaquim Barbosa, redatora do acórdão: Min. Rosa Weber, reqte.; Confed. Nac. De Saúde-Hospitais, Estabelecs. e Serviços – cns, adv.(A/s): Ives Gandra da Silva Martins, intdo.: Presidente da República, intdo.: Congresso nacional.

pode, no particular, ser aplicado. *Porque ele impõe uma restrição à imunidade, a qual não se confunde com isenção; uma restrição que não está no texto constitucional". Isso significava dizer o que? Dizer: "Nem lei complementar, nem lei nenhuma, pode impor uma restrição a uma imunidade que decorre da Constituição".*

E, a meu ver, está absolutamente correto. Porque não é possível se admitir que uma lei complementar, *ainda que a Constituição diga que ela pode regular limitações à competência tributária, possa aumentar restrições a essa competência. Ela pode é regulamentar.* -Se é que há o que regulamentar, em matéria de imunidade, no sentido de ampliá-la ou reduzi-la. Porque isso decorre estritamente da Constituição. Quando se diz, por exemplo, "para atender às suas finalidades essenciais", *não é a lei que vai dizer quais são as finalidades essenciais. Quem vai dizer quais são as finalidades essenciais é a interpretação da própria Constituição. Porque Constituição não se interpreta por lei infraconstitucional, mas a lei infraconstitucional é que se interpreta pela Constituição.* De modo que, obviamente, tanto fazia ser lei complementar, como ser lei ordinária, como ser decreto-lei, enfim, qualquer tipo de norma infraconstitucional. O Ministro Soares Muñoz não estava dizendo: "Não. Não pode, porque não é lei complementar". Mas dizia: *Esse decreto-lei impõe uma restrição que não está no texto constitucional*<sup>14</sup>.

A lei complementar, ao definir os requisitos para gozo da imunidade, deve explicitar o que está na Constituição, sendo que os limites da intenção constituinte estão no próprio Texto Constitucional.

De ressaltar que a própria certificação oficial estava prevista em inúmeros dispositivos ora considerados inconstitucionais, o que torna impossível a definição até mesmo de que como poderá a autoridade certificar.

<sup>14</sup> Pesquisas Tributárias – Nova Série n. 5, Processo Administrativo Tributário, coordenação de Ives Gandra Martins, autores: Antonio José da Costa, Antonio Manoel Gonzalez, Dirceu Antonio Pastorello, Diva Malerbi, Edison Carlos Fernandes, Fátima Fernandes Rodrigues de Souza, Fernando de Oliveira Marques, Fernando Facury Scaff, Francisco de Assis Alves, Francisco de Assis Praxedes, Gustavo Miguez de Mello, Helenilson Cunha Pontes, Hugo de Brito Machado, Ives Gandra Martins, José Augusto Delgado, José Eduardo Soares de Melo, Kiyoshi Harada, Luiz Antonio Caldeira Miretti, Marcello Martins Motta Filho, Marco Aurélio Greco, Maria Teresa de Cárcomo Lobo, Marilene Talarico Martins Rodrigues, Moisés Akselrad, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, Plínio José Marafon, Ricardo Lobo Torres, Ricardo Mariz de Oliveira, Sacha Calmon Navarro Coelho, Valdir de Oliveira Rocha, Vinicius T. Campanille, Vittorio Cassone, Wagner Balera e Yoshiaki Ichihara, ed. Centro de Extensão Universitária/Ed. Revista dos Tribunais, 2. ed., 2001, pp. 31-32.

Creio que, no máximo, ainda argumentando pelo absurdo, poderia tal certificação — que, a meu ver, é indevida pelo teor das decisões na ADIN 2028 e seguintes<sup>15</sup> —, apenas referir-se aos requisitos do art. 14 do CTN, assim redigido:

Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; *(Redação dada pela LC nº 104, de 2001)*

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

§ 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos [...] <sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Do julgamento das referidas ADIs é de se lembrar:

"O voto do eminente e saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, no sentido de que "aspectos meramente procedimentais referentes à certificação, à fiscalização e ao controle administrativo continuam passíveis de definição em lei ordinária", como consta da publicação impugnada, foi MINORITÁRIO, somente tendo sido referendado pelos Ministros TOFFOLI, ROSA WEBER e LUIZ FUX.

*Aliás, pelo fato de ter sido declarada inconstitucional toda legislação ordinária que estabelecia os supostos requisitos a serem sindicados para expedir a expedição do certificado* (por exemplo, percentuais de gratuidade ou de atendimento do SUS), há até mesmo uma *impossibilidade material* de a autoridade emitir tal documento" (grifos meus).

<sup>16</sup> O Ministro Teori Zavascki assim se manifestou sobre o referido artigo, que tem eficácia de lei complementar:

"Sem embargo dessas ponderáveis razões, não há como negar a superioridade da tese contrária, que reclama lei complementar para esse desiderato. É que a imunidade se diferencia das isenções, demais figuras de desonerações tributárias, justamente por cumprir uma missão mais nobre do que essas últimas.

A imunidade de contribuições sociais serve não apenas a propósitos fiscais, mas a concussão de alguns objetivos que são fundamentais para a República, como a construção de uma sociedade solidária e voltada para a erradicação da pobreza. Objetivos fundamentais da república não podem ficar à mercê da vontade transitória de governos. Devem ser respeitados, honrados e valorizados por todos os governos, transcendendo a frequência ordinária em que se desenvolve costumeiramente os juízos políticos de

Isto é, se atendidos tais requisitos pelas instituições filantrópicas, comunitárias e confessionais, sem fins lucrativos, não haverá como negar-lhes o direito de gozo das imunidades. E a omissão da autoridade ou a demora em expedir a certificação não pode gerar/implicar a exigência de tributo.

É que a certificação não representa *concessão* da imunidade, mas apenas *reconhecimento* dela. Vale dizer, tal reconhecimento terá sempre eficácia *ex tunc*.

Assim, não vislumbro qualquer perigo de que as imunidades tributárias, de impostos e de contribuições sociais, sejam retiradas das entidades beneficentes de assistência social que preenchem os requisitos mencionados na lei complementar, como decidido nos processos judiciais citados, independentemente ou não de certificação oficial.

## V Da cláusula pétrea

Chegamos, agora, ao ponto nevrálgico deste estudo.

Declara o art. 60, § 4º, inciso IV, da Lei Suprema que:

Art. 60. [...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais.

Todas as garantias e direitos individuais são cláusulas pétreas. Não podem ser modificadas. Já escrevi a respeito:

*Os direitos e garantias individuais conformam uma norma pétrea. Não são eles apenas os que estão no artigo 5º, mas, como determina o § 2º do mesmo artigo, incluem outros que se espalham pelo texto constitucional e outros que decorrem de uma implicitude inequívoca. Trata-se, portanto, de um elenco cuja extensão não se encontra em textos constitucionais anteriores.*

conveniência e oportunidade para desfrutar da dignidade política de Estado, porque é isso o que são.

Ora se é assim, não se pode conceber que fique o regime jurídico das entidades beneficentes sujeitos a flutuações legislativas erráticas não raramente influenciadas por pressões arrecadatórias de ocasião. É inadmissível que tema tão sensível venha a ser regulado, por exemplo, por meio de medida provisória, como já ocorreu” (Sessão de julgamento do dia 04/06/2014, Julgamento das ADIs 2028, 2621, 2228 e 2036, imunidade do art. 195, § 7º, da CF: exigência de LC).

*Tem-se discutido se, de rigor, toda a Constituição não seria um feixe de direitos e garantias individuais, na medida em que o próprio Estado deve assegurá-lo e sua preservação, de rigor, é um direito e uma garantia individual. Toda a Constituição não faz senão garantir direitos individuais, que decorrem, necessariamente, da existência do poder assecutorio (Judiciário), Legislativo (produção de leis), Executivo (executá-las a favor do cidadão).*

*Por esta teoria, a Constituição seria imodificável, visto que direta ou indiretamente tudo estaria voltado aos direitos e garantias individuais*

*Tal formulação, todavia, peca pela própria formulação do artigo, visto que se os organismos produtores, executores e assecutorios do Direito representassem forma indireta de permanência dos direitos e garantias individuais, à evidência, todo o resto do artigo 60 seria desnecessário em face da imodificabilidade da lei suprema. O conflito fala por si só para eliminar a procedência dos argumentos dos que assim pensam.*

*Em posição diversa, entendo que os direitos e garantias individuais são aqueles direitos fundamentais plasmados no texto constitucional --e apenas nele-- afastando-se, de um lado, da implicitude dos direitos não expressos ou de veiculação infraconstitucional, assim como restringindo, por outro lado, aqueles direitos que são assim considerados pelo próprio texto e exclusivamente por ele.*

*Assim sendo, o artigo 150 faz expressa menção a direitos e garantias individuais, como tais conformados no capítulo do sistema tributário. Tal conformação, à evidência, oferta, por este prisma, a certeza de que está ela no elenco complementar do artigo 150 e, por outro, que é tido pelo constituinte como fundamental.*

*Por tal perfil, apenas os direitos e garantias individuais expressamente expostos no artigo da Constituição, seriam cláusulas pétreas [...]”<sup>17</sup>.*

Ora, os direitos das filantrópicas mereceram do constituinte as garantias do art. 150, nelas incluídas as imunidades constitucionais (inciso VI, letra c, e 195, § 7º), o que vale dizer que, quanto a tais contribuintes, não pode haver qualquer emenda constitucional tendente a abolir tais garantias, sendo, portanto, cláusulas imodificáveis, pétreas, inalteráveis. Só pode haver, por emenda constitucional, imposição sobre outras espécies tributárias diferentes daquelas referidas neste parecer, jamais sobre impostos ou contribuições sociais.

É de se lembrar que, embora as imunidades protejam as instituições de educação, de saúde e

<sup>17</sup> *Comentários à Constituição do Brasil*, 4º v. tomo I, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Ed. Saraiva, 1999, pp. 413-415.

de assistência social sem fins lucrativos, de rigor, os direitos mais protegidos são os dos beneficiários de tais instituições, ou seja, estudantes, hipossuficientes e pacientes que sofrem das mais variadas doenças, os quais, infelizmente, não podem contar com os estabelecimentos de saúde pública, notoriamente insuficientes para atender integralmente as necessidades da população brasileira.

A meu ver, nenhuma emenda constitucional pode ser proposta objetivando retirar tais imunidades de tais instituições, desde que atuem sem fins lucrativos, sejam filantrópicas, confessionais ou comunitárias. Gozam elas — as pessoas que as dirigem e que não são suas proprietárias —, assim como de seus estabelecimentos, de direito imodificável quanto a tais garantias vedatórias da imposição. Tanto é assim que, quando da extinção de qualquer estabelecimento imune, seus dirigentes são obrigados a transferir seu patrimônio para outras instituições do mesmo perfil. Suas atividades são, pois, complementares à ação oficial.

Neste aspecto está, portanto, a essência das imunidades, que é a de atrair pessoas físicas a criar estes estabelecimentos em prol da sociedade, objetivando atender três finalidades governamentais de extrema relevância para o desenvolvimento nacional, ou seja, oferecer educação, saúde e assistência social a todos.

Roque Carrazza, no mais profundo livro escrito sobre as imunidades tributárias de instituições filantrópicas, confessionais, comunitárias e sem fins lucrativos, de forma exaustiva, didática e de absoluto rigor científico, demonstra, à sociedade, porque são cláusulas pétreas e porque razão devem ser preservadas, principalmente num momento em que os governos das demais unidades federativas não encontram espaço para atender a imensa necessidade de desenvolvimento educacional e atendimento à população brasileira, no plano da saúde e da educação, por escassez de recursos, nas burras estatais<sup>18</sup>.

## VI Conclusão

Parece-me, pois, ao ler todo o projeto de previdência (PEC 287/2016), que os aspectos levantados neste estudo não foram maculados, continuando

as filantrópicas a serem reguladas pelos princípios constitucionais atrás mencionados, explicitados principalmente pelas decisões das referidas ADIs e do RE de Repercussão Geral, cujos acórdãos não foram ainda publicados.

Por fim, apenas para argumentar pelo absurdo, se possível fosse tributar tais instituições com impostos e contribuições sociais, o que teríamos seria um ensino mais caro e uma saúde mais onerosa para todos os brasileiros, afetando diretamente a população, mormente a de menor renda<sup>19</sup>.

Talvez, por esta razão é que a PEC 287/2016 não tocou no dispositivo chave que garante a imunidade das contribuições sociais, ou seja, o art. 195, § 7º, que permanece inalterado, no projeto governamental de adaptação previdenciária.

Não será, pois, atingindo as instituições sem fins lucrativos, filantrópicas e confessionais e comunitárias, que dão um retorno muito maior do que recebem, que se conseguirá solucionar o problema da Previdência, agravando, por outro lado, o cotidiano de tais instituições de que dependem, em grande parte, a educação e a saúde do País.

Concluo, pois, que a PEC 287/2016 não coloca em risco o gozo das imunidades constitucionais previstas no art. 195, § 7º, e qualquer eventual emenda que pretenda suprimi-las seria inconstitucional, por violadora da cláusula pétreia expressa no art. 60, § 4º, inciso IV, da Carta da República.

<sup>19</sup> Paulo de Barros Carvalho explica:

“Ao coordenar tais ponderações, começa a aparecer o vulto jurídico da entidade. E mister, agora, demarcá-lo, delimitá-lo, defini-lo. Recortamos o conceito de imunidade tributária, única e exclusivamente, com o auxílio de elementos jurídicos substanciais à sua natureza, pelo que podemos exibi-la como a classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição, e que estabelecem, de modo expresse, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno, para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas.

Do exposto, é forçoso concluir que a imunidade não exclui nem suprime competências tributárias, pois estas representam o resultado de uma conjugação de normas constitucionais, entre as quais estão elas, as imunidades tributárias. A competência para legislar, quando surge, já vem com as demarcações que os preceitos da Constituição fixaram, e, dentre eles, os que impedem que certas situações sejam contempladas como hipótese de incidência de tributos, perfazendo proibições fortes, chamadas de imunidades tributárias” (*Imunidades das instituições religiosas*, coordenadores: Ives Gandra Martins e Paulo de Barros Carvalho, divs. Aut. São Paulo: Ed. Noeses, 2015, p. 35).

<sup>18</sup> *Imunidades Tributárias dos Templos e Instituições Religiosas*, Roque Antonio Carrazza, São Paulo: Ed. Noeses, prefácio Ives Gandra Martins, 2015.

## Anotações jurídicas à margem do discurso iluminista

Ronaldo Rebello de Britto Poletti\*

### 1

De uns tempos para cá, em determinados ambientes, o iluminismo tem sido erigido como divisor de águas entre duas épocas. Uma atrasada e de trevas e outra de progresso e luzes. A inércia e o subdesenvolvimento brasileiro seriam explicados pelo iluminismo ausente. Estaríamos em uma fase pré-iluminista. A classificação parece exagerada. O iluminismo não configura por si só um marco divisor da história, embora tenha coincidido com um momento de grandes transformações. Nem todas essas concreções são necessária e diretamente vinculadas ao movimento iluminista, mas encontraram nele uma ocasião propícia. De qualquer maneira, o iluminismo foi um momento que se exauriu, incabível aplicá-lo à contemporaneidade.

O tema, além de amplo, é difícil. Em uma metodologia acadêmica, poderíamos reduzi-lo a alguns aspectos ou a determinado autor. Um campo restrito seria a sua relação com o direito. Se o iluminismo exerceu forte influência sobre as concepções políticas, sem dúvida que teve, também, repercussões na prática e no pensamento jurídicos, bastando lembrar a presença das ideias iluministas no ambiente revolucionário.

A questão do iluminismo é relevante, pois gerou, em cadeia histórica com algumas variações, o cientificismo, o materialismo, o positivismo e o marxismo. Com isso, acabou por questionar e, também, representar uma tentativa antimetafísica. Redundou na impossibilidade de um conceito universal sobre o direito, vale dizer apto a defini-lo como um “ser” comum a todos os tempos e em todos os lugares.

\* Advogado. Jurista. Conferencista. Procurador de Justiça aposentado do Estado de São Paulo. Mestre e doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Professor doutor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB e diretor do Centro de Estudos de Direito Romano e Sistemas Jurídicos e da “Notícia do Direito Brasileiro”, órgão oficial daquela Faculdade. Presidente da União dos Romanistas Brasileiros – URBS. Ex-presidente do Instituto dos Advogados do Distrito Federal – IADF. Ex-consultor-geral da República e ex-consultor jurídico dos Ministérios da Justiça e da Aeronáutica.

Dessa maneira, o iluminismo ensejou a alternativa entre uma postura dogmática, que possibilita aquele conceito e sua construção na história, e um ceticismo, que torna relativo ou, até, impossível uma visão do direito suscetível de identificá-lo como uma permanência. Não obstante as variações do direito, o que se pretende na dogmática é afirmar a tese de que há uma mudança constante sobre uma base que jamais se altera.

Dir-se-á que o direito positivo sempre muda, no tempo e no espaço, e que, por isso, torna-se inviável o seu conceito universal. O direito natural, ao contrário, seria uma permanência. Ocorre que a concepção jusnaturalista também varia na história, conforme entende-se a natureza e o homem nela inserido.

O iluminismo concebe o direito como razão e, em nossa contemporaneidade, com uma certa razão universal.

Fruto do iluminismo, o positivismo filosófico, dito sociológico, reduz o direito ao fato social, enquanto o marxismo o faz depender e mesmo ser decorrer das relações econômicas da produção, além de determinado por uma classe dominante. A visão economicista, não distante da positivista e da marxista, pretende o direito como resultado do fato econômico. Trata-se de um reducionismo cientificista. Pior do que isso, intenta-se trazer para a Jurisprudência categorias meramente econômicas ou sociológicas, alheias ao centro do universo jurídico, embora a economia e o fato social possam nele exercer influências.

### 2

O Iluminismo (Filosofia das Luzes, *Aufklärung*, Esclarecimento, Ilustração) enseja uma discussão crítica, na qual não se afastam aspectos positivos na valorização da ciência e na formulação política (contratualismo, estado liberal, declaração de direitos humanos com base na razão universal).

Impõe-se a referência às revoluções inglesa, americana e francesa. Na gloriosa Revolução de 1689, que, afinal, forneceu as bases do governo parlamentar e os fundamentos para as futuras declarações de direitos, há a presença iluminista de Locke. Na criação

dos EUA, os pais fundadores eram iluministas e maçons, embora o calvinismo dos pioneiros os tenha refreado. Na Revolução francesa é óbvia a influência iluminista.

O iluminismo foi um movimento intelectual europeu (séculos 17 e 18), que se desenvolveu na Alemanha, na Inglaterra e na França, tendo ainda repercussões literária, artística e política.

O objeto de estudo e pretensão iluministas foi a inter-relação entre Deus (religião), natureza, homem e a razão, pela qual a humanidade chegaria ao conhecimento e à felicidade, por intermédio da liberdade.

Afaste-se uma divulgada definição de Kant (*Was est Aufklärung?*), primeiro porque a palavra alemã significa mais “esclarecimento” do que “iluminismo”, “luzes”; segundo porque o texto kantiano tem um cunho individualista (o homem deve pensar livremente em face das imposições religiosas, militares ou políticas); terceiro porque Kant como racionalista ensejou uma problemática (juízos sintéticos apriorísticos), a qual superou a ideia iluminista, além de colocar em crise a proposta de um progresso contínuo e irreversível. Kant levou a razão ao tribunal da própria razão. Escreve Kant:

Esclarecimento é a saída do homem de sua menoridade, da qual ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de fazer uso de seu entendimento sem a direção de outro indivíduo. O homem é o próprio culpado dessa menoridade se a causa dela não se encontra na falta de entendimento, mas na falta de decisão e coragem de servir-se de si mesmo sem a direção de outrem. *Sapere aude!* Tem coragem de fazer uso de teu próprio entendimento, tal é o lema do esclarecimento.

O iluminismo é consequência do racionalismo e da revolução científica, gerando uma teoria materialista do conhecimento e um paradoxo consistente na necessidade científica do empirismo e a sua superação pelo racionalismo kantiano.

As raízes iluministas, como quase tudo na filosofia, estão na Grécia, resgatada pelo Renascimento, o qual voltou a atenção para a Antiguidade greco-romana.<sup>1</sup> O traço distintivo do Ocidente começa com os gregos, que inventaram a prática do raciocínio dedutivo e a ciência da geometria, portanto da matemática pura,

<sup>1</sup> Epicuro (341-270 a. C.) era materialista, escritor preferido de Marx. Lucrécio (98-55 a. C.) autor do poema *Da natureza das coisas*, onde glorifica Epicuro e propõe a libertação do homem em face dos deuses.

mas, também, anteciparam na ciência experimental os métodos modernos.<sup>2</sup>

Para compreender o iluminismo é preciso reportar-se ao Renascimento, que constitui a ruptura com a Idade Média.

O racionalismo já aparecera com Tomás de Aquino, embora o nominalismo (Ockam) se opondo aos universais viesse a ser uma das bases da onda científica posterior. O nominalismo, no plano da política, redundou na formalização dos direitos (declarações positivadas), lastreada, ainda, nas ideias contratualistas liberais.

Na Renascença, o *status* é substituído pelo contrato. O homem ocupa o lugar de Deus. Surgem os humanismos. O lucro se justifica. A razão assume o seu papel na história. Logo, a técnica, a imprensa, o livre exame, a Reforma e a Revolução.

### 3

O racionalismo cartesiano manteve a espiritualidade, mas separou a teologia da ciência para perceber o mundo de maneira clara.<sup>3</sup>

A ciência tem por fim a observação da natureza.<sup>4</sup>

O uso da matemática, como linguagem da física, permite sustentar um sistema que abalou a teoria de Ptolomeu.<sup>5</sup> A Terra se move em torno do Sol. O telescópio confirma a nova astronomia.<sup>6</sup>

A física leva às últimas consequências a matemática como explicação do cosmo.<sup>7</sup> Até hoje se noticiam fenômenos do universo deduzidos de equações matemáticas. Insiste-se que a matemática é a linguagem de Deus.

<sup>2</sup> Cf. Bertrand Russel, *A Civilização Ocidental in O Elogio ao Ócio*, 3. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2002.

<sup>3</sup> Descarte (1596-1650).

<sup>4</sup> Francis Bacon (1561-1626).

<sup>5</sup> Copérnico (1473-1543).

<sup>6</sup> Galileu (1561-1642).

<sup>7</sup> Newton (1642-1727). *Filosofia da natureza pelos princípios matemáticos*.

O princípio da causalidade é questionado.<sup>8</sup> O conhecimento está submetido aos sentidos.<sup>9</sup> Não há ideias. As verdades são meras probabilidades.

A religião deve ser submetida à experiência, que é a fonte de tudo.

A origem do conhecimento está nos sentidos, tal é a assertiva do empirismo. A criança é uma *tabula rasa* e o homem nasce do meio ambiente.<sup>10</sup>

A revolução científica tem, também, aspectos jurídicos e filosóficos: a existência do direito natural independente da religião, fundado na razão e nas necessidades humanas.<sup>11</sup> Aqui a referência a Grócio (1583-1645), que depois de identificar o direito natural com a vontade divina, acaba por laicizá-lo (*O direito da guerra e da paz* – 1625), segundo a fórmula: o direito natural subsistirá sempre ainda que admitamos — o que não se pode fazer sem gravíssima impiedade — que Deus não existisse ou que Ele não se ocupasse da humanidade. Assim o direito natural seria imutável e não poderia ser alterado nem mesmo por Deus. Nessa direção, Grócio exclui do jusnaturalismo todo elemento transcendental e religioso. O fundamento passa a ser a razão.<sup>12</sup>

#### 4

Os efeitos do iluminismo nas ciências sociais e humanas é evidente na observação empírica (Montesquieu) da sociedade e no cientificismo positivista de Comte, além de certa repercussão nas leis universais do cosmo, reveladas a partir de Newton.

Exemplos da repercussão da harmonia universal e do equilíbrio das coisas tanto no cosmo como na vida social podem ser encontrados na mão invisível

(Adam Smith) e na fábula das abelhas (Bernard de Mandeville: vícios privados, benefícios públicos), enfim na base do liberalismo capitalista: *laissez faire, laissez passer que le monde va de lui même*. Revela-se, assim, aplicada à sociedade dos homens a crença ingênua de uma similitude com a ordem cósmica regida por leis invioláveis.

Assim sendo, o Estado liberal, reduzido o direito administrativo à polícia (*L'État gendarme*), age apenas como polícia e, assim, intervém só de maneira excepcional. A única finalidade desse Estado mínimo é a de oferecer a ordem jurídica e de agir como polícia, se necessário. Contra essa ideia, no fundo iluminista, a democracia social ofereceu uma solução jurídica diferente, onde a lei funciona como elemento regulatório das diferenças e das desigualdades, buscando equilibrar a sociedade e a satisfação das necessidades básicas da população, utilizando-se, também, de serviços públicos. O Estado intervencionista interfere na harmonia natural presente na visão iluminista. Além disso, o direito não se reduz a uma mera expressão racionalista ou pretensão científica para considerar a realidade da vida humana nas suas inúmeras dimensões.

Além disso, o iluminismo faz surgir a laicidade do Estado, sem muita originalidade tendo em vista a célebre passagem bíblica em que Jesus deixa claro “dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus.” Aquela ideia iluminista não impediu, todavia, que a Constituição laica republicana considerasse o fato de que homem é um ser religioso. Importante exemplo está na Lei Maior do Brasil (liberdade de culto e de religião, assistência religiosa às Forças Armadas, casamento religioso com efeitos civis, dignidade da pessoa humana, ensino religioso facultativo nas escolas públicas, nome de Deus no preâmbulo, direito à vida). No extremo da laicidade estatal, a Constituição soviética, onde se registrou a liberdade religiosa, mas também a de propaganda antirreligiosa. Nunca é demais lembrar, na exacerbação laica, o viés marxista, pois Marx não somente vê a religião como ópio do povo, como manifesta desprezo pela concepção do homem como um “ser religioso”, sustentando que a prática religiosa constitui uma forma de alienação.

Sob esse ângulo, na França, os autores iluministas da Enciclopédia (contra a religião) eram bastante pretensiosos e projetaram um saber finito e circular. Hoje, a ideia enciclopédica reflete um método precário, sobretudo em filosofia e no direito.

<sup>8</sup> Em tempos recentes, a teoria da indeterminação (Heisenberg), dada a mecânica quântica, coloca em discussão o princípio da causalidade.

<sup>9</sup> Hume (1711-1776) na linha de Locke.

<sup>10</sup> Locke (1632-1704), muito importante para o iluminismo, presença na Revolução inglesa (já mencionada) e na teoria empirista do conhecimento: *nihil est in intellectu quod non fuerit prius in sensu* (nada há no intelecto que não esteja primeiro nos sentidos). Afirmação acrescida em oposição por Leibniz: *nisi ipse intellectu* (a não ser o próprio intelecto).

<sup>11</sup> Hugo Grotius (1583-1645)

<sup>12</sup> Ver Michel Villey, *La Formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2003, p. 538 e ss; Guido Fassò, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Madrid: Ed. Pirâmides, 1968, v. 2, pp. 67 e ss.

O conhecimento em círculos será mesmo insuficiente qualquer seja o campo do conhecimento. Diderot, um escritor querido de Marx, formulou uma teoria da matéria, que explicaria tanto o mal como o bem. Os desdobramentos iluministas são evidentes, na luta contra a religião, a opressão clerical e o regime feudal; na exacerbação da razão e na ideia de um progresso inevitável<sup>13</sup>; no liberalismo; no contrato social como uma hipótese racional e abstrata, no positivismo, no materialismo, no marxismo e sua nova fisionomia na Escola de Frankfurt, a qual sustenta que o projeto da modernidade não estaria acabado, havendo a necessidade de valorizar a razão crítica para tornar possível a emancipação do homem diante da ideologia e da dominação política e da economia. A razão das Luzes precisaria ser criticada, pois ela nada mais é do que um *Logos* dominador expresso no fascismo e no nazismo. A Escola de Frankfurt sustenta a necessidade de um outro verdadeiro *Aufklärung*.<sup>14</sup>

## 5

Necessário, na discussão sobre o iluminismo, mencionar-se o contratualismo, considerando as presenças inafastáveis de Kant, Locke, Hobbes, Rousseau e na repercussão contemporânea de John Rawls (1921-2002).

O contrato social é uma hipótese racional, sem qualquer referência histórica. Nenhum dos contratualistas imaginou o contrato como um fato, homens reunidos debaixo de uma árvore, decidindo criar a sociedade estatal. O mérito do contratualismo é o de deduzir consequências, como os direitos excluídos do pacto pelo qual os indivíduos abririam mão de inúmeros outros. Os direitos reservados, conservados e presentes na realidade pré-contratual, estariam consagrados como direitos humanos invioláveis e, afinal, declarados nas Constituições. Sob outro ângulo, o contratualismo iluminista presume um direito presente na natureza, porém inconveniente para o convívio social juridicizado na sociedade estatal. Toda essa concepção implica a positivização dos direitos, conforme explícitos nas declarações. Esse positivismo

jurídico, embora importante sob o prisma solene da retórica, encontra resistência tanto na diversidade cultural dos povos, como na contradição do mundo da natureza, que o contratualismo liberal tentou regular, onde o homem viveria situado sem as amarras da sociedade política. Na construção contratualista ou sobre a sua base foram elaboradas inúmeras teorias jurídicas voltadas para a concreção do direito, como a do Marquês de Beccaria; o homem como um fim em si, segundo Kant; a norma fundamental de Kelsen; a explicação do direito positivo estatal de Hobbes; a representação parlamentar de Locke e assim por diante.

Uma referência contemporânea está em Rawls e toda a sua influência (Ronald Dworkin – 1931-2013).<sup>15</sup> A posição do professor de Filosofia Política de Harvard é contratualista e liberal, fundada na liberdade, presente na fase pré-contrato, embora desenvolvida e meditada na história, além de base na construção das instituições e de seu funcionamento. Enriquecida pela erudição especulativa, a colocação de Rawls trabalha com elementos sociológicos e revela o espírito constitucional dos Estados Unidos da América em face das deduções possíveis pela Suprema Corte, dada a natureza sintética da Carta americana, suas lacunas e o discurso recuperados dos pais fundadores. A visão é anglo saxônica e reduz o direito à uma judicialização. Além disso, abre a perspectiva para o *Law and Economics*, atropelando as categorias jurídicas construídas pela doutrina.

## 6

Impossível deixar de considerar aspectos religiosos relativos ao iluminismo. O Velho Testamento e as escrituras são rejeitados. Os milagres são afastados diante dos conhecimentos científicos.

A defesa da ciência e da racionalidade crítica voltou-se contra a superstição, incluindo nela a fé e o dogma religiosos. Excluíram-se a revelação e a metafísica, gerando o niilismo, como se possível a filosofia sobre o nada. Tudo precisaria ser provado cientificamente. Daí a condenação do teísmo, a crença em um Deus pessoal dos cristãos. O máximo a admitir-

<sup>13</sup> A ideia de progresso está presente no positivismo. O marxismo elogia a “burguesia progressista”. Em que sentido a ideia de progresso pode ser aceita? Não quanto ao homem de agora, ou o tempo de hoje, ser superior ao do passado.

<sup>14</sup> Theodor W. Adorno e Max Horkheimer, *Dialética do Esclarecimento* – fragmentos filosóficos, Rio: Zahar, 1985.

<sup>15</sup> John Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, São Paulo: Martins Fontes, 1997; Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1999. Ver, também, Amartya Sen, *A ideia de justiça*, São Paulo: Cia. das Letras, 2011 e Richard A. Posner, *Para além do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2009.

## 7

se seria a existência de um princípio criador (deísmo, logo substituído por um panteísmo), o Deus dos filósofos. Deísmo (síntese de Deus, razão e natureza): uma religião natural dos livres pensadores diante da religião cristã. Deus é despersonalizado.

O iluminismo gerou um forte anticlericalismo, que o terror levará até as últimas consequências na Revolução.<sup>16</sup> No entanto, pregou-se a religião civil para preservar a ordem social, como Robespierre na esteira de Rousseau. O genebrino dedicou um capítulo de seu *Do contrato social* à religião civil.

A instrução produziria efeitos morais e ensinaria a liberdade de pensar e de julgar por si mesmo, de maneira independente da autoridade e da tradição. Na política, oposição ao autoritarismo e ao abuso do poder, tão evidentes no absolutismo, diante do qual seriam colocados as liberdades individuais e os direitos do cidadão. O homem emancipar-se-ia pela razão. O progresso seria inevitável. Os iluministas pretendiam-se “inimigos das trevas”, da ignorância, da superstição e do despotismo.

Em face do iluminismo houve uma forte reação religiosa, que pode ser referida a Pascal (1623-1662), expressa na reafirmação do Deus de Abraão, de Isaac e de Jacó, para afastar o deus dos filósofos. A razão humana não pode explicar as últimas questões filosóficas, impõe-se a busca de um moral na revelação cristã. O coração tem razões que a própria razão desconhece.

Com tudo isso, em plena efervescência da Idade das Luzes, voltada contra a religião, despontaram Bach (1685-1750), Händel (1685-1759), Haydn (1732-1808) e Mozart (1756-1791), todos voltados para a glória de Deus e criadores de peças de cunho musical e religioso.

A questão que se coloca, tendo em vista o abalo da religião, consiste em indagar sobre o efeito disso no tocante ao direito. Já se assinalou que a ideia de direito natural se deslocou, então, de uma origem divina, embora presente na criatura humana, para uma redução à razão universal, de concreção impossível por força da diversidade cultural.

<sup>16</sup> Lembre-se o *Écrazez l'infame* de Voltaire. Esmague a coisa repugnante, referindo-se à Igreja Católica.

Sem dúvida que os novos horizontes são os da ciência contemporânea, que alargou de maneira incomensurável o alcance de nossas visões, por intermédio da matemática, da cibernética, da robótica, da informática, da engenharia genética, vale dizer do progresso extraordinariamente veloz da revolução tecnológica.

No entanto, a ciência, por mais avançada que seja, não resolve o mistério do horizonte, nem do homem, nem da vida, enfim, não resolve o problema do Ser.

O horizonte, agora, como antes, será um limite real sempre ao alcance de nossos olhos, jamais acessível aos nossos passos. As experiências naturais são ingênuas se destituídas de conotações míticas e poéticas. Desde a Grécia até hoje estamos expostos ao fascínio dos lugares onde a terra acaba. Jamais o horizonte mítico foi simplesmente o lugar geométrico de todos os pontos em que o céu parece unir-se à terra.<sup>17</sup> Aristóteles admirava o universo físico, mas manifestava espanto, também, diante dos mitos, já milenares à sua época.

O horizonte se reduz à intersecção dos dois componentes cósmicos, a conjunção maravilhosa do céu e da terra. Em toda a literatura grega perpassa esse tema do Oceano-Horizonte e dos limites da terra, a gênese dos deuses, o curso de um rio sem princípio nem fim. O Oceano como gênese de todas as coisas.<sup>18</sup> Sempre o princípio masculino (céu) e feminino (terra).<sup>19</sup>

O Sol ultrapassa esses limites, visíveis e inacessíveis, na transposição mítica em que todos os dias ele emerge do Oceano, ao amanhecer, e nele imerge, ao anoitecer. Nessa trajetória, fixa os pontos do Oriente e do Ocidente.

Parmênides, no poema em que funda a metafísica, logo dá a entender que o horizonte extremo é o único lugar adequado à revelação do Ser, como unidade

<sup>17</sup> Cf. Eudoro de Sousa, *Horizonte e Complementariedade*: ensaio sobre a relação entre mito e metafísica, nos primeiros filósofos gregos. São Paulo: Duas Cidades, 1975.

<sup>18</sup> Ver várias passagens de Homero na *Iliada* e na *Odisseia*.

<sup>19</sup> Eurípedes escreveu os seguintes versos: “O mito não é meu, vem de minha mãe: / Céu e Terra eram uma forma só. / Um vez separados foram em dois, / geraram todas as coisas e as deram à luz / - árvores, pássaros, animais da terra, aqueles que o mar sustenta, / e a estirpe dos mortais.” (*apud* Eudoro de Sousa, op. cit.).

dos contrários, representados pelas duas potências cosmogônicas, Luz e Noite.<sup>20</sup>

Hesíodo, em seu poema sobre a origem dos deuses, fala daqueles que “a Terra e o Céu geraram”, assinalando que “Primeiro, a Terra gerou, igual a si mesma, / O Céu estrelado, para que a cobrisse toda inteira.”<sup>21</sup>

Dessa maneira, os novos horizontes são os antiqüíssimos horizontes míticos-poéticos-filosóficos. Não se referem nem aos avanços da ciência, por maiores que sejam, nem a quaisquer conjunturas do mundo, senão à permanência do homem e da sua busca constante de ver a verdade além do horizonte físico.

Mais do que isso, não há oposição entre a razão e a fé, como demonstra a Encíclica *Fides et Ratio*.

Valorize-se a razão, sem superexaltá-la. A razão pode alcançar parte da verdade, não toda a verdade.

Nunca é demais lembrar a frase de Chesterton: o louco é o homem que perdeu tudo, menos a razão.

O Direito meramente racional é também insuficiente. A lógica necessária tanto para a ciência como para o exame dos problemas jurídicos, no caso da Jurisprudência é insuficiente. Impõe-se na vida jurídica a lógica humana, o Logos do razoável (Recaséns Siches).

A insuficiência do conhecimento científico coloca-se, também, em relação ao direito. A rigor, há duas disciplinas jurídicas fundamentais: a ciência do direito e a filosofia do direito. O problema está em que o desprestígio da filosofia no século XIX em face do cientificismo sociológico proporcionou, de um lado, uma reação filosófica e, de outro, a busca de um lugar próprio para a ciência jurídica, debilitada pela onda que transformava o direito em mero capítulo da sociologia. Kant já havia separado os objetos do

estudo jurídico: *quod ius?* (questão filosófica) e *quid iuris?* (a indagação diante do direito positivado). Já no século XX, aparece Kelsen com o evidente propósito de situar o objeto próprio do fenômeno jurídico em um campo fora do alcance tanto da axiologia filosófica como da sociologia e da política. Daí sua *Teoria Pura* e o normativismo. Vivemos, também aqui, um paradoxo, pois salta aos olhos que o esforço kelseniano, com todas as suas virtudes, não resolve o problema fenomênico jurídico e, portanto, tal como a ciência em geral não é suficiente. A pretensão científica do direito, que já buscava autonomia no século XVII, para colocar-se como “ciência” no sentido moderno, não logrou ocupar o lugar de algo que na antiguidade era muito mais abrangente: a *jurisprudencia*, o conhecimento de todas as coisas humanas e divinas, a ciência do justo e do injusto.

## 8

Quereis saber que é o direito? Indagai que é o homem. Os romanos já haviam proclamado, desde o Edito Perpétuo de Sálvio Juliano, sob o imperador Adriano, que o estudo jurídico começa pelas “pessoas” e, na frase de Hermogeniano, “todo o direito foi estabelecido por causa dos homens”.<sup>22</sup>

A visão iluminista do homem é, no mínimo, ingênua, porque irreal: o bom selvagem, a *tabula rasa*, puramente racional, em permanente progresso, capaz de tudo conhecer e de ser feliz pelo exercício de sua plena liberdade. Tal visão não compreende a realidade humana, tão extraordinária e repleta tanto de virtudes como de vícios, de gestos de amor e da maiores torpezas, toda uma realidade, que não se permite ao direito desconsiderar. Há na pretensão iluminista uma parcialidade decorrente do cientificismo, pois vislumbra apenas uma parte do homem, não ele todo.

O homem é o centro da filosofia. A ideia central do pensamento filosófico atual reside na ideia da finitude radical do homem: coisa abandonada ao seu próprio estatuto.

O problema básico da filosofia é o da origem, da natureza e do destino humanos, por aí é que devem os filósofos começar as suas reflexões.

O ideal do homem não é o super-homem, porém o homem integral, sendo inconcebível qualquer

<sup>20</sup> “[...] quando se apressavam a enviar-me / as filhas do Sol, deixando as moradas da Noite, / para a luz, das cabeças retirando com as mãos os véus. / É lá que estão as portas aos caminhos de Noite e Dia, / [...] Mas desde que todas as (coisas) luz e noite estão denominadas, / e os (nomes aplicados) a estas e aquelas segundo seus poderes, / tudo está cheio em conjunto de luz e de noite sem luz, / das duas igualmente, pois de nenhuma (só) participa nada. / [...]” Cf. Parmênides de Eléia (cerca de 530-460 a.C.), *Fragmentos*. Trad. José Cavalcante de Souza, in *Os Pré-Socráticos* (col. Os Pensadores), São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1973.

<sup>21</sup> Hesíodo. *Teogonia (A origem dos deuses)*. 3. ed. Trad. Jan Torrano. São Paulo: Iluminuras, 1995. Os versos citados são 125 e 126, mas preferi a tradução na citação de Eudoro de Sousa.

<sup>22</sup> *Digesto*, 1. 5. 2.

limitação. Ele não é, apenas, um ser racional e livre, nem o *homo faber* dos positivistas, nem o homem dionísíaco, nem o *sapiens*, nem o homem máquina (La Mettrie), nem o homem-poder (Maquiavel) ou o homem libido de Freud ou o econômico de Marx. Essas são ideias de coisas.<sup>23</sup> Essas conclusões, posto que suscetíveis de serem verdades, acabam por reduzir a consciência do homem sobre si próprio. Diminuição que em vez de trazer esclarecimento sobre o fenômeno humano, retiram dele a sua dimensão maior consubstanciada na ideia de pessoa e sua transcendência espiritual.

As ciências particulares somente são capazes de examinar parte do homem e não ele como “ser” em si.

O avanço esclarecedor do homem sobre ele próprio somente acarretou uma visão que o diminuiu. Primeiro, Copérnico (a terra do homem não é o centro do universo). Depois, Marx (dependência humana de desumanas condições sociais). Em seguida, Darwin (origem humana de esfera sub-humana); Freud (a consciência funda-se no subconsciente instintivo).<sup>24</sup>

## 9

Dentro da onda iluminista, criou-se a ideia, quase um jargão, da Idade Média como idade das trevas. Tem sido trivial, mesmo em ambiente presumidamente de intelectuais, a qualificação da Idade Média como das trevas e outras referências pejorativas aplicadas, sem distinção, a vários aspectos da vida. Nessa toada, aquela idade teria tudo maculado o direito e a filosofia. Ela seria expressão de um atraso imperdoável e as provas disso seriam a inquisição, as cruzadas, a ignorância, a religião, o atraso científico e assim por diante. Não raro o discurso antimoderno chega ao deboche. Quando não desonestas ou de má-fé, por motivações ideológicas, as aleivosias são compreensíveis e a ignorância explicável. Os iluministas, pretensiosos, arvoraram-se em donos do esclarecimento: “nós somos a idade das luzes, em substituição à idade medieval, a das trevas”.

Não faz sentido atribuímos escuridão à Idade Média. Nossa época fez duas guerras mundiais, para não falar dos conflitos locais, vitimando milhões de pessoas, na maioria civis; implantamos os regimes totalitários mais terríveis; praticamos o racismo; ensinamos e executamos o *Shoá*; inventamos os

campos de concentração; jogamos duas bombas atômicas em cidades, onde não havia um único soldado; bombardeamos e destruímos Dresden e inúmeras cidades históricas, sem nenhum objetivo militar, quando a guerra já estava ganha pelos aliados; torturamos presos comuns e políticos; causamos danos ecológicos irreversíveis; presenciamos omisso uma fome inigualável na história; vemos surgir fanáticos fundamentalistas religiosos e suas nefastas influências e ações; implantamos em uma escala mundial o terrorismo, que não faz qualquer revolução e vitima pessoas comuns sem vínculo com o poder. Com todos esses pecados e muitos outros contra a humanidade, acoimamos de trevas a Idade Média!

Aquele período que corresponde, aproximadamente, a dez séculos, não oferece uma característica única que o defina. A própria expressão Idade Média é equívoca e ambígua. Os italianos, no Renascimento, jactando-se de si próprios, criaram o termo. Nós, diziam eles, somos o ressurgir da Antiguidade com todo o seu esplendor, e, entre nós e o mundo antigo, que é que existe? E respondiam: um *medioevo*.

Ninguém, hoje, admite negar luzes a um período que deu ao mundo as catedrais românicas e góticas, construídas não pela especulação do capital, mas pela própria comunidade; criou a Universidade, uma organização cultural inédita na história. Como trevas, com tantos intelectuais?<sup>25</sup> Como afirmar a falta de luz em uma época que nos legou Dante Alighieri, tido por muitos como o escritor mais universal de todos os tempos, precedendo a Shakespeare, pois o florentino abarcou a sua contemporaneidade, os tempos antigos e antecipou a modernidade, incluindo a laicidade da política e a reforma protestante. Como não ver luz nos teólogos e filósofos medievais, os maiores de todos os tempos depois dos gregos? Afinal aqueles homens resgataram todo o legado da Grécia e conseguiram a inimaginável conciliação entre o pensamento dos povos pagãos com a nova religião do Cristianismo,

<sup>23</sup> Max Scheler, *Revista do Ocidente*, t. 17, n. 50, ago. 1927

<sup>24</sup> Hans Küng, *Ser Cristão*. Rio de Janeiro: Imago, 1976, pp. 25-6

<sup>25</sup> Ver os livros de Jacques Le Goff, *Os Intelectuais na Idade Média*, trad. Marcos de Castro, Rio de Janeiro: José Olympio, 2003; *Uma Longa Idade Média*, trad. Marcos de Castro, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008; *L'Europe est-elle née au Moyen Age?*, Paris: Éditions du Seuil, 2003; *A Civilização do Ocidente Medieval*, trad. José Rivair de Macedo, Bauru: Edusc, 2005; *Em busca da Idade Média*, trad. Marcos de Castro, 2. ed., Rio de Janeiro: 2006; São Luís-Biografia, trad. Marcos de Castro, 3. ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Editora Record, 2002.

cuja compatibilidade com a cultura grega é evidente, além de preservar as filosofias árabe e judaica. Até a inquisição medieval, eminentemente religiosa, foi muito menos grave nos seus nefastos métodos do que a inquisição dos tempos pós-medievais, instrumento sobretudo do poder temporal.

Necessárias algumas alusões, como as feitas por Etienne Gilson.<sup>26</sup> Que seria de nós e de nossa filosofia sem os padres gregos e latinos, sem Boécio e Gregório, o Grande? Sem os judeus helenizados de Alexandria? Sem João Escoto Erígena, o irlandês que revolucionou a relação entre a fé e a razão? Ou a Escola de Chartres, Abelardo e Heloísa? Não dá para falar de todos, mas sejam lembrados os nomes de Agostinho e de Tomás de Aquino; de Guilherme de Ockam e Duns

Scoto, sem os quais não teria havido o nominalismo em oposição aos universais, resultando, em última análise, na formalização das declarações de direitos e no positivismo, aspectos discutíveis do nosso tempo.<sup>27</sup>

Há muitos outros nomes. Os juristas medievais nada ficam devendo aos do iluminismo e, em muitos aspectos, lhe são superiores. Como exemplo, nos séculos 5 e 6, Isidoro de Sevilla, autor de importante obra enciclopédica, *Etymologiae*, e as *Sententiae*, material extraído de textos *justinianeus*. Há muitos outros, como os glosadores dos séculos 12 e 13 e Bártolo de Sassoferato (1314-1357), considerado um dos maiores juristas de todos os tempos.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Etienne Gilson, *A Filosofia na Idade Média*, São Paulo: Martins Fontes, 1995.

<sup>27</sup> Mais sobre a vida medieval está no v. 2 da *História da Vida Privada*, org. de Philippe Ariès e Georges Duby, São Paulo, Cia. das Letras, 1990.

<sup>28</sup> Ver Guido Fassò, op. cit. v. I, pp. 145 e ss.

Presidência da República  
Casa Civil  
Subchefia para Assuntos Jurídicos

**Lei 13.440, de 08/05/2017.**

Altera o art. 244-A da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Publicada no *DOU* de 09/05/2017.

**Lei 13.441, de 08/05/2017.**

Altera a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para prever a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente.

Publicada no *DOU* de 09/05/2017.

**Lei 13.443, de 11/05/2017.**

Altera a Lei 10.098, de 19 de dezembro de 2000, para estabelecer a obrigatoriedade da oferta, em espaços de uso público, de brinquedos e equipamentos de lazer adaptados para utilização por pessoas com deficiência, inclusive visual, ou com mobilidade reduzida.

Publicada no *DOU* de 12/05/2017.

**Lei 13.446, de 25/05/2017.**

Altera a Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, para elevar a rentabilidade das contas vinculadas do trabalhador por meio da distribuição de lucros do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e dispor sobre possibilidade de movimentação de conta do Fundo vinculada a contrato de trabalho extinto até 31 de dezembro de 2015.

Publicada no *DOU* de 26/05/2017.

**Lei 13.448, de 05/06/2017 (mensagem de veto).**

Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública Federal, e altera a Lei 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

Publicada no *DOU* de 06/06/2017.

**Lei 13.451, de 16/06/2017 (mensagem de veto).**

Dispõe sobre a competência da Superintendência da Zona Franca de Manaus (Suframa) para regular e controlar a importação e o ingresso de mercadorias, com incentivos fiscais, na Zona Franca de Manaus, nas áreas de livre comércio e na Amazônia Ocidental e institui a Taxa de Controle de Incentivos Fiscais (TCIF) e a Taxa de Serviços (TS).

Publicada no *DOU* de 19/06/2017.

### Lei Complementar 159, de 19/05/2017.

Institui o Regime de Recuperação Fiscal dos Estados e do Distrito Federal e altera as Leis Complementares 101, de 4 de maio de 2000, e 156, de 28 de dezembro de 2016.

Publicada no *DOU* de 22/05/2017.

### Medida Provisória 778, de 16/05/2017.

Dispõe sobre o parcelamento de débitos junto à Fazenda Nacional relativos às contribuições previdenciárias de responsabilidade dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Publicada no *DOU* de 17/05/2017.

### Medida Provisória 779, de 19/05/2017.

Estabelece critérios para a celebração de aditivos contratuais relativos às outorgas nos contratos de parceria no setor aeroportuário.

Publicada no *DOU* de 22/05/2017.

### Medida Provisória 780, de 19/05/2017.

Institui o Programa de Regularização de Débitos não Tributários junto às autarquias e fundações públicas federais e à Procuradoria-Geral Federal e dá outras providências.

Publicada no *DOU* de 22/05/2017.

### Medida Provisória 783, de 31/05/2017.

Institui o Programa Especial de Regularização Tributária junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Publicada no *DOU* de 31/05/2017.

### Medida Provisória 784, de 07/06/2017.

Dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários e dá outras providências.

Publicada no *DOU* de 08/06/2017.

### Decreto 9.047, de 10/05/2017.

Altera o Decreto 7.246, de 28 de julho de 2010, que regulamenta a Lei 12.111, de 9 de dezembro de 2009, que dispõe sobre o serviço de energia elétrica dos Sistemas Isolados, as instalações de transmissão de interligações internacionais no Sistema Interligado Nacional – SIN, e dá outras providências.

Publicado no *DOU* de 11/05/2017.

**Decreto 9.048, de 10/05/2017.**

Altera o Decreto 8.033, de 27 de junho de 2013, que regulamenta o disposto na Lei 12.815, de 5 de junho de 2013, e as demais disposições legais que regulam a exploração de portos organizados e de instalações portuárias.

Publicado no *DOU* de 11/05/2017.

**Decreto 9.057, de 25/05/2017.**

Regulamenta o art. 80 da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

Publicado no *DOU* de 26/05/2017.

**Decreto 9.069, de 31/05/2017.**

Altera o Decreto 9.013, de 29 de março de 2017, que regulamenta a Lei 1.283, de 18 de dezembro de 1950, e a Lei 7.889, de 23 de novembro de 1989, que dispõem sobre a inspeção industrial e sanitária de produtos de origem animal.

Publicado no *DOU* de 1º/06/2017.



Prezado leitor, consulte os acórdãos na íntegra das respectivas ementas publicadas nesta edição em nosso endereço eletrônico [www.trf1.jus.br](http://www.trf1.jus.br), *link* jurisprudência/inteiro teor.

## Segunda Seção

*Penal. Processual Penal. Embargos infringentes. Descaminho. Princípio da insignificância. Execuções fiscais. Fazenda Nacional. Portarias. Ministério da Fazenda. Valor mínimo atualizado. Supremo Tribunal Federal. Novo entendimento.*

I. Esta Corte, alinhando-se ao Supremo Tribunal Federal, tem admitido a incidência do princípio da insignificância nos casos de descaminho em que o tributo devido é considerado irrelevante pela Fazenda Nacional, nos termos do art. 20 da Lei 10.522/2002, que prevê o arquivamento das execuções fiscais de débitos cujos valores consolidados sejam iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

II. Com a edição das Portarias 75/2012 e 130/2012 do Ministério da Fazenda, o parâmetro foi alterado para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

III. O STF, por intermédio de ambas as Turmas, passou a adotar R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) como a quantia suscetível de insignificância penal no descaminho, pois adota como fundamento para avaliar atipicidade da conduta o *quantum* objetivamente estipulado como parâmetro para atuação do Estado em matéria de execução fiscal: o valor do tributo devido. Precedentes: HC 134482/AGr/SP, HC 136769/PR.

IV. Embargos infringentes providos.

(Embargos Infringentes e de Nulidade 0000177-18.2013.4.01.3500/GO, rel. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada), unânime, *e-DJF1* de 19/05/2017, p. 42)

*Processual Penal. Conflito negativo de competência. Princípio da perpetuatio jurisdictionis. Art. 43 do NCPC. Resolução Presi 46/2015. Recebimento da denúncia.*

I. Conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Sete Lagoas/MG em face do Juízo Federal da 35ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, que, após distribuição da denúncia, mas antes do recebimento da mesma, teria encaminhado os autos ao Juízo da 35ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, que, não obstante, lhe devolveu o processo.

II. A Resolução Presi 46/2015 modificou a competência territorial da Vara Única da Subseção Judiciária de Sete Lagoas/MG.

III. Cuida-se, pois, de competência relativa, regida pelo princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, salientando que “O Código de Processo Penal é omissivo quanto a essa questão devendo ser aplicado, por analogia o princípio da *perpetuatio jurisdictionis* (art. 43 do novo CPC), por força do disposto no art. 3º do CPP” (CC 0036979-34.2016.4.01.0000/MG, rel. Desembargadora Federal Mônica Sifuentes, rel. Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler (convocado), Segunda Seção, *e-DJF1* de 24/02/2017).

IV. A indigitada resolução não suprimiu órgão judiciário ou alterou competência absoluta, razão pela qual deveria ser mantida a competência do juízo para o qual foi originariamente distribuída a ação penal, ou seja, a Vara Única da Subseção Judiciária de Sete Lagoas.

V. Seria forçoso, portanto, o reconhecimento da inaplicabilidade da Resolução Presi 46/2015 às ações penais distribuídas antes do início de sua vigência, como, aliás, bem destaca o Ministério Público Federal.

VI. A Segunda Seção desta Corte, todavia, conforme se confere do seguinte precedente entendeu que: “Após o oferecimento da denúncia, a superveniente exclusão do Município de Pequi/MG - lugar de consumação - da base territorial do Juízo de Sete Lagoas/MG (Resolução Presi 46, de 30/11/2015), antes de recebida a peça acusatória, retira-lhe, também, a competência para o exercício do juízo de admissibilidade da inicial acusatória, agora pertencente a

uma das Varas Federais da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais” (CC 0068553-75.2016.4.01.0000/MG, rel. Desembargadora Federal Mônica Sifuentes, rel. Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler (convocado), Segunda Seção, e-DJF1 de 24/02/2017).

VII. Na hipótese, o juízo suscitante bem registrou que, após a vigência da Resolução Presi 46/2015, a peça acusatória ainda não tinha sido recebida.

VIII. Competência do juízo suscitado.

(Conflito de Competência 0013930-27.2017.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Néviton Guedes, unânime, e-DJF1 de 25/05/2017, p. 7)

## Terceira Seção

*Processual Civil. Conflito de competência. Juizado especial federal e juízo federal comum. Ação de reintegração de posse. Intervenção de terceiro. Assistência simples. Art. 10 da Lei 9.099/1995. Descabimento no juizado especial.*

I. A competência dos juizados especiais federais é absoluta e fixada, em regra, pelo valor da causa, consoante disposto no art. 3º da Lei 10.259/2001. Entretanto, não se admite a intervenção de terceiros ou qualquer tipo de assistência nas causas julgadas pelos juizados especiais, pois não correspondem elas à celeridade do procedimento adotado nesses juizados especiais (Lei 9.099/1995, art. 10).

II. Na hipótese, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) e a Fundação Cultural Palmares foram admitidos como assistentes simples, circunstância que faz deslocar a competência para a vara comum.

III. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso, suscitado.

(Conflito de Competência 0049765-47.2015.4.01.0000/MT, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, unânime, e-DJF1 de 07/06/2017, p. 3.870)

## Primeira Turma

*Processual Civil e Administrativo. Servidor público. Antigos auditores fiscais da Previdência Social, aposentados e pensionistas. Gratificação de Incremento da Fiscalização e da Arrecadação (Gifa). Execução. Legitimidade ativa da associação impetrante do mandado de segurança coletivo. Súmula 629 do STF. Limitação dos cálculos à implantação do subsídio. Prosseguimento da execução. Honorários advocatícios.*

I. Cuida-se de decisão proferida na regência do CPC de 1973, sob o qual também foi manifestado o recurso, e conforme o princípio do isolamento dos atos processuais e o da irretroatividade da lei, as decisões já proferidas não são alcançadas pela lei nova, de sorte que não se lhes aplicam as regras do CPC atual, inclusive as concernentes à fixação dos honorários advocatícios, que se regem pela lei anterior.

II. Execução de sentença proferida em mandado de segurança coletivo impetrado pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social (Anfip) para o fim de assegurar, conforme consta na petição inicial, em favor dos seus associados (listagem no doc. 2), pensionistas, aposentados e em vias de se aposentar [...], a percepção da Gratificação de Incremento da Fiscalização e da Arrecadação (Gifa), instituída pela Lei 10.910, de 2004. A ação mandamental foi proposta, em 13/12/2004, em favor de milhares de pensionistas e aposentados pertencentes à antiga categoria funcional de auditor fiscal da Previdência Social, categoria então representada pela Anfip ao tempo da impetração, tendo figurado inicialmente no polo passivo do mandado de segurança autoridade do INSS, autarquia que foi neste Tribunal excluída do processo, nele permanecendo apenas a União.

III. A Constituição confere tratamento diferenciado ao mandado de segurança coletivo, cuja impetração por parte de associação prescinde de autorização dos substituídos, conforme inciso LXX do seu art. 5º, e, portanto, de que se apresente lista de beneficiários — que foi, porém, apresentada —, razão pela qual todos os servidores aposentados e que pertenciam à antiga carreira de auditoria fiscal da Previdência Social, e os pensionistas, na data da impetração, conforme sentença irrecorrida nessa parte, são beneficiários da sentença e podem executar o crédito dela decorrente, em nome próprio, assim como tem para esse fim legitimidade a própria associação substituta. Precedentes do STF e do STJ declinados no voto. Nos termos da Súmula 629 do STF, a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.

IV. Enquanto não assegurada a completa isonomia entre ativos e inativos e pensionistas, o que não se completou com a Lei 11.356/2006 (conversão da Medida Provisória 302/2006), mas apenas com a Lei 11.890/2008 (conversão da Medida Provisória 440/2008), após a adoção do regime de subsídio de remuneração, as diferenças de Gifa são devidas aos beneficiários da sentença. O que se determinou, quanto a essa limitação, foi que se aplicasse a legislação vigente em cada momento da relação jurídica entre servidor aposentado ou pensionista e a União, consoante a cláusula *rebus sic stantibus*, própria das sentenças da espécie.

V. A lei de instituição do subsídio dos auditores fiscais da Receita Federal do Brasil, cargos nos quais foram transformados os de auditores fiscais da Previdência Social, determinou a extinção de várias parcelas remuneratórias, de modo que não se pode trazer para o processo coletivo concernente à Gifa toda discussão sobre eventual redução de remuneração, caso em que deveria ser paga parcela complementar de subsídio, convertendo esse mandado de segurança coletivo juízo universal para solução de todas as pendências relativas aos proventos dos beneficiários.

VI. Por igual, não cabe na execução da sentença proferida no mandado de segurança coletivo determinar que a Gifa se inclua na base de cálculo da vantagem auferida por algum aposentado ou pensionista, nos termos do art. 184, inciso II, da Lei 1.711, de 1952, assegurada pelo art. 250 da Lei 8.112, de 1990, porque na ação se discutiu apenas o direito de os beneficiários da sentença auferirem a Gifa nas mesmas condições que os servidores em atividade. Eventual direito a essa vantagem e sua base de cálculo devem ser objeto de ação própria, e não de execução de sentença, que dela não tratou.

VII. Os cálculos efetivados pela Contadoria, com a exclusão dos casos da vantagem de que trata o art. 184, II, da Lei 1.711, de 1952, devem ser prestigiados, porque atentos aos parâmetros fixados pelo juízo da execução.

VIII. Correção monetária e juros de mora bem fixados, nos termos da jurisprudência predominante, especialmente do REsp 1.270.439/PR, relator Ministro Castro Meira, adotado no regime de recurso repetitivo.

IX. Tendo em vista a sucumbência mínima da parte embargada, condeno a embargante nos honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor pretendido excluir da execução, observado o disposto no art. 85, §§ 3º e 5º, do Código de Processo Civil.

X. Apelação da União provida, em parte; apelação dos credores provida, em parte; agravo retido prejudicado.

(Apelação Cível 0026933-39.2014.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira, unânime, e-DJF1 de 04/05/2017, p. 529)

## Segunda Turma

*Previdenciário e Processual Civil. Benefício de amparo social à criança portadora de deficiência em situação de risco social. Art. 203, V, CF/1988. Lei 8.742/1993. Necessidade de intervenção do Ministério Público. Anulação da sentença.*

I. Trata-se de pedido de concessão do benefício assistencial disciplinado pela Lei 8.742/1993 em favor de menor.

II. A parte postulante é pessoa incapaz, o que justifica a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público, nos termos do art. 178, inciso II, do CPC, cuja falta implica, em regra, em nulidade dos atos processuais praticados após a contestação.

III. Em razão do evidente prejuízo, é inaplicável a teoria do *pás de nullité sans grief* se os autos foram remetidos a esta Corte Recursal por força de recurso voluntário contra sentença de *improcedência do pedido*.

IV. Sentença anulada, de ofício, com a determinação de retorno dos autos à origem, para a regular instrução do feito, a fim de que seja intimado o Ministério Público para atuar como fiscal da lei.

V. Apelação da parte-autora prejudicada.

(Apelação Cível 0067160-71.2013.4.01.9199/MG, rel. Des. Federal Francisco Neves da Cunha, unânime, e-DJF1 de 19/05/2017, p. 1.673)

## Terceira Turma

*Processual Civil. Agravo de instrumento. Execução de título judicial. Intervenção. Assistente. CPC/2015, art. 119. Lei 9.469/1997, art. 5º. Município. Áreas de uso comum. Titularidade. Comprovação. Indenização. Levantamento de valores.*

I. O CPC/2015, repetindo dispositivo do CPC/1973, prevê a possibilidade de intervenção do terceiro juridicamente interessado em processo do qual não fez parte, sendo a assistência admitida “em qualquer procedimento e em todos os graus de jurisdição, recebendo o assistente o processo no estado em que se encontra” (parágrafo único do art. 119).

II. A Lei 9.469/1997, no parágrafo único do art. 5º, estabelece que as “pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes”.

III. Caso em que o município/agravante deve ser admitido nos autos principais, como assistente da parte executada, ICMBio, por estar comprovado que as decisões lá proferidas têm reflexos de natureza econômica no seu alegado direito à indenização, devendo receber “o processo no estado em que se encontre”.

IV. Com a aprovação e o registro de loteamento, incorporam-se à municipalidade as áreas destinadas ao uso comum, composta por vias, praças, espaços livres e áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, sendo que a consequência da desapropriação de tal área é a sua justa indenização em favor do município.

V. O município está sendo admitido no processo executório, na qualidade de assistente do polo passivo e intervém na lide também em razão de possuir direito próprio, podendo levantar valores que ainda estão à disposição do juízo *a quo* e foram depositados a título de indenização da área expropriada.

VI. Agravo de instrumento provido.

(Agravo de Instrumento 0018214-49.2015.4.01.0000/MG, rel. Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli, (convocada), unânime, e-DJF1 de 19/05/2017, p. 1.516)

*Penal e Processo Penal. Arts. 238 e 239 da Lei 8.069/1990 (ECA). Paga ou recompensa para entrega de criança. Promover ou auxiliar o envio de menor para o exterior sem observância das formalidades legais. Crime formal. Inexigência para sua consumação da saída do menor do País. Materialidade e autoria do crime comprovadas. Sentença absolutória reformada.*

I. Os atos da acusada, consubstanciados em prometer pagamento ou recompensa pela entrega de criança e promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança para o exterior, sem a observância das formalidades legais, constituem os crimes previstos nos arts. 238 e 239 do ECA.

II. Mostra-se prematura a absolvição sumária da acusada. O contexto probatório aponta no sentido de que a ré tentou forjar um regular processo de adoção internacional, com a nítida finalidade de promover a saída ilegal de menor do País.

III. O crime de que trata o art. 239 do ECA é formal, não se exigindo para sua consumação a saída do menor do País. Basta, para tanto, que o ato destinado ao envio do menor para o exterior não observe as formalidades legais ou que tenha o agente o objetivo de lucro.

IV. Sentença reformada. Retorno dos autos para prosseguimento da instrução criminal.

V. Apelação do Ministério Público Federal provida.

(Apelação Criminal 0003290-50.2009.4.01.3813/MG, rel. Des. Federal Ney Bello, unânime, *e-DJF1* de 19/05/2017, p. 2.230)

*Processual Civil. Exceção de impedimento. Hipóteses do art. 147 do Código de Processo Civil. Numerus clausus. Cônjuge não integra o rol. Exceção rejeitada.*

I. A exceção por impedimento ocorre quando a pessoa física que ocupa o cargo de magistrado, em virtude de fatos concretos diretamente relacionados com a demanda, se torna incompatível para julgar um determinado processo. O magistrado, em virtude de determinadas situações pode correr o risco de deixar de julgar com a imparcialidade necessária, beneficiando uma das partes da demanda.

II. As hipóteses de impedimento e suspeição previstas no Código de Processo Civil são de *numerus clausus*, não havendo como alagar tais situações para abarcar outras não previstas naquele diploma legal, sob pena de completo desrespeito ao princípio constitucional implícito do juiz natural. Precedentes do STF e TRF1.

III. Tendo o art. 147 do CPC se referido apenas a parentes, não o fazendo em relação a cônjuges, não cabe ao interprete fazê-lo. Quando o legislador ordinário quer fazer menção ao cônjuge nas hipóteses de impedimento e suspeição o faz de forma expressa, haja vista as previsões contidas nos arts. 144 e 145 do CPC bem como no art. 252 do Código de Processo Penal.

IV. Exceção de impedimento rejeitada.

(Incidente de Impedimento 0002761-46.2017.4.01.3200/AM, rel. Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada), unânime, *e-DJF1* de 31/05/2017, p. 1.220)

*Processual Penal. Habeas corpus. Crime de estelionato majorado. CP, art. 171, § 3º. Concurso de pessoas. CP, art. 29. Crime continuado. CP, art. 71. Organização criminosa. Lei 12.850/2013, art. 2º. Ré solta. Medidas cautelares menos gravosas. Sentença condenatória. Prisão preventiva. Redecretação. CPP, art. 318, inciso V. Mulher. Filho menor de 12 anos. Comprovação. Construção cautelar. Substituição por domiciliar. Possibilidade. Ordem parcialmente concedida.*

I. A segregação cautelar é medida excepcional, por isso que, privando o réu de seu *jus libertatis* antes do pronunciamento condenatório definitivo, só pode ser decretada se expressamente justificada sua real indispensabilidade.

II. Consoante os termos do art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal, poderá o juiz substituir a prisão preventiva por domiciliar quando o agente for mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Referida disposição não tem caráter meramente objetivo e automático, competindo ao magistrado examinar as peculiaridades do caso concreto, conforme os termos do art. 282, incisos I e II, da mesma codificação, cabendo-lhe afastar a prisão domiciliar quando constatados elementos que evidenciem a necessidade de prisão preventiva.

III. Paciente que foi condenada ao cumprimento da pena de 7 (sete) anos, 7 (sete) meses e 13 (treze) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, em face da prática dos crimes de estelionato majorado contra a Previdência Social. Fraudes por meio de anotações falsas em CTPS, feitas por empresas de fachada visando o recolhimento do Seguro Desemprego e do FGTS de (empregados fictícios). Comprovação de ser genitora de menor impúbere menor de 3 (três) anos de idade. Ré que permaneceu presa temporariamente durante a instrução criminal e que foi beneficiada por medidas menos gravosas (CPP, art. 319). Ausência de cometimento de novos ilícitos penais ou descumprimento das cautelares impostas. Redecretação da prisão preventiva por ocasião do sentenciamento da

ação penal. Substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Aplicação do art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal. (Lei 13.257/2016).

(*Habeas Corpus* 0013936-34.2017.4.01.0000/RO, rel. Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada), unânime, e-DJF1 de 31/05/2017, p. 1.214)

*Processo Penal. Habeas corpus. Invasão de terras indígenas. Arts. 288, 329 e 330 do Código Penal. Art. 20 da Lei 4.947/1966. Paciente em prisão domiciliar. Inexistência de novos fatos. Excesso de prazo. Não ocorrência. Possibilidade de alteração do endereço para cumprimento da prisão domiciliar. Parecer ministerial favorável em parte. Ordem parcialmente concedida.*

I. Inexiste qualquer fato novo que ampare a pretensão formulada nos autos, notadamente, porque as condições de saúde do ora paciente não sofreram qualquer alteração, devendo o mesmo permanecer no já deferido regime de prisão domiciliar.

II. Ressai do processado que o ora paciente já se encontra em regime menos gravoso do que a prisão preventiva, resultado da decisão proferida pelo juízo de origem, que substituiu a segregação cautelar pelo recolhimento domiciliar, mediante o cumprimento das medidas contidas no art. 319 do Código de Processo Penal, notadamente, o uso de equipamento de monitoramento eletrônico e obrigatoriedade de acompanhar o desenrolar do feito.

III. Descabe falar em excesso de prazo a justificar a revogação da prisão cautelar. A ausência de indicativo concreto de eventual desídia dos órgãos de persecução penal e da complexidade do caso, prematura e injustificável se mostraria a soltura do paciente, sob a vazia alegação de excesso de prazo na tramitação do feito.

IV. A iterativa jurisprudência desta Corte Regional assevera que “o recebimento da denúncia afasta eventual constrangimento ilegal decorrente do excesso de prazo para o seu deferimento” (TRF1. HC 0003088-22.2016.4.01.0000/BA, Terceira Turma, rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, e-DJF1 de 06/05/2016).

V. O Ministério Público Federal, em sede de manifestação nessa instância, não se opôs à pretendida substituição do local de cumprimento da prisão domiciliar imposta ao paciente.

VI. É possível deferir o pedido de substituição do local de cumprimento da referida prisão domiciliar, forte na necessidade de prestigiar princípios constitucionais que velam pela dignidade da pessoa humana, notadamente o auxílio às pessoas idosas e aos portadores de necessidades especiais, conforme comprovam os documentos juntados aos autos.

VII. Ordem de *habeas corpus* concedida parcialmente, apenas para autorizar a substituição do local de cumprimento da prisão domiciliar.

(*Habeas Corpus* 0010055-49.2017.4.01.0000/MA, rel. Des. Federal Ney Bello, unânime, e-DJF1 de 02/06/2017, p. 1.256)

## Quarta Turma

*Penal e Processual Penal. Embargos de terceiro. Sequestro. Imóvel. Excesso de prazo. Não ocorrência. Aquisição. Não comprovação da ilicitude. Reparação do dano. Necessidade da manutenção da medida cautelar. Art. 4º, § 2º, da Lei 9.613/1998. Cômputo. Não comprovação de participação em atividade criminosa. Exclusão da meação.*

I. Apelação interposta contra sentença que julgou improcedente embargos de terceiro propostos para a desconstituição de sequestro incidente sobre imóvel rural, que foi decretado com fundamento no art. 4º da Lei 9.613/1998, a pedido de autoridade policial, em inquérito que apura crime de lavagem de dinheiro.

II. A teor da jurisprudência desta Corte “conquanto seja taxativo o prazo para levantamento do sequestro/aresto, caso as investigações não sejam concluídas no prazo de 60 (sessenta) dias, sem que o dominus litis ofereça denúncia, mostra-se razoável e proporcional a manutenção da constrição, diante da complexidade das investigações, em razão do número de pessoas envolvidas e possíveis ilícitos cometidos e ainda pelo fato de não se tratar de

inércia do Ministério Público Federal, que tem envidado esforços para a conclusão das investigações” (ACR 0035557-39.2012.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal Tourinho Neto, Terceira Turma, *e-DJF1*, p. 679, de 10/05/2013).

III. Consta do registro imobiliário que o imóvel foi adquirido pela apelante e seu marido no dia 23 de outubro de 1992. Contudo, somente é possível retroagir a conduta criminosa até o ano 2000, portanto não há nada que indique concretamente que o imóvel sequestrado foi adquirido com produtos provenientes de atividade criminosa.

IV. Ainda que se repute lícita a aquisição do imóvel, o art. 4º, § 2º, da Lei 9.613/1998 legitima a apreensão do bem para fins de reparação dos danos. “A teor do art. 4º, II, da Lei 9.613-1998, uma vez decretado o sequestro de bens e valores a requerimento do Ministério Público, pode a constrição ser mantida, mesmo se demonstrada a origem lícita dos bens, para assegurar eventual e futuro (arresto) necessários e suficiente à reparação dos danos decorrentes do ilícito [...]” (TRF 2ª Região, MS 00057560720144020000, rel. André Fontes, 30/07/2014).

V. A embargante é casada em regime de comunhão parcial de bens com o acusado e não há, nos autos, notícia de qualquer imputação criminosa à embargante, razão pela qual a sua meação deve ser excluída da constrição judicial.

VI. Apelação parcialmente provida para determinar que o sequestro fique reduzido à parte ideal do imóvel, correspondente à meação do marido da embargante.

(Apelação Criminal 0001119-56.2014.4.01.4101/RO, rel. Des. Federal Néviton Guedes, unânime, *e-DJF1* de 31/05/2017, p. 1.235)

*Processo Penal. Agravo em execução. Renovação de perícia médica. Possibilidade. Parcelamento de multa. Prisão domiciliar. Sentenciado maior de setenta anos. Art. 117, I, da Lei de Execução Penal.*

I. Agravo em execução interposto contra decisão, que, após indeferir os pedidos de realização de nova perícia médica e de parcelamento da pena de multa, converteu as penas restritivas de direitos em privativa de liberdade.

II. O agravante sustenta a necessidade de nova perícia médica para melhor avaliar sua condição física alegando ser portador de demência de alzheimer. Além disso, assevera que passa por dificuldades financeiras e que por ser maior de setenta anos teria direito à prisão domiciliar.

III. No caso, muito embora o laudo pericial realizado em juízo tenha atestado que o agravante estaria com boa saúde, não há prejuízo na realização de nova perícia, notadamente, porque o agravante tem 75 anos e alega ser portador de alzheimer, doença de avanço progressivo que pode não ter sido detectada anteriormente.

IV. Quanto ao pedido de parcelamento da pena de multa o agravante não comprovou, integralmente, sua incapacidade financeira, pois, não obstante devidamente intimado, apresentou somente as declarações do IRPF, deixando de juntar aos autos as declarações do IRPJ de suas empresas, portanto, não há falar em parcelamento da multa.

V. A jurisprudência do STJ já decidiu que a idade avançada, por si só, não garante ao condenado o direito à prisão domiciliar (RHC 11.861/MG, rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 11/12/2001, *DJ* 18/02/2002, p. 469) e que tem sido admitido, excepcionalmente, o cumprimento da pena em prisão domiciliar nos casos em que o paciente é septuagenário e está acometido de doença grave (RHC 9.255/SP, rel. Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, julgado em 21/03/2000, *DJ* 17/04/2000, p. 95).

VI. Agravo provido em parte para determinar ao juízo *a quo* que proceda a realização de nova perícia médica para averiguar se o agravante é portador de demência de alzheimer ou outra doença grave que lhe dê direito à prisão domiciliar.

(Agravo em Execução Penal 0008220-97.2015.4.01.3200/AM, rel. Des. Federal Néviton Guedes, unânime, *e-DJF1* de 02/06/2017, p. 1.347)

## Quinta Turma

*Constitucional e Administrativo. Transporte coletivo interestadual de passageiros. Lei 10.741/2003. Estatuto do Idoso. Gratuidade e desconto no preço da passagem. Garantia fundamental. Equilíbrio econômico-financeiro. Fonte de custeio. Desnecessidade. Ilegitimidade passiva ad causam da União Federal.*

I. Após a edição da Lei 10.233/2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviários e terrestres e cria, dentre outros órgãos, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, a competência para a formalização e o gerenciamento de contratos administrativos, incluindo-se os atos de fiscalização que tenha por objeto a exploração de infraestrutura e de prestação de serviços de transporte, como no caso, passou a ser da referida agência, nos termos dos arts. 20, II, *b*; 22, 24, IV a VI, e 26, VII, do referido diploma legal. Possuindo a ANTT natureza jurídica de autarquia federal, dotada de autonomia administrativa, financeira e funcional e dispondo de representação judicial própria, afigura-se manifesta, na espécie, a ilegitimidade passiva *ad causam* da União Federal, para figurar no polo passivo de ações, em que se discute a legitimidade da concessão do benefício previsto no art. 40 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), como no caso.

II. A orientação jurisprudencial deste egrégio Tribunal e do colendo Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a eficácia do art. 40, incisos I e II, da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) independe da criação de fonte de custeio, mormente por já se encontrar devidamente regulamentada (Decretos 5.130/2004, 5.155/2004 e 5.934/2006).

III. Eventual desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão celebrado pela empresa concessionária do serviço de transporte interestadual de passageiro deverá ser submetido ao exame da Administração, nos termos do art. 9º, parágrafo único, do Decreto 5.934/2006, não servindo de óbice à concessão do benefício em referência, sob pena de inviabilizar-se um dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição da República Federativa do Brasil, no sentido de se construir uma sociedade livre, justa e *solidária* (CF, art. 3º, I).

IV. Apelação da União Federal provida, para acolher a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* por ela suscitada, com a sua conseqüente exclusão da relação processual em tela. Remessa oficial provida, para julgar-se improcedente a presente ação, com inversão dos ônus da sucumbência, em favor da União e da ANTT, *pro rata*.

(Numeração única: 0026555-35.2004.4.01.3400, Apelação/Reexame Necessário 2004.34.00.026621-6/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, *e-DJF1* de 25/04/2014, p. 618)

*Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Terra indígena Apyterewa. Ocupação por não índios a título precário. Afronta a julgado proferido no bojo de outra demanda judicial. Descabimento. Prescrição. Não ocorrência.*

I. Inexistente a premissa fática em que se amparou a declaração de prescrição do direito postulado nos autos, qual seja, veiculação de pedido indenizatório ou de nulidade de demarcação de terra indígena, como no caso, não se vislumbra, na espécie, a prejudicial de mérito sob tal fundamento.

II. Na hipótese dos autos, resolvida a questão alusiva à desintrusão de área regularmente demarcada de terra indígena (Apyterewa), no bojo de outra demanda judicial, inclusive, com pronunciamento judicial do colendo Supremo Tribunal Federal em sentido oposto à pretensão deduzida pelo suplicante, afigura-se manifestamente incabível a pretendida ocupação parcial e provisória da aludida área por não índios, sob pena de violação da autoridade dos aludidos julgados.

III. Apelação desprovida. Sentença confirmada.

(Apelação Cível 0001878-60.2013.4.01.3905/PA, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, *e-DJF1* de 11/05/2017, p. 2.396)

*Processual Civil e Civil. Ação de cobrança. Fornecimento de energia elétrica. Inadimplemento. Existência de convênio da devedora com terceiro. Inoponibilidade do ajuste à credora. Incontrovérsia quanto ao débito. Juros de mora. Correção*

*monetária. Multa. Arbitramento dos honorários advocatícios. Majoração. Cabimento. Litispendência. Litisconsórcio passivo necessário. Preliminares rejeitadas.*

I. Na espécie dos autos, não prosperam as alegações de litispendência ou de litisconsórcio passivo necessário, na medida em que a Chesf não possui relação jurídica com a Energisa, ainda que a Codevasf tenha firmado ajuste com aquela, de modo que, ausentes a identidade de partes com as ações citadas pela ora recorrente e a pertinência subjetiva para a lide, as preliminares suscitadas merecem ser repelidas.

II. Na espécie, a suposta responsabilidade da Chesf pelo débito com a Energisa não é suficiente para afastar a obrigação contratual da Codevasf de adimplir a quantia devida a título de consumo de energia elétrica. Ademais, embora a Codevasf tenha insistido na responsabilização da Chesf, em momento algum questionou a dívida em si mesma, o que certamente tornou incontroverso o débito. Assim, independentemente dos termos do Convênio 34/83/1, entabulado entre a Codevasf e a Chesf, tal ajuste não é capaz de vincular a Energisa, no sentido de obrigá-la a receber seu crédito em conformidade com as estipulações estabelecidas naquele contrato, tendo em vista que dele não fez parte, devendo prevalecer o princípio de que o contrato constitui lei entre as partes contratantes, sendo inoponível a terceiros, que sequer participaram da relação contratual, como, no caso, a Chesf. Com efeito, são inócuas, para o desfecho da lide, as condições e as especificidades do convênio firmado entre a devedora e a Chesf, ressaltando-se a possibilidade de discussão desses aspectos em ação própria a ser proposta pelas partes contratantes.

III. Equiparando-se a Codevasf com a Fazenda Pública quando desempenha atividades de execução de obras públicas, aplica-se a ela o regime fazendário quanto aos juros de mora e à correção monetária.

IV. Em relação à incidência de multa, na espécie dos autos, não merece prosperar o inconformismo da Codevasf, tendo em vista que sua incidência, no caso dos autos, decorre da Resolução Aneel 456/2000, sendo desnecessária previsão contratual nesse sentido.

V. Havendo significativa diferença entre o valor arbitrado a título de honorários advocatícios (R\$ 3.000,00) e o valor da dívida (R\$ 13.368.825,06), faz-se necessária sua majoração, observando-se a regra do § 4º do art. 20 do então vigente CPC, com vistas nos parâmetros previstos nas alíneas *a*, *b* e *c* do § 3º do aludido dispositivo legal, atentando-se para a importância da causa, a natureza da demanda, o princípio da razoabilidade, bem como respeitando o exercício da nobre função e o esforço despendido pelo ilustre patrono da parte-autora.

VI. Apelação da Codevasf parcialmente provida para determinar que os juros de mora e a correção monetária sigam o regime fazendário. Apelação da Energisa parcialmente provida para majorar os honorários advocatícios para R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

(Numeração única: 00043672-34.2007.4.01.3400, Apelação Cível na Ação Ordinária 2007.34.00.043983-1/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente, julgado em 14/06/2017)

## Sexta Turma

*Constitucional e Administrativo. Ação civil pública. Competência da Justiça Federal. Implantação do Portal da Transparência. Defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa. Legitimidade ativa do Ministério Público Federal. Art. 109, I, da CF. Sentença anulada.*

I. Na hipótese, em reexame, o Ministério Público Federal, com fundamento no art. 1º, VIII, da Lei 7.347/1985, acima transcrito, requer a condenação do ora apelado à obrigação de fazer, isto é, “promover a correta implantação do portal da transparência, previsto na Lei Complementar 131/09 e na Lei 12.527/11, assegurando que nele estejam inseridos, e atualizados em tempo real, os dados previstos nas citadas normas e também no Decreto 7.185/10 (art. 7º)”.

II. O Ministério Público Federal tem legitimidade ativa *ad causam*, nos termos do art. 1º, VIII, da Lei 7.347/1985 para ajuizar ação civil pública que envolva interesse da União Federal, quanto à aplicação das verbas públicas. A criação do Portal da Transparência tem este objetivo, pois há interesse federal, *in casu*, quanto ao repasse de verbas

federais aos municípios, por meio das transferências voluntárias (convênios, contratos de repasse), ou por meio de transferências legais (PAB, PNAE, Fundeb, etc).

III. Assim sendo, por estar envolvido o interesse da União na correta aplicação dos recursos federais, será da competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, o julgamento da presente ação civil pública.

IV. Precedentes: AI 0046813-76.2007.401.0000/MA, relatora Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada), Sexta Turma, *e-DJF1* de 16/09/2016; AI 0059575046.2015.4.01.0000/MA, rel. Desembargador Federal Mário César Ribeiro, Terceira Turma, *e-DJF1* de 22/04/2016.

V. Apelação conhecida e provida para anular a r. sentença e determinar o retorno dos autos à vara de origem, para prosseguimento regular do feito.

(Apelação Cível 0002034-37.2016.4.01.3810/MG, rel. Des. Federal Kassio Marques, unânime, *e-DJF1* de 12/05/2017, p. 1.087)

## Sétima Turma

*Processual Civil. Tributário. Reunião de execuções fiscais contra o mesmo devedor. Art. 28 da Lei 6.830/1980. Prévio requerimento das partes. Faculdade do juiz.*

I. O art. 28 da Lei 6.830/1980 estabelece que: "O juiz, a requerimento das partes, poderá, por conveniência da unidade da garantia da execução ordenar a reunião de processos contra o mesmo devedor."

II. No caso, houve pedido expresso de reunião das execuções pela própria exequente, ora apelante, que, submetido à conveniência da unidade da garantia, foi acolhido.

III. Sobre a matéria, *decidiu este egrégio Tribunal*: "[...] 1. A reunião de execuções fiscais facultada pelo art. 28 da LEF está subordinada a existência de requerimento das partes e à conveniência da unidade da garantia. 2. O intuito do legislador ao editar a norma em questão foi possibilitar a reunião de execuções fiscais ajuizadas contra o mesmo devedor e, com a observância do princípio da economia processual, unificar os atos processuais de penhora e alienação dos bens. 3. Conflito conhecido, declarando-se a competência do Juízo Federal da 11ª Vara da Seccional do Distrito Federal, ora suscitado." (CC 0038475-84.2005.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa, Quarta Seção, *DJ*, p.15, de 24/08/2007)

IV. Apelação não provida.

(Apelação Cível 0041544-65.2011.4.01.9199/GO, rel. Des. Federal Hercules Fajoses, unânime, *e-DJF1* de 19/05/2017, p. 2.898)

*Processual Civil. Tributário. Embargos à execução fiscal. Concurso de credores: União e estado. Ordem de preferência estabelecida pelo parágrafo único do art. 187 do CTN. Juntada do processo administrativo. Desnecessidade. Certidão da dívida ativa. Presunção de certeza e liquidez. Multa moratória. Limite de 20%. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.*

I. Não há que se falar em nulidade da penhora, pois se o bem já se encontrava com dupla penhora, em prol do Estado de Minas Gerais e da Fazenda Nacional, o produto da venda não se sujeita a rateio entre os aludidos credores. Satisfaz-se o crédito da União e, secundariamente, sobejando valores, salda-se o crédito do Estado de Minas Gerais, nos termos do art. 29 da Lei 6.830/1980, c/c o parágrafo único do art. 187 do Código Tributário Nacional.

II. "A lei não exige como requisito da inicial para propositura da execução fiscal a juntada da cópia do processo administrativo, tendo em vista que incumbe ao devedor o ônus de infirmar a presunção de certeza e liquidez da CDA". (REsp 121.428-7/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, T2, julgado em 07/12/2010, *DJe* 03/02/2011).

III. A Certidão da Dívida Ativa traz os requisitos obrigatórios previstos no art. 2º, § 5º, da Lei 6.830/1980, não havendo irregularidade a justificar sua anulação.

IV. Alegações genéricas, sem apontar e demonstrar especificamente os motivos para desconstituição do crédito tributário em execução, não afastam a supracitada presunção.

V. A multa moratória aplicada ao embargante foi de 20% (vinte por cento), conforme se verifica das CDAs acostadas aos autos, não configurando o caráter confiscatório da mencionada multa.

VI. Ademais, nos termos das Súmulas 45 e 209 do antigo Tribunal Federal de Recursos, a cumulação de correção monetária, juros e multa moratória, na apuração do crédito tributário, decorre da natureza distinta de cada qual dos acréscimos, legalmente previsto, não se configurando a hipótese de excesso de execução.

VII. Apelação não provida.

(Apelação Cível 0006106-57.2008.4.01.3807/MG, rel. Des. Federal Hercules Fajoses, unânime, e-DJF1 de 02/06/2017, p. 1.904)

## Oitava Turma

*Processual Civil e Tributário. Embargos à execução fiscal. Sociedade cooperativa dissolvida regularmente. Liquidação judicial. Lei 5.764/1971. Procedimento concluído. Prosseguimento da cobrança contra antigo sócio administrador. Impossibilidade. Responsabilidade solidária. Lei 8.620/1993, art. 13. Inconstitucionalidade. Súmula 435 do STJ inaplicável ao caso concreto. Súmula 430. Aplicabilidade. Prescrição. Fato não infirmado. Ônus da prova (CPC/1973, art. 333). Apelação não provida.*

I. “É inconstitucional o art. 13 da Lei 8.620/1993, na parte em que estabelece que os sócios de empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, por débitos junto à Seguridade Social” (RE 562.276/PR, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, rel. Ministra Ellen Gracie, julgamento em 03/11/2010, sob o regime previsto no art. 543-B do CPC/1973. Trânsito em julgado: 22/10/2014). Diante disso, indevida a inclusão do nome do apelado no polo passivo da execução ao argumento de que “o Embargante é legalmente responsável pelo pagamento do crédito”, nos termos da Lei 8.620/1993.

II. “O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente” (Súmula 430 do STJ).

III. Há prova inequívoca de que a principal devedora, pessoa jurídica, foi regularmente dissolvida, na forma do disposto nos arts. 63 e seguintes da Lei 5.764/1971. Logo, não merece acolhimento a pretensão da apelante quanto ao prosseguimento da execução contra ex-sócio administrador, ao fundamento de dissolução irregular.

IV. À míngua de elementos de convicção em sentido contrário, o juízo de origem reconheceu a ocorrência da prescrição do direito à cobrança em relação ao embargante/apelado, não havendo como ser modificada essa decisão à vista do conjunto probatório existente nos autos.

V. Desincumbindo-se o embargante do ônus que lhe cabia (CPC/1973, art. 333, vigente na data de prolação da sentença), qual seja, comprovar que não restaram preenchidas as condições juridicamente válidas para o prosseguimento da cobrança em relação a ele, não merece acolhimento a pretensão da apelante.

VI. Apelação não provida.

(Apelação Cível 0004358-45.2007.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa, unânime, e-DJF1 de 05/05/2017, p. 1.502)

*Tributário e Processual Civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento em ação ordinária. Recurso extraordinário pendente de julgamento. Finsocial. Depósito judicial. Levantamento indevido, autorizado em momento anterior ao trânsito em julgado da decisão definitiva. Intimação do contribuinte para efetuar novo depósito. Impossibilidade. Agravo de instrumento prejudicado. Precedentes do TRF 1ª Região e do STJ. Agravo regimental não provido.*

I. “O levantamento indevido de depósito judicial autoriza a cobrança da quantia percebida, no prazo prescricional quinquenal, contados da data da extinção do depósito [...]. O levantamento indevido dos valores não convertidos em renda restaura a exigibilidade do débito, podendo ser cobrado pela Fazenda Pública com todos os ônus decorrentes, todavia, somente a partir da data do levantamento” (REsp 1351073/RS, STJ, Segunda Turma, rel. Ministro Humberto Martins, *DJe* 13/05/2015).

II. “Consumado, todavia, o levantamento do depósito em comento, antes do trânsito em julgado da sentença de conhecimento, por determinação judicial, inexistente, no direito pátrio, qualquer mecanismo legal que obrigue a parte recorrida a realizar novamente os depósitos levantados, de maneira compulsória. Cabe à Fazenda Nacional, em tal hipótese, inscrever, querendo, o débito na dívida ativa, cobrando-o na via processual adequada, eis que o crédito fiscal respectivo não está mais suspenso” (AI 0027246-79.1995.4.01.0000, TRF1, Terceira Turma, rel. Des. Federal Reynaldo Soares da Fonseca, *DJ* 10/11/2000, p. 31).

III. Segundo a decisão recorrida, “a pretensão da Fazenda de reformar decisão que autorizou o levantamento dos valores depositados pela requerente perdeu o objeto. Considerando que o levantamento já foi efetuado, não tem como o magistrado determinar que se restabeleça o depósito, este que é faculdade do contribuinte e serve, apenas, para suspender a exigibilidade do crédito (art. 151, II). Assim, deve a Fazenda utilizar-se dos meios próprios para a satisfação de seu crédito”.

IV. A decisão do relator, que julgou prejudicado o agravo de instrumento, deve ser mantida por seus próprios fundamentos, por ter sido proferida em sintonia com jurisprudência dominante neste Tribunal e no Superior Tribunal de Justiça, estando o inconformismo da agravante fundamentado apenas em argumentos desacompanhados de elementos de convicção capazes de possibilitar a reconsideração pretendida.

V. Agravo regimental não provido.

(Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 0041172-83.2002.4.01.0000/PI, rel. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa, *e-DJF1* de 26/05/2017, p. 2.969)

#### *Processual Civil. Agravo interno. Execução fiscal. Competência absoluta do domicílio do devedor.*

I. Proposta a execução fiscal no juízo federal do domicílio do devedor (2008) no Distrito Federal, a remessa dos autos para o Juízo Federal de Maringá/PR implicaria indevida “modificação de competência absoluta” (CPC/2015, art. 43), contrariando também a Súmula 40 do extinto TFR, cujo entendimento ainda predomina na jurisprudência do STJ.

II. Pouco importa a existência de outra execução fiscal (2004) contra a mesma devedora e uma correspondente medida cautelar fiscal (20013) no Juízo Federal de Maringá/PR. A reunião de execuções fiscais a que se refere o art. 28 da Lei 6.830/1980 somente é possível, por faculdade do juiz (Súmula 515/STJ), quando todas elas tramitam no mesmo juízo/vara — o que não se verifica no caso (AC 0016808-80.2011.4.01.9199/RO, rel. Luciano Tolentino, 7ª Turma em 06/03/2012).

III. Determinada a competência absoluta do juízo federal do domicílio do devedor no Distrito Federal, também não se justifica a remessa dos autos para o Juízo Federal de Maringá com fundamento no art. 475-P, parágrafo único, do CPC/1973, que trata de cumprimento de sentença.

IV. Agravo interno da União/ré desprovido.

(Agravo de Instrumento 0057150-46.2015.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Novély Vilanova, *e-DJF1* de 26/05/2017, p. 3.133)

#### *Tributário. Processual Civil. Empréstimo compulsório. Consumo de energia elétrica. Prazo prescricional. Devolução. Correção monetária.*

I. Não há julgamento *ultra petita* quando a sentença concede providência expressamente formulada pela parte-autora.

II. A notificação da cessão se presta a dar ciência ao devedor sobre seu novo credor. A citação do devedor no processo judicial supre eventual falta de sua notificação.

III. A União Federal é litisconsorte passiva necessária nas causas em que se discute o empréstimo compulsório instituído pela Lei 4.156/1962, o que determina a competência da Justiça Federal.

IV. O termo *a quo* da contagem do prazo prescricional quinquenal para a restituição das diferenças de correção monetária sobre o valor principal e os respectivos reflexos é a data de realização de cada assembleia em que se homologou a deliberação sobre a conversão dos créditos em ações. (STJ, Recursos Repetitivos nos REsp 1028592/RS e REsp 1.003.955/RS.)

V. A correção monetária e os demais consectários sobre a devolução dos créditos deverão incidir a partir do recolhimento da exação, atualizados pelos índices determinados nos precedentes destacados (Recursos Repetitivos nos REsp 1.028.592/RS e 1.003.955/RS).

VI. Nas causas em que não houver condenação ou vencida a Fazenda Pública, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios deverá ser fixada mediante apreciação equitativa do juiz, conforme prevê o art. 20, § 4º, do CPC/1973 — vigente à época da prolação da sentença, desvinculada a fixação dos percentuais estabelecidos no § 3º do mesmo artigo.

VII. Entretanto, no caso das sociedades de economia mista, não se aplica o disposto no § 4º do art. 20 do CPC/1973.

VIII. Não verificado intuito protelatório nos embargos de declaração opostos pela autora à sentença, afasta-se a multa processual aplicada com base no parágrafo único do art. 538 do CPC/1973.

IX. Apelações da Fazenda Nacional e da Eletrobras e remessa oficial a que se nega provimento.

X. Apelação da parte-autora a que se dá provimento.

(Numeração única: 0062489-78.2009.4.01.3400, Apelação/Reexame Necessário 2009.34.00.040820-7/DF, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, unânime, *e-DJF1* de 02/06/2017, p. 2.201)

## Decisões Monocráticas

### Agravo de Instrumento 0041778-57.2015.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Jesus Crisóstomo de Almeida (convocado)

Cuida-se de agravo de instrumento impugnando decisão que determinou a incidência do IPCA-E como índice representativo na correção monetária.

Sustenta a parte agravante que a r. decisão incorreu em equívoco ao afastar a determinação de aplicação da TR. Para tanto, discorre acerca da “vigência da redação original da EC 62 até a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pela ADI 4357”.

Para melhor compreensão da controvérsia, extraio os seguintes trechos das razões recursais:

Como exposto alhures, o STF não declarou a inconstitucionalidade total do art. 1º-F da Lei nº. 9.494/97, pois somente anulou o trecho em que preceituava a correção monetária pelos índices da poupança a partir da expedição do precatório.

Em que pese não tenha sido declarada inconstitucional a parte do dispositivo referenciado que previa a atualização monetária pela Caderneta de Poupança antes da expedição do requisitório, o STF, com o escopo de dirimir de vez a controvérsia que vem se estabelecendo a respeito na seara judicial, dotou de repercussão geral o Recurso Extraordinário nº. 870.947. Ficou decidido:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 CP, A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. TEMA 810. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

Em outras palavras, tenciona o Excelso Pretório fixar, em sede de controle difuso de constitucionalidade, precedente vinculante a ser observado pela Administração Pública e demais órgãos do Poder Judiciário quanto à aplicação do art. 1º-F da Lei nº. 9.494/97 em período que precede a inscrição de precatórios.

Registre-se que o Supremo Tribunal Federal admite, excepcionalmente, a concessão de efeito vinculante e a modulação de efeitos da inconstitucionalidade proclamada em sede de controle difuso, bastando que seja relevante a matéria. Confira-se:

[...] A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia “*ex tunc*” (RTJ 146/461 – RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. – O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso. (STF – AgRg no RE 353508, rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., Dje-047, pub. 29/06/2007)

Entretanto, como não foi determinado o sobrestamento dos processos em que se discute o tema objeto deste recurso (art. 543-B, § 1º, CPC), é inevitável a aplicação do artigo 1º-F da Lei nº. 9.494/97 aos casos em andamento, pois sua constitucionalidade não restou abalada em controle concentrado ou difuso.

Acaso não seja este o entendimento da Turma Julgadora, pede-se, subsidiariamente, que seja determinada a suspensão do processo de execução em que proferida a decisão agravada.

O motivo desta postulação reside em dois fundamentos.

O primeiro fundamento consiste na franca possibilidade de o STF, ao julgar o RE em questão, declarar o art. 1º-F da Lei nº. 9.494/97 constitucional, de forma a que continue sendo aplicada a correção monetária pelos índices da caderneta de poupança antes da expedição de precatório.

O segundo fundamento considera a situação de o citado dispositivo ser reputado inconstitucional, mas com a possibilidade de serem modulados os efeitos da declaração de nulidade, a exemplo do que se passou no julgamento da ADI 4.357 para a atualização monetária dos precatórios pela caderneta de poupança (efeitos prospectivos).

Nesse passo, a União requer seja restabelecida a aplicação do art. 1º-F da Lei nº. 9.494/97 (redação dada pela Lei nº. 11.960) para efeito de correção monetária, pois não foi determinada pelo STF a suspensão dos processos nas instâncias inferiores. Subsidiariamente, pede-se que seja ordenada a suspensão do processo de execução, enquanto se aguarda o julgamento do RE nº. 870.947.

Tendo em vista o Enunciado Administrativo 2 do eg. STJ, versando sobre as regras de transição, em razão da entrada em vigor do novo CPC, bem como em observância ao princípio do *tempus regit actum*, passo à análise da admissibilidade do presente incidente recursal, tomando por base a legislação em vigor à época da decisão agravada.

Sobre a questão ora versada nos presentes autos, confira-se o seguinte julgado que bem a analisou:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONECTIVOS LEGAIS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS. INPC. TAXA DE 1% AO MÊS ATÉ A VIGÊNCIA DA LEI N. 11.960/09 E, APÓS, NOS TERMOS DESSA LEI. APLICAÇÃO DO MANUAL DE CÁLCULOS DA JUSTIÇA FEDERAL. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS SEM EFEITOS INFRINGENTES.

1. Cabem embargos de declaração quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, contradição, omissão ou, ainda, para correção de erro material.

2. Não há omissão no acórdão que assim expressamente consignou: “a tese de que deve haver a aplicação da decadência do direito à revisão do benefício da parte autora, na forma do art. 103 da Lei 8.213/91, não merece prosperar, já que o presente processo não envolve revisão do ato de concessão de benefício, mas adequação do valor do benefício previdenciário aos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais n.20/1998 e n.41/2003 (Enunciado n.º 66 das Turmas Recursais do Rio de Janeiro).”

3. Entende a Segunda Turma deste Tribunal que “Não se discutindo o critério de cálculo ou de revisão do ato concessório, mas sim o limitador a incidir sobre o cálculo incontroverso, a natureza da causa é meramente declaratória e condenatória, e não (des) constitutiva. Na relação em que se busca preceito condenatório incide somente o prazo prescricional e não decadencial” (AC 0041219-88.2011.4.01.3800/MG, Rel. Conv. Juiz Federal CLEBERSON JOSÉ ROCHA [CONV.], e-DJF1 p.738 de 04/04/2014).

4. A matéria concernente aos conectivos legais é de ordem pública e, portanto, aferível de ofício pelo julgador. Nesse sentido há de se memorar pacífico entendimento do STJ de que a correção monetária e os juros de mora, por constituírem matéria de ordem pública, aplicar, alterar ou modificar seu termo inicial, de ofício, não configuram julgamento extra petita, tampouco incorreria no princípio da non reformatio in pejus. (STJ, AgRg no REsp 1.440.244/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 10/10/2014; STJ, AgRg no REsp 1.451.962/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 23/09/2014; STJ, AgRg no AgRg no REsp 1.424.522/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 28/08/2014.)

5. A matéria objeto do recurso repetitivo veiculada no Resp n. 1.270.439/PR está relacionada às diretrizes que regem o servidor público, cuja esfera legal possui regramentos distintos e próprios, sobretudo quanto às disposições do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/97, alterado pela MP n. 2.180-35/2001. O Superior Tribunal de Justiça ao eleger o IPCA-E como melhor índice representativo da correção monetária no recurso especial n. 1.270.439/PR, assim decidiu em feito concernente ao pagamento de verbas devidas a servidor público e em razão de não ter sido definido pelo Supremo Tribunal Federal, após a declaração de inconstitucionalidade parcial do artigo 5º da Lei n. 11.960/2009, outro índice a ser aplicado, situação diversa daquela observada no âmbito previdenciário.

6. O constituinte derivado fixou o INPC como índice de reajuste dos benefícios (artigo 41-A da Lei n. 8.213/91), porquanto a inteligência da norma reflete o percentual que melhor supre a defasagem econômica in casu, mormente em face do regramento contido na Lei 10.741/2003, MP n. 316/2006 e Lei n. 11.430/2006.

7. O percentual de juros moratórios de 0,5% (meio por cento) ao mês utilizado para a atualização de valores devidos, por força do disposto no REsp n. 1.205.496/SP, versando também sobre direito do servidor público, não incide sobre as parcelas de natureza previdenciária, haja vista que, além do caso repetitivo versar sobre servidor público, especificamente, a MP n. 2.180-35/2001 fixou a taxa de juros de mora em 6% ao ano às verbas remuneratórias relativas aos pagamentos a servidores e empregados públicos, tão-somente; daí porque, com relação aos benefícios previdenciários, relativamente às parcelas pretéritas à Lei n. 11.960/2009, incide a taxa de juros de 1% ao mês, conforme previsão do Código Civil.

8. Após o julgamento final da ADI 4.357/DF pela Suprema Corte, o STJ pacificou o entendimento que os juros moratórios nas ações relativas a benefícios previdenciários incidem, a partir da citação válida (Súmula 204 STJ), à razão de 1% ao mês até entrada em vigor da Lei n. 11.960/2009, após o que aplicam-se os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, ressalvando tal posicionamento quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas (STJ, AgRg nos Edcl no REsp 1.160.874/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe de 18/12/2014; AgRg no AREsp 134.282/ RJ, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe 14/11/2014; STJ, AgRg no REsp 1.430.469/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/11/2014; DJe de 04/11/2014; STJ, EDcl no REsp n. 1.379.998/RS, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 08/11/2013; STJ, REsp 1.270.439/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 02/08/2013).

9. Quanto ao termo final dos juros moratórios, conforme orientação firmada pela Corte Especial do STJ no julgamento do recurso especial repetitivo n. 1.143.677/RS, bem como pelo STF no AgRg no RE n. 565.046/SP, não há incidência de juros entre a data da elaboração da conta de liquidação pelo credor e o efetivo pagamento do precatório ou da requisição de pequeno valor - RPV, desde que quitado o débito no prazo constitucionalmente previsto.

10. Entendimento em consonância com o Manual de Cálculos do Conselho da Justiça Federal e com a jurisprudência da Segunda Turma desta Corte Federal.

11. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos infringentes, apenas para esclarecimento da questão relativa aos conectivos legais [...]

(EDAC 0006178-15.2015.4.01.3802 / MG; EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CIVEL Relator DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO LUIZ DE SOUSA Órgão SEGUNDA TURMA Publicação 10/04/2017 e-DJF1).

Do voto condutor do acórdão, permito-me transcrever o que se segue:

Ademais, a matéria objeto do recurso repetitivo veiculada no REsp n. 1.270.439/PR está relacionada às diretrizes que regem o servidor público, cuja esfera legal possui regramentos distintos e próprios, sobretudo quanto às disposições do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/97, alterado pela MP n. 2.180-35/2001 e, posteriormente, na Lei n. 11.960/2009.

De tal arte, o Superior Tribunal de Justiça, ao eleger o IPCA-E como melhor índice representativo da correção monetária no recurso especial n. 1.270.439/PR, assim decidiu em feito concernente ao pagamento de verbas devidas a servidor público e em razão de não ter sido definido pelo Supremo Tribunal Federal, após a declaração de inconstitucionalidade parcial do artigo 5º da Lei n. 11.960/2009, outro índice a ser aplicado, situação diversa daquela observada no âmbito previdenciário [...].

E mais:

[...]

3. Restou estabelecido, em sede de recurso repetitivo (REsp n. 1.205.946/SP), que o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, alterado pelo art. 5º da Lei 11.960, de 29/06/2009, a qual traz novo regramento concernente à atualização monetária e aos juros de mora devidos pela Fazenda Pública, tem vigência imediata aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior a sua vigência.

4. Confira-se a redação dada pelo art. 5º da Lei 11.960/09 ao art. 1º-F, da Lei 9.494/97, in verbis:

Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. (Redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009)

5. Por sua vez, por meio do REsp n. 1.270.439/PR o STJ decidiu em virtude da declaração, pelo STF, de inconstitucionalidade parcial, do art. 5º da Lei n. 11.960/09 que: (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas.” e, naquele caso concreto, assim como o ora em análise – concernente a pagamento de verbas em ações previdenciária -, definiu o INPC como o melhor índice a refletir a inflação acumulada do período.

6. Ressalte-se que o Plenário do STF, no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, ao analisar o art. 100 da CF/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 62/2009, declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/09, entendendo que a taxa básica de remuneração da poupança não mede a inflação acumulada do período e, portanto, não poderia servir de parâmetro para a correção monetária a ser aplicada aos débitos da Fazenda Pública.

7. É imperioso notar que a modulação dos efeitos desta decisão abrange tão somente o período da expedição até o efetivo pagamento do precatório, razão porque não abrange os casos como o dos autos, referente a correção dos créditos contra a Fazenda Pública Federal a serem incluídos em precatório, pois tal matéria está em pendência de julgamento em outra ADI sob análise do Supremo Tribunal Federal, cuja decisão não demanda suspensão de apreciação pela Instâncias inferiores.

8. Portanto, no caso em comento, deve ser aplicada a firme jurisprudência desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça, consoante o adrede mencionado REsp n. 1.270.439, em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, na parte em que determina o afastamento da Taxa Referencial como critério de correção monetária de créditos contra a Fazenda Pública.

9. Releva mencionar, outrossim, que, como resultado desta declaração de inconstitucionalidade parcial, surgiu a redação atual do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução n. 267/2013, com o intuito de auxiliar a elaboração dos cálculos na fase judicial de liquidação de sentença, ao compilar, sistematicamente, a legislação e a jurisprudência sobre o tema, fixando que a Taxa Referencial (TR) deve ser afastada como índice de correção monetária, tendo em vista não servir como fator de atualização do valor de compra da moeda [...] (in AC 0039262-78.2016.4.01.9199 / PA; APELAÇÃO CIVEL Relator DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO DE ASSIS BETTI Convocado JUIZ FEDERAL CÉSAR CINTRA JATAHY FONSECA (CONV.) Órgão SEGUNDA TURMA Publicação 17/03/2017 e-DJF1).

Assim sendo, nesta mesma trilha de entendimento, *nego provimento* ao presente agravo de instrumento.

(Agravo de Instrumento 0041778-57.2015.4.01.0000/DF, rel. Juiz Federal Jesus Crisóstomo de Almeida (convocado), e-DJF1 de 02/05/2017, p. 511)

## Agravado de Instrumento 0017915-43.2013.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que, em vista do falecimento de Nanci Alves dos Reis, desde 03/07/1999, e de Antonio dos Reis, desde 03/04/2001, julgou extinta a execução, exclusivamente com relação aos mesmos, com amparo no art. 267, IV, parágrafo único, do CPC/1973, por inexistência de parte, nisso considerando-se ser o falecimento anterior à própria execução, que é de 27/11/2007, e, diante disso, nem mesmo sendo viável a aplicação do disposto no art. 265, I, do CPC.

Sustenta, em síntese, que a decisão merece reforma, visto ser notório que houve desrespeito à garantia fundamental da coisa julgada. Alega que a execução originária proposta pela substituída exequente Nanci Alves da Silva foi devidamente admitida pelo MM. juízo *a quo*, tendo sido objeto de embargos à execução, onde houve o reconhecimento expresso de crédito judicial devido à servidora, de modo que integrou a planilha de cálculos da Contadoria Judicial e que foi homologada em definitivo após o trânsito em julgado dos embargos à execução referidos. Afirma que em momento algum houve qualquer alegação por parte da executada/embargante, ora agravada, no sentido de requerer a extinção da execução em relação à substituída exequente Nanci Alves da Silva, em face do seu falecimento, nem mesmo em sede de embargos à execução, onde constou expressamente o reconhecimento de um crédito de 3,17% para a servidora referida.

Oportunizada resposta.

É o sucinto relatório. Decido.

De início, urge registrar que a extinção do feito com relação aos exequentes Nanci Alves da Silva e Antonio dos Reis afigura-se acertada, à medida que seu falecimento ocorreu bem antes da propositura da ação executória.

Nesse sentido, *mutatis mutatis*:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. AJUIZAMENTO POSTERIOR À DATA DO ÓBITO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA CDA. EXTINÇÃO DO PROCESSO.

1. Ajuizada a execução fiscal contra executado já falecido, mostra-se imperiosa a extinção do processo, nos termos do art. 267, VI, do CPC, porquanto ausente uma das condições da ação.

2. Atento ao enunciado da Súmula 392/STJ, a Fazenda Pública pode substituir a Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença de embargos, vedada, entretanto, a modificação do sujeito passivo da execução.

3. Falecido o executado, antes do ajuizamento da execução fiscal, não há que se falar em substituição da CDA, uma vez que a ação já deveria ter sido proposta em face do espólio. O redirecionamento só é possível quando a morte ocorre no curso da execução.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 772.042/MG, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 03/02/2016)

A habilitação dos herdeiros em tal caso — falecimento do titular do direito antes da execução — não pode ser deferida porque todos os atos do advogado perante o Poder Judiciário foram nulos de pleno direito, tendo em vista a extinção da personalidade jurídica do mandante antes do início do procedimento executório e a pretensão ser de natureza personalíssima.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUTADO FALECIDO ANTES DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DA CDA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 392/STJ.

1. O redirecionamento contra o espólio só é admitido quando o falecimento do contribuinte ocorrer depois de ele ter sido devidamente citado nos autos da execução fiscal, o que não é o caso dos autos, já que o devedor apontado pela Fazenda Municipal faleceu antes mesmo da constituição do crédito tributário. Precedentes: REsp 1.222.561/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 25/05/2011; AgRg no REsp 1.218.068/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 08/04/2011; REsp 1.073.494/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 29/09/2010.

2. Não se pode fazer mera emenda do título executivo, a teor da Súmula 392/STJ, que dita: “A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução”. Matéria já analisada inclusive sob a sistemática do art. 543-C do CPC (REsp 1.045.472/BA, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 18/12/2009).

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 524.349/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 14/10/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. ADMINISTRATIVO. REAJUSTE DE 28,86%. FALECIMENTO DE EXEQUENTE ANTES DO PROCEDIMENTO EXECUTÓRIO. HABILITAÇÃO DE HERDEIRO.

- A habilitação dos herdeiros em tal caso - falecimento do titular do direito antes da execução - não pode ser deferida porque todos os atos do advogado perante o Poder Judiciário foram nulos de pleno direito, tendo em vista a extinção da personalidade jurídica do mandante antes do início do procedimento executório e a pretensão ser de natureza personalíssima. - Precedentes: TRF da 5.ª Região, Apelação Cível n.º 210.962/RN, Relator o Desembargador Federal Marcelo Navarro, Quarta Turma, unânime, julgado em 24.05.2005, DJ de 05.07.2005; TRF da 5.ª Região, Apelação Cível n.º 374.001/RN, Primeira Turma, unânime, julgado em 15.12.2005, DJ de 15.02.2006. Agravo de Instrumento provido.

(TRF5, 1ª Turma, AG200705000157591, Relator: Des. Fed. CESAR CARVALHO (substituto), DJ 28/02/2008)

PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - EXTINÇÃO AO FUNDAMENTO DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - SENTENÇA SEM ASSINATURA ORIGINAL DO JUIZ - CÓPIA REPROGRÁFICA - NULIDADE RECONHECIDA - PRINCÍPIOS DA INSTRUMENTALIDADE E DA EFETIVIDADE PROCESSUAIS - EFEITO SUBSTITUTIVO - PREVISÃO LEGAL EXPRESSA - IMEDIATO JULGAMENTO DO MÉRITO DA CONTROVÉRSIA - CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 515, § 3º - PARALISAÇÃO DO PROCESSO POR PRAZO INFERIOR A CINCO ANOS - PRESCRIÇÃO AFASTADA - DEVEDORA FALECIDA EM 1º/11/1999 - INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA EM 19/01/2001 - AJUIZAMENTO EM 30/8/2001 - FALECIMENTO COMPROVADO NO ATO DA CITAÇÃO - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESPÓLIO RECONHECIDA DE OFÍCIO - POSSIBILIDADE - PROCESSO EXTINTO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ARTS. 267, VI, E 462 - APLICABILIDADE. a) Recurso - Apelação em Execução Fiscal. b) Decisão de origem - Reconhecimento, de ofício, da prescrição intercorrente. 1 - Anulada neste Tribunal a sentença, mera cópia reprográfica, sem assinatura do magistrado que a proferiu, e estando a causa, processualmente, pronta para julgamento por ser matéria, exclusivamente, de direito, o órgão revisor pode julgá-la, desde logo, nos termos do § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil. 2 - “Falecido o executado antes do ajuizamento da execução fiscal, impossível a regularização do pólo passivo do feito, não havendo que se falar em citação do espólio ou habilitação dos herdeiros”. (AC nº 2006.01.99.043202-2/BA - Relator Juiz Federal convocado Rafael Paulo Soares Pinto - TRF/1ª Região - Sétima Turma - Unânime - DJ. 03/8/2007 - pág. 167.) 3 - “A jurisprudência desta Corte(sic) tem se orientado no sentido de que, constatado que o falecimento da parte executada ocorreria antes do ajuizamento da execução fiscal, não é possível a regularização do pólo passivo da ação mediante habilitação de herdeiros ou do cônjuge meeiro.” (AGRAC nº 2006.39.00.002145-0/PA - Relatora Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida - TRF/1ª Região - Quinta Turma - Unânime - e-DJF1 27/02/2009 - pág. 302.) 4 - Ocorrido o óbito em 1º/11/1999, antes da inscrição em Dívida Ativa, feita em 19/01/2001, e, conseqüentemente, do ajuizamento da Execução, indiscutível a inviabilidade da regularização da relação processual mediante inclusão do Espólio no polo passivo da lide, não merecendo acolhida a pretensão da Exequente de “citação da herdeira da executada” (fls. 31), impondo-se na espécie a extinção, de ofício, do processo sem julgamento do mérito por ilegitimidade passiva ad causam do espólio da Executada com espeque no art. 267, VI, do Código de Processo Civil. 5 - Apelação prejudicada. 6 - Sentença anulada de ofício. 7 - Processo extinto, de ofício, por fundamento diverso. (Código de Processo Civil, arts. 267, VI, 462 e 515, § 3º.)

(TRF1, AC 0044603-27.2012.4.01.9199 / GO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CATÃO ALVES, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.727 de 07/12/2012)

Desta feita, cumpriria aos sucessores perseguirem seus direitos em juízo em nome próprio, inexistindo razão para se valerem de entidade sindical à qual não pertencem.

Destaque-se que isto ainda poderá ser feito em momento oportuno, tendo em vista que a ação fora extinta sem julgamento de mérito.

Diante do exposto, *nego provimento* ao agravo de instrumento.

(Agravo de Instrumento 0017915-43.2013.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Gilda Sigmaringa Seixas, e-DJF1 de 04/05/2017, p. 1.288)

**Agravo de Instrumento 0023588-75.2017.4.01.0000/MG**

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Flávio Goes Minicucci e outros contra decisão proferida pelo MM. juiz federal da 7ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, que indeferiu pedido de medida liminar formulado nos autos da Ação Ordinária 16805-16.2017.4.01.3800, ajuizada contra a União, objetivando suspender a cobrança das condenações impostas pelo Acórdão 1864/2016 (TC 026.925/2006-2).

2. Eis trecho da decisão recorrida, no que relevante à controvérsia (fls. 35-36):

[...]

No caso dos autos, consta do acórdão 652/2011 do TCU que a condenação dos autores se deu com fundamento no artigo 16, inciso III, alínea "c", da Lei n. 8.443/92 (fl. 183) e que, segundo consignado no voto que o fundamentou, "o evento motivador desta TCE foi a irregular revogação da rescisão do contrato PJU-22.103/1990 (julho/2000), ocorrida 7 anos antes da citação dos responsáveis" (fl. 181, item 11), inferindo-se daí, ao menos neste juízo de cognição sumária, que restou extrapolado o quinquênio extintivo.

Todavia, embora neste ponto haja o reconhecimento da verossimilhança das alegações dos autores, deve ser indeferido o pedido de liminar, por se tratar de ato emanado de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária de tribunal (no caso, o ato emanou do TCU, de modo que a competência para o julgamento de mandado de segurança contra o ato seria do STF), conforme vedação prevista no artigo 1º, § 1º, da Lei nº 8.437/92, aplicável à espécie,

[...]

3. Irresignado, alega o agravante, em síntese, que a Construtora OAS, vencedora da Concorrência 122/1989, instaurada pelo DER/MG, assinou o Contrato PJU-22.103/1990, para obras de implantação, pavimentação e construção de obras de arte especiais na BR-381/MG, cuja execução foi interrompida no dia 1º/10/1990 por determinação do DER/MG e retomada somente 9 anos após a paralisação, em 10/07/2000. A OAS assinou com a Construtora Barbosa Mello termo de cessão parcial das obras, cujo Diretor-Geral dessa última era Flávio Góes Minicucci e Diretor de Construção, Milton Teixeira Carneiro, ora agravantes, ocasião em que a Construtora Barbosa Mello firmou com o DER/MG Termo de Aditamento do Contrato (PJU-03). Em face desse aditamento, o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão 909/2003 (TC 005.295/2002-4) determinou a realização de auditoria nas obras, a fim de avaliar a regularidade dos termos de aditamento PJU-01, PJU-02, PJU-03 e PJU-04, que concluiu pela regularidade de todos os termos de aditamento, inclusive pelo acréscimo de 24,8% do valor original do contrato, realizado no PJU-03. Ainda assim o relator de contas remeteu à Secretaria de Obras as conclusões da Secex, que concluiu pela ocorrência de sobrepreço no Contrato PJU-22.103/1990 e no Termo Aditivo PJU-03. Em face dessa nova análise, a Secex/MG concluiu pela ocorrência de sobrepreço no Relatório de Auditoria (TC 005.295/2002-4). Diante dessa conclusão, requereram reexame dos autos pela Secex/MG, que submeteu os autos novamente a Secob, que reviu seus cálculos, mas manteve sua conclusão de sobrepreço; a Secex/MG propôs que as contas fossem julgadas ilíquidáveis e fossem os autos arquivados. Contudo, o Plenário do Tribunal de Contas confirmou o valor histórico do sobrepreço apontado pela Secob em sua segunda análise, julgando irregulares as contas e condenando solidariamente os ex-gestores do DER/MG e a Construtora Barbosa Mello ao pagamento do valor de R\$ 10.707.085,57, decisão essa confirmada pelo Acórdão Plenário 1864/2016.

4. Alega que a pretensão no feito de origem implica em dilação probatória, o que demonstra, efetivamente, que a via mandamental, no caso concreto, seria inadequada, não atraindo, por conseguinte, a aplicação da norma do art. 1º, § 1º, da Lei 8.437/1992. Inexistindo óbice à concessão da medida de urgência requerida, razão pela qual a condenação imposta pelo Tribunal de Contas da União deve ser imediatamente suspensa.

5. Requerem o deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal para que seja imediatamente suspensa a cobrança da dívida no valor histórico de R\$ 10.707.085,57.

Autos conclusos, *decido*.

7. Verifico que o agravante busca suspender os efeitos do Acórdão 1864/2016 - TCU (TC 026.925/2006-2).

8. Ressalto, inicialmente, que o meu entendimento era no sentido da incidência da vedação de que trata o art. 1º, § 1º, da Lei 8.437/1992 — aplicável aos casos de antecipação dos efeitos da tutela por força do art. 1º da Lei 9.494/1997 — segundo o qual *não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária de tribunal.*

9. Tal entendimento se apoiava em orientação jurisprudencial desta Corte, conforme se verifica dos julgados a seguir transcritos:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LIMINAR CONTRA ATO EMANADO DE ÓRGÃO DA UNIÃO (TCU). LEIS 9.494/97 E 8.437/92. OMISSÃO NO JULGADO QUANTO À ALEGADA VEDAÇÃO LEGAL.

1. Deve ser sanada a omissão no aresto embargado que deixou de se pronunciar sobre alegada proibição de se conceder antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional contra atos do Poder Público.

2. A Lei 8.437/92, extensível ao instituto da antecipação de tutela (Lei 9.494/97, art. 1º), dispõe que 'Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal' (art. 1º, § 1º).

3. Considerando que o ato impugnado na ação originária emana do Tribunal de Contas da União (TCU), e também poderia ser objeto de insurgência por meio de ação mandamental sujeita à competência originária do Supremo Tribunal Federal (STF), a teor do art. 102, I, d, da Carta Constitucional, na espécie, revela-se perfeitamente aplicável a vedação contida na norma acima mencionada. Precedentes do STJ e desta Corte.

4. Embargos de declaração da União acolhidos, a fim de sanar a omissão apontada, o que implica a reforma integral do acórdão embargado, nos termos acima expendidos, invertendo-se o resultado do julgamento, para tornar sem efeito a decisão de primeiro grau, que concedera a antecipação de tutela contra atos do Poder Público. (EDAG 0037996-18.2010.4.01.0000/DF, Rel. Desembargador Federal Fagundes De Deus, Quinta Turma, e-DJF1 p.415 de 07/10/2011.)

PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE AUTORIDADE SUJEITO A MANDADO DE SEGURANÇA DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL.

1. Há vedação legal - Lei 8.437, de 30 de junho de 1992, art. 1º, § 1º - à concessão de liminar quando o ato da autoridade coatora estiver sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal, no caso o Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região.

2. Não aceitou a Corte Especial o entendimento do Relator de que é admissível a impetração de Mandado de Segurança no prazo de cinco dias (prazo do agravo de instrumento), contra a decisão do Presidente, por contrariar a Súmula 267/STF e art. 5º, II, da Lei 12.016, de 2009. (MS 2009.01.00.033001-4/RO, Rel. Juiz Tourinho Neto, Corte Especial, e-DJF1 p.54 de 02/10/2009.)

10. Todavia, em outros casos, este Tribunal tem admitido tal possibilidade, consoante o julgado a seguir:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO PARA DESOBSTRUÇÃO DO CANAL NAVEGÁVEL DO RIO MADEIRA. DISPENSA DE LICITAÇÃO. CARÁTER URGENTE DO SERVIÇO. AUDITORIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO CONVERTIDA EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO. OBSERVÂNCIA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

1. A garantia do devido processo legal é de observância obrigatória nos procedimentos administrativos, sob pena de nulidade.

2. Maltrata tal garantia o julgamento que, diante de fatos controvertidos, relacionados com a execução de contrato a que se referem os autos, não concede oportunidade à parte quando à produção de prova, para, diante de iminente risco à navegabilidade do Rio Madeira, com a existência de paliteiros, comprovar a situação de emergência que exigiu a contratação de cinco equipes de trabalho, e não de apenas uma, para a desobstrução do canal navegável do referido Rio, nos trechos assinalados.

3. Agravo provido, para suspender os efeitos do acórdão n. 286/2002, do Tribunal de Contas da União, até o julgamento definitivo da ação anulatória ajuizada. (AG 0062410-51.2008.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.113 de 06/07/2009.)

11. Na referida decisão a eg. Turma, provendo o agravo, simplesmente antecipara os efeitos da tutela na ação originária, em curso na primeira instância.

12. Da mesma forma, solução similar no AI 2009.01.00.040019-2/DF, por decisão monocrática da relatora em antecipação dos efeitos da tutela recursal e posteriormente por provimento ao agravo, da relatoria da eminente Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, também fora suspenso pelo Tribunal, em medida vestibular, v. acórdão do colendo TCU. Requerida pelo IBGE a suspensão da medida perante o egrégio STF, ao ser indeferido o

pleito pelo excelentíssimo senhor ministro presidente, não se cogita da questão por mim levantada, sobre a vedação de concessões da espécie pelo nosso Tribunal, da mesma forma que no julgamento do agravo regimental não se cogita de tal questão, do mesmo modo que no agravo regimental contra a decisão suspensiva, deferida a pedido da União, que ao ser provido e reconhecida a validade da suspensão por esta Corte Regional, o egrégio STF novamente não aventa a hipótese da vedação.

13. Assim, tem sido admitida a possibilidade de exame do pleito.

14. Contudo, antes de analisar a questão da prescrição, tenho a seguinte consideração a fazer:

14.1. Ressalto que a imprescritibilidade prevista no § 5º do art. 37 da Constituição Federal apenas se aplica às hipóteses de dano decorrente de atos de improbidade administrativa, tendo o Supremo Tribunal Federal firmado idêntico entendimento quando do julgamento do RE 669.069.

14.2. Eis a redação do dispositivo constitucional supracitado:

§ 5º. A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

14.3. Sustenta o apelante que tal dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o § 4º do art. 37 da Constituição Federal, que assim dispõe:

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

14.4. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do citado RE 669.069, com repercussão geral reconhecida, fixou tese no sentido de que “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”.

14.5. Neste ponto, é preciso fazer o registro de que, naqueles autos, a matéria inicialmente submetida à apreciação do Plenário Virtual e que recebeu crivo positivo quanto à existência de repercussão geral foi a relativa à “imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao erário, ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa”.

14.6. A leitura dos debates ocorridos por ocasião do julgamento de mérito do supracitado recurso extraordinário revela, todavia, que, no decorrer da discussão sobre o tema, o Plenário do Excelso Supremo Tribunal Federal concluiu pela necessidade de se restringir a tese debatida, a fim de se afastar a fixação de tese quanto à (im)prescritibilidade das ações de ressarcimento ao Erário decorrentes de atos de improbidade administrativa, questão que, no entender da Excelsa Corte, deveria ser objeto de nova análise em recurso extraordinário distinto.

14.7. A delimitação da tese firmada em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida decorreu, naquele caso, de sugestão do eminente Ministro Luís Roberto Barroso, de cujo voto extraio o seguinte excerto:

[...].

Eu gostaria de adiantar, desde logo, que eu estou de acordo com o voto do Ministro Teori Zavascki naquilo em que decidiu a demanda posta. Portanto, acho que, nas ações de reparação de dano por ilícito civil, a prescritibilidade se impõe, e, no caso concreto, se impõe de acordo com os critérios que Sua Excelência apontou. De modo que não tenho nenhuma dúvida em acompanhá-lo na solução desta lide específica.

Sua Excelência, no entanto, foi um pouco além preocupado em sistematizar o tema, e, talvez, nós não estejamos ainda em condições de sistematizar o tema. Dentre outras razões, porque a questão da imprescritibilidade em matéria de improbidade, ou mesmo em matéria de crime, ela não foi objeto – eu diria – de um contraditório neste processo. Ou seja, nós não fomos expostos aos diferentes argumentos, alguns deles suscitados agora, pelo Ministro Toffoli e pelo Ministro Gilmar Mendes. E eu não gostaria de ter um pronunciamento do Plenário sobre esta questão importante e delicada da imprescritibilidade, sem um contraditório em que nós pudéssemos considerar todos os argumentos.

[...].

14.8. Confirmam-se, ainda, trechos do último debate ocorrido antes da fixação da tese em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida:

[...].

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – Presidente, a tese que propus é mais ampla, mas certamente a tese menor, mais restrita agora apresentada, nela se comporta perfeitamente.

Aqui, o Tribunal tomou uma opção clara: decidiu o caso, negando provimento, vencido o Ministro Fachin, mas resolveu ficar numa tese restrita, analisando apenas a questão do ilícito civil, que é o caso. Não tenho nenhuma razão para divergir dela, até porque afirmar que o ilícito civil é prescritível, que não está abarcado pelo § 5º do artigo 37, é afirmação que decorre também do meu voto.

[...].

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Eu agradeço o esclarecimento de Vossa Excelência. Eu pediria ao Ministro Barroso que formulasse, então, para fins de anotação, a tese que propõe ao Plenário.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO –

É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública, decorrente de ilícito civil.

Simple assim e perfeitamente compatível, como o Ministro Teori disse. Portanto, ele permanece como Relator e, no voto dele, já está esclarecido que isso não vale para improbidade. Alguém poderia tentar encaixar improbidade dentro de ilícito civil. Então já fica esclarecido que improbidade não está em jogo aqui.

[...].

14.9. É importante ressaltar, ademais, que, em razão da conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal quando da delimitação da tese submetida a julgamento no RE 669.096, outras duas teses relativas ao alcance do § 5º do art. 37 da Constituição Federal tiveram repercussão geral reconhecida em dois recursos extraordinários distintos, ainda pendentes de análise de mérito, conforme segue:

ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRITIBILIDADE (ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. 1. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à prescritebilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas. 2. Repercussão geral reconhecida. (RE 636886 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 02/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 14-06-2016 PUBLIC 15-06-2016)

ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRITIBILIDADE (ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. 1. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à prescritebilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, em face de agentes públicos, em decorrência de suposto ato de improbidade administrativa. 2. Repercussão geral reconhecida. (RE 852475 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 19/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 25-05-2016 PUBLIC 27-05-2016)

15. Após essas considerações, observo que pode ser o caso de haver prescrição na hipótese, tendo em vista terem sido os agravantes condenados pelo Tribunal de Contas da União, resultante da TC 026.925/2006-2, em face de superfaturamento no Contrato PJu-22-103/1990 e no termo aditivo PJu-03, assinados em 14/02/1990 e 27/04/2001, fls. 165-174 e fls. 181-185. Assim, tendo sido a tomada de contas instaurada em 2006, pode ter sido extrapolado o prazo quinquenal, visto que o último aditivo do contrato foi firmado em 2001.

16. Relevante para o presente caso, a reforçar o indício de prescrição, a proposição da Secex/MG no sentido de arquivar os autos, sem julgamento de mérito, em face do lapso temporal, conforme consta do item 6 do Acórdão 652/2011 – TCU, fl. 190, *in verbis*:

Antes de analisar as alegações de defesa apresentadas, a Secex/MG lembrou que o contrato em questão foi assinado em 14/02/1990 e que os responsáveis somente foram citados 17 anos depois, em março de 2007. Assim, ante o decurso de mais de 10 anos desde o fato gerador das irregularidades, poder-se-ia, em princípio, arquivar os autos sem julgamento do mérito, consoante autorizam os §5º do art. 5º e o art. 10 da Instrução Normativa TCU 56/2007.

17. Assim, aparentemente procedente, nesse momento, o entendimento do juízo *a quo* quanto à prescrição, tendo em vista os relevantes fundamentos adotados na decisão recorrida quanto a esse ponto. Confira-se:

Em relação à prescrição, colaciono o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PROCESSO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VIOLAÇÃO A INSTRUÇÃO NORMATIVA. EXAME INCABÍVEL EM SEDE DE APELO ESPECIAL. ARTS. 31

E 57 DA LEI 8.443/92, 471 DO CPC, 884 DO CC, 26, VI, E 27, § 1º, DA LEI 9.784/99. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. TESE DE PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA OU FALHA NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. IMPUTAÇÃO DO DÉBITO E APLICAÇÃO DE SANÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE HIPÓTESE DE IMPRESCRITIBILIDADE. LACUNA LEGISLATIVA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO POR ANALOGIA. APLICAÇÃO DO PRAZO QUINQUENAL. DECURSO. OCORRÊNCIA.

1. As instruções normativas não integram o conceito de lei federal para fins de controle em sede de recurso especial. Precedentes.

2. O Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 31 e 57 da Lei 8.443/92, 471 do CPC, 884 do CC, 26, VI, e 27, § 1º, da Lei 9.784/99, carecendo o recurso especial, no ponto, do requisito do prequestionamento. Incidência da súmula 282/STF.

3. “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” (§ 5º do art. 37 da CF).

4. As “ações de ressarcimento” são imprescritíveis, conforme dispõe expressamente o texto constitucional, o que tem sido observado e reiterado nos julgamentos desta Corte, seja em sede de ação de improbidade com pedido de ressarcimento, seja em ação com o fim exclusivo de ressarcir o erário. No entanto, os autos não versam sobre o exercício do direito de ação, ou seja, de pedir ressarcimento perante o Poder Judiciário. Ao contrário, tratam da imputação de débito e aplicação de multa promovida pelo Tribunal de Contas da União, no exercício do seu poder/dever de velar pelas contas públicas, mediante atuação administrativa, oportunidade em que não há falar em exercício do direito de ação e, conseqüentemente, em imprescritibilidade.

5. Eventual desvio de verbas ou qualquer outra ilegalidade que importe prejuízo ao erário poderá ser objeto de ação de ressarcimento, perante o Poder Judiciário, a qualquer tempo, eis que imprescritível, hipótese em que o ônus da prova do efetivo prejuízo e da responsabilidade do seu causador incumbe a quem pleiteia o ressarcimento.

6. Na tomada de contas especial, diversamente, o ônus da prova incumbe ao responsável pela aplicação dos recursos repassados, que se torna o responsável pelo débito e multa por mera presunção de prejuízo ao erário se ausente ou falha a prestação de contas. Nessas circunstâncias, a atuação administrativa deve encontrar limites temporais, sob pena de sujeitar os responsáveis pela aplicação de repasses de verbas federais a provarem, eles, a qualquer tempo, mesmo que decorridas décadas, a adequada aplicação dos recursos que um dia geriram, em flagrante ofensa a princípios basilares do Estado de Direito, como a segurança jurídica e ampla defesa.

7. Em virtude da lacuna legislativa, pois não há previsão legal de prazo para a atuação do Tribunal de Contas da União, deve ser-lhe aplicado o prazo quinquenal, por analogia aos arts. 1º do Decreto 20.910/32 e 1º da Lei 9.873/99. Em hipótese similar à presente, porquanto ausente prazo decadencial específico no que concerne ao exercício do poder de polícia pela Administração, antes do advento da Lei 9.873/99, a Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.105.442/RJ (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 22/2/2011), sob o rito do art. 543-C do CPC, assentou ser ele de 5 anos, valendo-se da aplicação analógica do art. 1º do Decreto 20.910/32.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para julgar procedente o pedido inicial, desconstituindo a decisão do Tribunal de Contas da União no processo de tomada de contas especial do Convênio 5013/96, ressaltando-se a via judicial para o pleito de eventual ressarcimento (REsp 1480350/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma do STJ, DJe de 12/04/16).

Do teor do voto proferido pelo Ministro Relator, destaco as seguintes passagens:

“Dessa forma, repito, a atuação do Tribunal de Contas da União, mediante tomada de contas especial, atribuindo o ônus da prova a quem recebeu repasse de verbas públicas federais é legítimo e possível, nos termos da legislação, em especial a Lei 8.443/92. Entretanto, a não sujeição dessa atuação a limite temporal conduziria a situações de profunda e grave perplexidade, contrárias ao Estado de Direito.

[...]

Isto posto, a tomada de contas especial está sujeita ao prazo decadencial de 5 anos desde quando exigível, limite temporal para que irregularidade nas contas gere presunção de prejuízo ao erário e importe na imputação do débito e multa ao responsável. Expirado esse prazo, ressalva-se a via judicial para eventual ação de ressarcimento, esta imprescritível, oportunidade em que deverá ser provado o efetivo prejuízo ao erário e a responsabilidade do acionado”.

No voto-vista, proferido pela Ministra Regina Helena Costa, restou assim sintetizado o entendimento:

“Nos processos de tomada e prestação de contas, nos quais há imputação de débito em razão da prática de desfalque ou desvio de recursos públicos, deve incidir a regra prevista no art. 37, § 5º, da Constituição da República; o mesmo não ocorre quando a imputação de débito estiver lastreada na presunção de ocorrência de dano ao erário, consoante art. 16, III, a, b, c, da Lei n. 8.433/92, sujeitando-se ao prazo de 5 (cinco) anos, nos termos dos art. 1º do Decreto n. 20.910/32 e 1º da Lei n. 9.873/99”.

No caso dos autos, consta do acórdão 652/2011 do TCU que a condenação dos autores se deu com fundamento no artigo 16, inciso III, alínea “c”, da Lei n. 8.443/92 (fl. 183) e que, segundo consignado no voto que o fundamentou, “o

evento motivador desta TCE foi a irregular revogação da rescisão do contrato PJU-22.103/1990 (julho/2000), ocorrida 7 anos antes da citação dos responsáveis” (fl. 181, item 11), inferindo-se daí, ao menos neste juízo de cognição sumária, que restou extrapolado o quinquênio extintivo.

18. Dessa forma, havendo indícios de prescrição, entendo seja o caso de suspender a exigibilidade das condenações impostas pelo Acórdão 1864/2016 (TC 026.925/2006-2).

Pelo exposto, *defiro*, por ora, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal e determino a imediata suspensão da cobrança da dívida do valor histórico de R\$ 10.707.085,57.

(Agravado de Instrumento 0023588-75.2017.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, e-DJF1 de 08/06/2017, p. 830)

### Agravado de Instrumento 0069911-75.2016.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação de tutela recursal, interposto pelo Ministério Público Federal, em face de decisão proferida pelo juiz federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Pará, que, nos autos da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa 0017552-88.2016.4.01.3900, declinou de sua competência, momento em que determinou a remessa do feito para a Justiça do Estado do Pará (Comarca de Belém/PA), sob o argumento de que a União não teria interesse em ingressar na presente lide, além da inexistência de indícios de desídia de órgãos federais ordinários de fiscalização.

Na ação originária objetiva o MPF a condenação dos requeridos (Darcia da Silva Catarino, Antônio José Catarino, Sociedade de Meio Ambiente, Educação e Cidadania e Jorge Luís de Almeida) nas penalidades descritas no art. 12, I e II, da Lei 8.429/1992, em razão de supostas irregularidades detectadas no âmbito de Projeto de Investimento Produtivo “Produção de óleo essencial com alto teor de Safrol a partir do plantio de pimenta longa”, financiado com recursos provenientes de contrato de empréstimo celebrado entre o Estado do Pará e o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento – Bird, sendo a União garantidora do negócio em tela.

Aduz o MPF que, sendo órgão vinculado à União, a sua participação no feito afetaria a competência federal para o julgamento dos presentes autos, sendo certo que ainda que a União, representada por sua Advocacia-Geral, tenha se manifestado pela ausência de interesse na lide, o MPF teria o dever institucional de defender o seu interesse. *“Pontua-se que caso a União – ou outro ente legitimado para propor a ação civil pública-, se autora, viesse a abandonar a Ação Civil Pública, entendendo não existir interesse da União a ser tutelado, deveria o Ministério Público Federal, ex vi do art. 5º, §3º, da Lei 7.347/85, assumir a titularidade ativa do processo”.*

Ao argumento da presença do *periculum in mora* e *fumus bonis iuris*, requer o agravante seja concedida a tutela recursal, com a suspensão do *decisum* em destaque, permanecendo os autos originários perante a Justiça Federal.

*Relatei.*

*Decido.*

Não se mostrando presentes as restrições impostas nos incisos III do art. 932 do NCPC, de observação prévia, nos termos em que determinado pelo art. 1.019 do NCPC, passo ao exame do pedido de tutela recursal.

Nesse juízo de cognição primária, vislumbro a existência de razão ao agravante.

É que da análise dos fundamentos da decisão agravada, mostra-se razoável do ponto de vista jurídico/processual que este Juízo Federal detenha competência para o regular processamento do feito, na medida em que figurando a União como garantidora de contrato de empréstimo que teria financiado investimento público onde analisadas possíveis irregularidades, não se pode concluir, neste momento processual, a ausência de prejuízo ao Erário, pelo que se afigura prematuro o declínio determinado pelo juízo singular.

Nestes termos:

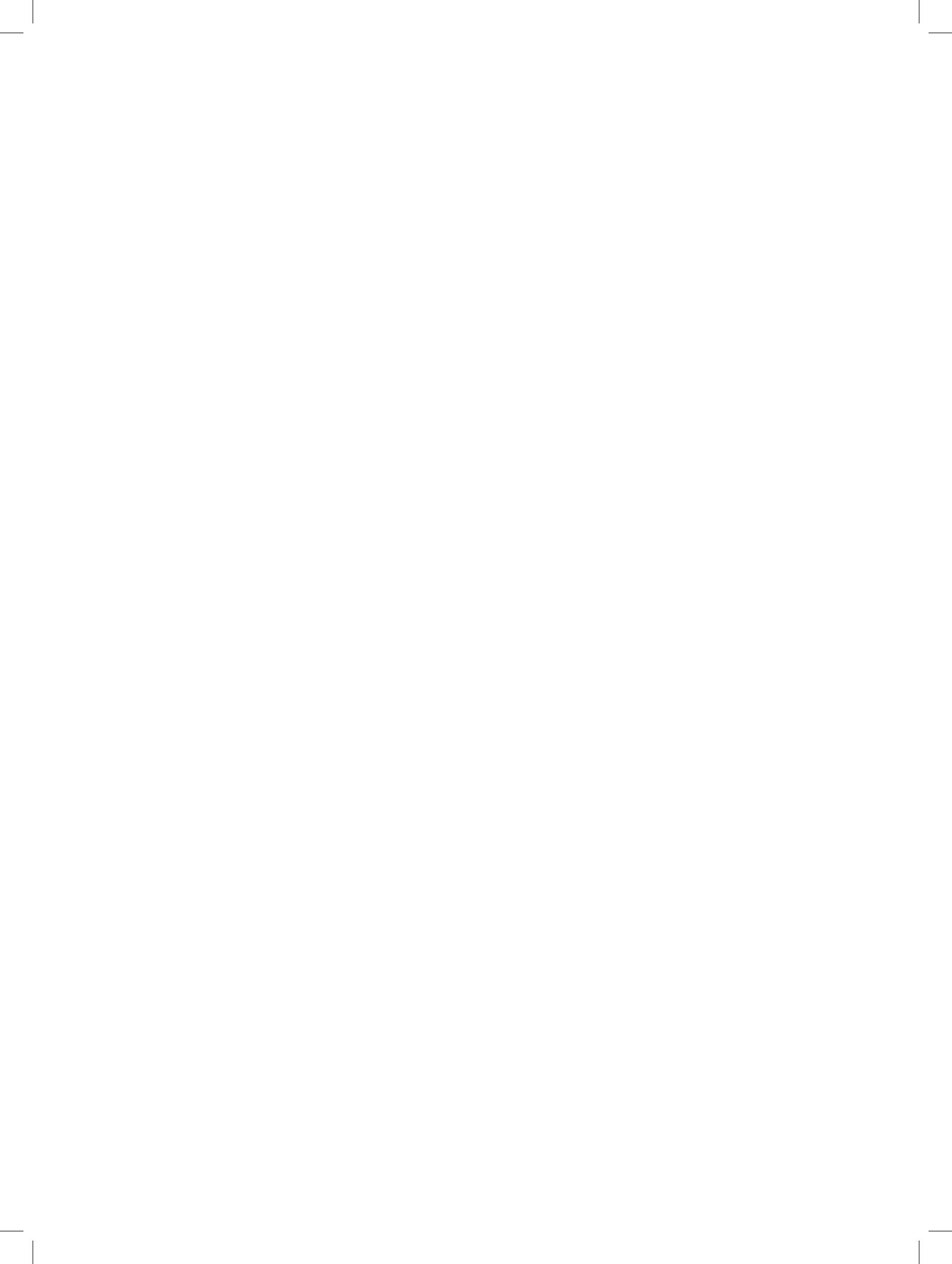
*PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA UNIÃO QUE NÃO AFASTA A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NO PÓLO ATIVO DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. 1. Compete à Justiça Federal processar e julgar ação civil pública por ato de improbidade administrativa que tenha por finalidade responsabilizar autoridade pública municipal pelo não recolhimento das contribuições previdenciárias referentes a obras de construção civil eventualmente devidas sobre o salários dos empregados. 2. O só fato de a União ter manifestado falta de interesse em ingressar no pólo ativo da ação de improbidade administrativa não afasta, por si só, a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento da presente ação. 3. É da competência da Justiça Federal o processamento e julgamento de ação civil pública que tenha o Ministério Público Federal no pólo ativo da relação jurídica processual, quando em defesa do erário federal. O MPF não se sujeita, para agir, à confirmação de interesse de outro ente federal, haja vista atuar como agente processual com ampla autorização radicada no texto constitucional. 4. Decisão tornada insubsistente. 5. Agravo de instrumento provido. (AG 0035305-55.2015.4.01.0000 / PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ITALO FIORAVANTI SABO MENDES, Rel.Conv. JUÍZA FEDERAL ROSIMAYRE GONÇALVES DE CARVALHO (CONV.), QUARTA TURMA, e-DJF1 de 11/04/2016) (Grifo nosso)*

*PROCESSUAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUTORIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INTERESSE PÚBLICO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. O ajuizamento da ação pelo Ministério Público Federal, por entender configurado ato de improbidade administrativa na aplicação de recursos públicos federais (SUS) repassados a município, fixa a competência da Justiça Federal. A presença (escoteira) do MPF na lide somente não firma a competência federal se a hipótese for de interesse exclusivamente local ou estadual. 2. Provimento do agravo de instrumento. (AG 0035895-32.2015.4.01.0000 / PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, QUARTA TURMA, e-DJF1 de 22/08/2016)*

Firme nessas considerações, antevejo, na hipótese, a plausibilidade do direito invocado nesta sede recursal.

Ante o exposto, defiro o pedido de efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento, para, suspendendo a decisão recorrida, determinar a manutenção do feito originário perante a Justiça Federal, sem prejuízo do reexame da questão quando da análise do mérito recursal.

(Agravo de Instrumento 0069911-75.2016.4.01.0000/PA, rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, e-DJF1 de 09/06/2017, p. 2.541)



Prezado leitor, consulte os acórdãos na íntegra das respectivas ementas publicadas nesta edição em nosso endereço eletrônico [www.trf1.jus.br](http://www.trf1.jus.br), *link* jurisprudência/inteiro teor.

## Corte Especial

*Constitucional, Tributário e Processual Civil. Arguição de inconstitucionalidade. Art. 9º, § 10, da Lei 9.249/1995. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL. Base de cálculo. Inclusão dos juros sobre capital próprio. Matéria infraconstitucional. Ofensa reflexa ou oblíqua à Constituição Federal. Art. 97 da CF e Súmula Vinculante 10. Violação. Inexistência. Precedentes do STF. Arguição de inconstitucionalidade rejeitada.*

I. Incidente instaurado por determinação contida em julgamento de recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, por vislumbrar, naquela ocasião, ofensa ao art. 97 da CF/1988.

II. Ambas as Turmas do STF, posteriormente, firmaram o entendimento no sentido de que a discussão a respeito da inclusão dos juros sobre capital próprio na base de cálculo da CSLL não tem estatura constitucional. Nesse sentido: “a pretensão da parte agravante está em confronto com a jurisprudência desta Suprema Corte, que se firmou no sentido de que a discussão a respeito da inclusão dos juros sobre capital próprio na base de cálculo da CSLL, conforme disposição do § 10 do art. 9º da Lei nº 9.249/95, não desafia a interposição de recurso extraordinário por se tratar de matéria regulada por norma infraconstitucional” (AI 799.376 AgR/SP, Segunda Turma, rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ de 20/05/2014).

III. Arguição de inconstitucionalidade rejeitada.

(Numeração única: 0029647-46.1998.4.01.0000, Arguição de Inconstitucionalidade 1998.01.00.027648-2/MG, rel. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa, unânime, e-DJF1 de 23/05/2017, p. 4)

## Segunda Seção

*Mandado de Segurança contra ato judicial. Execução penal. Penitenciária Federal. Visita íntima. Esposa. Existência de pendências criminais. Indeferimento. Legitimidade, no caso.*

I. Mandado de segurança impetrado por Nathielly Rocha de Jesus Mangabeira impugnando ato pelo qual o juízo indeferiu pedido de visita social e íntima ao detento Bartolomeu Rocha Mangabeira, o qual se encontra custodiado no Presídio Federal de Porto Velho, RO.

II. Liminar indeferida. Parecer da PRR1 pela denegação da ordem.

III. Impetrante que, na condição de terceiro interessado, impugna ato judicial sujeito a recurso. Interposição do recurso cabível. Desnecessidade. “A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso.” (STJ, Súmula 202).

IV. A concessão de *mandamus* que impugna ato judicial demanda do impetrante a demonstração, de forma clara e convincente, mediante prova documental idônea e inequívoca, de que o ato judicial “se reveste de teratologia, ilegalidade ou abuso flagrante”. (STF, RMS 28082 AgR.) Dessa forma, somente em situações excepcionais, nas quais estejam demonstrados, de forma clara e convincente, e mediante prova idônea e inequívoca, a teratologia, a ilegalidade ou o abuso de poder, na decisão judicial, será cabível a concessão da segurança.

V. Visita íntima no âmbito dos presídios federais. Previsão legal na Lei 7.210/1984 (LEP), art. 41, X. Direito que “poderá ser suspenso ou restringido mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.” LEP, art. 41, X, parágrafo único. Matéria regulamentada na Portaria 1.190/2008, do Ministério da Justiça (MJ), e na Portaria 54/2016, do Departamento Nacional de Administração Penitenciária (Depen).

VI. Suspensão do direito à visita íntima. Decisão baseada na comprovação de que a impetrante (esposa de detento) responde a processo penal. Motivação idônea. Portaria/Depen 54/2016, art. 1º, § 7º, II. “Admite a lei que o preso tenha direito a visita (art. 41, X, da Lei 7.210/1984). A visita íntima de cônjuge/companheiro foi regulamentada pela Portaria/MJ n. 1.190/2008. No entanto, pode a administração suspender ou restringir tal direito, por ato motivado do diretor do estabelecimento prisional, nos termos do art. 4º, § 2º (no mesmo normativo).” Porém, “a comprovação de que a companheira do agravante encontra-se condenada por crime de tráfico de entorpecentes é motivação suficiente para justificar a suspensão da visita íntima com o agravante, nos termos ao art. 1º, § 5º, II, da Portaria/Depen n. 155/2013. A valoração da necessidade da suspensão da visita íntima está na esfera de atribuições do Diretor do estabelecimento prisional, nos termos do art. 4º, § 2º, da Portaria/MJ 1.190/2008.” (TRF 1ª Região, Agepn 0011897-88.2014.4.01.4100/RO; Agepn 0011897-88.2014.4.01.4100/RO.) Consequente inexistência de teratologia, ilegalidade ou abuso de poder na decisão judicial que confirmou o indeferimento motivado do diretor do presídio.

VII. “Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto.” (STF, MS 23452/RJ.) Assim, “nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.” (STF, MS 23452/RJ). Nesse contexto, os direitos constitucionais e legais assegurados ao detento não são absolutos. CF, Art. 1º, III; Art. 5º, XXXIX, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, LIII, LIV, LV e LVII; Art. 226. Assim sendo, as garantias constitucionais do detento devem ceder espaço à necessidade de resguardar o “direito de todos à segurança.” (TRF 1ª Região, HC 0042864-29.2016.4.01.0000/PI).

VIII. Denegação do mandado de segurança.

(Mandado de Segurança Criminal 0000366-78.2017.4.01.0000/RO, rel. Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado), unânime, e-DJF1 de 19/05/2017, p. 58)

*Mandado de segurança. Inquérito policial. Desbloqueio de bens e ativos financeiros. Índícios de desvio de recursos públicos. Construção necessária. Violação ao art. 131, I, do Código Penal. Não ocorrência. Bloqueio de verbas de natureza alimentícia e ativos indispensáveis à continuidade da atividade empresarial. Ilegalidade.*

I. Mandado de segurança impetrado contra ato do Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de São Luís – MA, consubstanciado no sequestro de bens e bloqueio de contas bancárias, requeridos nos autos do Inquérito Policial 680/2012.

II. A liminar parcialmente deferida nestes autos assegurou a sobrevivência dos impetrantes ao determinar a liberação de bens e valores depositados a título de proventos salários, vencimentos, pensões e outras verbas da mesma natureza do impetrante — pessoa física, assim como daqueles indispensáveis para a continuidade da atividade da empresa-impetrante.

III. O relatório da Controladoria-Geral da União aponta para a existência de desvio de recursos públicos.

IV. Seria prematura a liberação total dos bens e valores ainda na fase do inquérito policial, já que a “questão essencial que impede sua liberação é a sujeição à pena de perdimento se comprovada sua origem ilícita, pena que depende do devido processo legal, se justificando assim a cautela, a fim de assegurar ressarcimento de valores aos cofres da União” (ACR 0003577-13.2009.4.01.3813/MG, rel. Desembargador Federal Carlos Olavo, Terceira Turma, e-DJF1, p. 77, de 11/02/2011).

V. O relatório da CGU é eminentemente técnico e goza da presunção de legitimidade, que somente pode ser desfeita no desenrolar da ação penal, fato que justifica a manutenção das medidas cautelares ora impugnadas.

VI. Os impetrantes noticiam que transcorreram mais de cem dias sem que a denúncia fosse oferecida, fato que violaria o art. 131, I, do Código de Processo Penal (fl. 241), que fixa o prazo máximo de sessenta dias para tal finalidade.

VII. No caso, a demora não chega a ser absurda e “O fato da propositura da ação penal ultrapassar o prazo de 60 (sessenta) dias previsto no art. 131, inc. I, do Código de Processo Penal, não obsta a validade da construção e tampouco sua manutenção. Isso porque não se trata de prazo peremptório e a medida judicial em tela visa impedir a dissipação dos bens sobre os quais pairam veementes indícios de proveniência ilícita, pautando-se em juízos de

verossimilhança e na presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Ademais, no caso, tem-se um cenário complexo, cujas investigações demandam tempo e esforços ante os diversos pormenores afetos ao caso e a demora na situação não é infundada e, inclusive, é uma cautela necessária até para que injustiças não sejam perpetradas” (ACR 46625, rel. Des. Federal Souza Ribeiro, *e-DJF3* Judicial 1 de 13/10/2016).

VIII. Segurança parcialmente concedida apenas para determinar o desbloqueio de ativos financeiros depositados em conta-corrente, a título de salários, proventos, pensões e outras verbas congêneres, na conta do impetrante, assim como daqueles indispensáveis para a continuidade da atividade econômica da empresa.

(Mandado de Segurança Criminal 0009686-89.2016.4.01.0000/MA, rel. Des. Federal Néviton Guedes, unânime, *e-DJF1* de 19/05/2017, p. 50)

*Constitucional e Processual Penal. Mandado de segurança impetrado em face de decisão que conferiu multa no caso de descumprimento da ordem de quebra de sigilo telemático. Limite da impetração. Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014). Obrigação da empresa provedora de internet, submetida à jurisdição nacional, de fornecer os dados requeridos pela autoridade judicial. Sanção pecuniária. Afastamento da natureza autoexecutória.*

I. Não merece conhecimento os pontos da impetração que impugnam a decisão que determinou a quebra do sigilo telemático, porquanto a ação mandamental foi ajuizada contra o *decisum* que conferiu multa para o caso de não cumprimento da ordem judicial de quebra de sigilo telemático, razão pela qual, a impetrante, Yahoo! do Brasil, não ostenta legitimidade para discutir os procedimentos levados a efeitos na investigação criminal da qual não faz parte, tampouco para promover o controle de legalidade das decisões judiciais.

II. Com a edição da Lei 12.965/2014 — conhecida como Marco Civil da Internet — foi estabelecido princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, como também, proteção aos registros, dados pessoais e comunicações privadas, que somente podem ser acessados pelo usuário (arts. 7º e 8º) ou mediante ordem judicial (art. 10, §§ 1º e 2º), dirigida aos provedores de conexão e de aplicação de internet que administram a conta do usuário no Brasil (art. 11, §§ 1º, 2º e 3º).

III. De acordo com a Lei 12.965/2014 e com a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, a empresa provedora da conta de *e-mail* na internet, constituída de conformidade com a lei brasileira (art. 1.126, CC), que tenha sede no Brasil ou, no caso de empresa situada no estrangeiro, filial, sucursal, escritório ou estabelecimento, está submetida à autoridade judiciária brasileira (art. 21, I, do NCPC) e tem obrigação de promover os mecanismos necessários à quebra de sigilo telemático determinada por decisão judicial legalmente proferida, sob pena de incidir, isolada ou cumulativamente, nas sanções de advertência, multa sobre o faturamento do grupo econômico, suspensão temporária das atividades e, até mesmo, proibição de exercício das atividades dos provedores de conexão e de aplicações de internet no Brasil, conforme previsão do art. 12 do Marco Civil da Internet. Neste sentido, entre outros, STJ: INQ 784/DF e RMS 44.892/SP.

IV. A sanção pecuniária é instrumento legítimo utilizado para impor o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer e preservar a autoridade das decisões judiciais, incidindo a partir do momento em que o demandado descumpra a ordem judicial, e exigível após a estabilização do *decisum*. Portanto, deve ser afastado o ponto do ato judicial impugnado que reveste de autoexecutoriedade a decisão que aplicou multa pelo descumprimento de obrigação de fazer.

V. Mandado de segurança parcialmente conhecido. Da parte conhecida concede-se parcialmente a ordem, somente para afastar os efeitos da execução imediata da decisão constitutiva.

(Mandado de Segurança Criminal 0002854-06.2017.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, maioria, *e-DJF1* de 20/06/2017, p. 393)

## Primeira Turma

*Previdenciário. Aposentadoria por tempo de contribuição. Contribuinte individual. Indenização de tempo de atividade remunerada sem filiação e sem contribuição. Critério legal de apuração do valor a ser recolhido. Direito intertemporal. Indenização prévia ao aproveitamento do tempo de atividade para obtenção de benefícios previdenciários.*

I. Cuida-se de decisão proferida na regência do CPC de 1973, sob o qual também foi manifestado o recurso, e conforme o princípio do isolamento dos atos processuais e o da irretroatividade da lei, as decisões já proferidas não são alcançadas pela lei nova, de sorte que não se lhes aplicam as regras do CPC atual, inclusive as concernentes à fixação dos honorários advocatícios, que se regem pela lei anterior.

II. Concernente ao tempo de contribuinte individual, anteriormente à Lei 10.666, de 2003, a obrigação de recolhimento das contribuições previdenciárias era do próprio segurado, que deveria comprovar o pagamento por meio de carnês e guias de recolhimento.

III. O reconhecimento do exercício de atividade remunerada pelo segurado, cuja filiação era facultativa ou, mesmo que de filiação obrigatória, em que não tenham sido vertidas as contribuições ao sistema previdenciário em tempo próprio, para fins de obtenção de benefícios previdenciários, reclama a necessária e prévia indenização, apurada nos termos da legislação da Previdência Social ao tempo do pedido administrativo, a fim de compor o custeio necessário à concessão de benefício.

IV. Para essa indenização, a legislação estabeleceu três critérios sucessivos: o primeiro, na dicção do art. 96, inciso IV, da Lei 8.213, a dizer que *o tempo de serviço anterior ou posterior à obrigatoriedade de filiação à Previdência Social só será contado mediante indenização das contribuições correspondentes ao período respectivo*. O anterior Regulamento da Previdência Social, Decreto 611/1991, dispunha, nos termos do art. 189, parágrafo único, que *o valor da indenização corresponderá a 10% (dez por cento) do valor previsto na Classe 1 (um) da Escala de Salário-Base de que trata o art. 38 do ROCSS (regulamento do custeio) vigente na data do pagamento*; o segundo, a partir da Lei 9.032, de 1995, que acrescentou o § 2º ao art. 45 da Lei de Custeio, quando a indenização era correspondente à média aritmética, simples, dos 36 (trinta e seis) últimos salários de contribuição; e o terceiro, a partir da Lei Complementar 128, de 2006, que introduziu o art. 45-A à Lei de Custeio, quando o valor da indenização passou a ser de 20% (vinte por cento) da média aritmética, simples, dos maiores salários de contribuição, reajustados (para segurado do RGPS; inciso I), ou da remuneração sobre a qual incidem as contribuições (para segurado de RPPS; inciso II). Em todos os casos, essa média seria ou será multiplicada pelo número de meses a serem aproveitados (art. 216, § 14, do Regulamento da Previdência Social).

V. Entretanto, deve-se assentar que a lei aplicável a essa indenização ao Regime Geral de Previdência Social é a vigente ao tempo do pedido administrativo para aproveitamento do tempo de atividade remunerada, porque é nesse momento que o segurado, filiado ao Regime Geral da Previdência Social ou ao Regime Próprio de Previdência Social, concretiza a vontade de aproveitar aquele tempo de trabalho, mediante a contrapartida do custeio do Regime Geral.

VI. No caso concreto, a parte-autora pleiteou administrativamente, em 2003, a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, mediante a averbação dos períodos em que desempenhou atividade remunerada como contribuinte individual, de 19/09/1967 a 31/03/1969, 23/02/1974 a 30/04/1975 e 10/03/1981 a 1º/02/1983, que foi indeferida administrativamente, mas posteriormente reconhecida em juízo, entretanto ainda não averbada pela autarquia à míngua do pagamento da indenização pelo segurado, em razão de divergência entre segurado e autarquia quanto aos critérios de apuração do respectivo valor.

VII. O aproveitamento da atividade jurisdicional e com vistas a alcançar a finalidade do direito material previdenciário, impõe julgar-se em parte procedente o pedido, para determinar ao INSS que proceda à apuração dos valores a serem indenizados, nos termos do art. 216, §§ 7º e seguintes, do Regulamento da Previdência Social, e apenas após o pagamento desse valor pelo segurado é que se procederá à revisão do ato inicial da concessão de aposentadoria, para incluir o tempo total de contribuição indenizado, com pagamento das diferenças de benefício, a partir da 23/07/2003, data da primeira DER.

VIII. O termo inicial do benefício é a data do primeiro requerimento administrativo, 23/07/2003.

IX. No que concerne ao pagamento de prestações vencidas, será observada a prescrição quinquenal (art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/1991, e Súmula 85 do STJ).

X. Correção monetária e juros moratórios conforme Manual de Cálculos da Justiça Federal, observada quanto aos juros a Lei 11.960, de 2009, a partir da sua vigência.

XI. Honorários advocatícios de 10% da condenação, nos termos da Súmula 111 do STJ.

XII. Apelação provida, em parte.

(Apelação Cível 0028681-72.2014.4.01.9199/MG, rel. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira, unânime, e-DJF1 de 22/03/2017, p. 1.141)

*Administrativo. Constitucional. Remoção a pedido, por permuta. Art. 36, parágrafo único, inciso III, alínea c, Lei 8.112/1990. Motivação inidônea. Teoria dos motivos determinantes. Inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, CF/1988).*

I. A Administração Pública tem o poder discricionário de estabelecer normas e critérios para os processos de remoção dos servidores, conforme sua liberdade e conveniência, não havendo qualquer violação aos princípios da isonomia ou razoabilidade. Precedentes.

II. Mostram-se ilegais e contrárias ao amplo acesso à Justiça, inscrito no art. 5º, XXXV, CF/1988, os arts. 19, inciso V, e 35 da Instrução Normativa 16/2009-DG/DPF e o art. 7º, V, da Portaria 619/2009-DGP/DPF, que vedam a participação no concurso de remoção dos servidores que estiverem lotados na unidade por força de decisão judicial ainda não transitada em julgado. Afinal, esses atos infralegais não encontram fundamento de validade na lei (art. 36, parágrafo único, inciso III, alínea c, da Lei 8.112/1990) e criam obstáculos oriundos do mero ajuizamento de ação. Além disso, essas regras afrontam a razoabilidade/proporcionalidade, pois permite que servidores nomeados em concursos posteriores sejam removidos antes dos servidores que lhes antecederam. Precedentes.

III. Apelação da União desprovida.

(Apelação Cível 0038671-97.2009.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Carlos Augusto Pires Brandão, unânime, e-DJF1 de 04/05/2017, p. 160)

*Constitucional e Administrativo. Mandado de segurança. Servidora pública federal. Horário especial sem compensação. Filho portador de necessidades especiais. Redução da jornada de trabalho. Possibilidade. Art. 98, § 3º, da Lei 8.112/1990.*

I. Hipótese em que a impetrante, servidora pública federal, pleiteia a concessão de horário especial, com a redução da jornada de trabalho, sem a necessidade de compensação, para permitir-lhe cuidar de seu filho, portador de necessidades especiais — CID F 84.0 – Transtorno do Espectro do Autismo.

II. Conforme o art. 98, § 3º, da Lei 8.112/1990, será concedido horário especial ao servidor que tenha cônjuge, filho ou Dependente portador de deficiência física, quando comprovada a necessidade por junta médica. Em regra, a concessão em questão ocorrerá mediante compensação de horário.

III. *In casu*, a juntada de relatórios e laudos médicos aos autos atesta ser o filho da autora portador de necessidades especiais que necessita da assistência direta e constante da mãe.

IV. No que diz respeito à compensação de horário, a jurisprudência desta Corte Regional, em casos tais, tem entendido que as normas constitucionais que dispensam especial proteção à família devem se sobrepor frente à gravidade da situação devidamente comprovada nos autos.

V. Apelação do INSS e remessa oficial não providas.

(Apelação/Reexame Necessário 0025240-97.2013.4.01.4000/PI, rel. Des. Federal Gilda Sigmaringa Seixas, unânime, e-DJF1 de 11/05/2017, p. 1.189)

*Previdenciário. Ação de cobrança. Aposentadoria por invalidez. Exercício posterior de mandato eletivo. Cancelamento do benefício. Nulidade. Possibilidade de percepção de proventos de aposentadoria simultaneamente ao exercício do cargo político.*

I. Sentença sujeita à revisão de ofício, eis que proferida contra o INSS (art. 496, I, do CPC).

II. O fato de o segurado estar em exercício de cargo eletivo não determina o cancelamento automático de sua aposentadoria por invalidez, por se tratar de vínculo de natureza diversa. O agente político não mantém vínculo de natureza profissional com a Administração Pública, exercendo por tempo determinado um *munus* público, conforme os vários segmentos da sociedade, todas com legítima representação nos órgãos de poder do Estado, em todos os seus níveis de governo.

III. Sendo legítima a acumulação de ambos os proventos, indevida é a suspensão do benefício, bem como a cobrança do período em que ela ocorreu, sob a alegação de ilegalidade da sua percepção.

IV. Correta a sentença que julgou improcedente o pedido do INSS de ressarcimento ao Erário dos valores recebidos pela parte-ré a título de aposentadoria por invalidez, referentes a período em que ocupou o cargo eletivo de vereador.

V. Apelação do INSS e remessa oficial, tida por interposta, desprovidas.

(Apelação Cível 0006769-69.2014.4.01.4300/TO, rel. Juiz Federal Ailton Schramm de Rocha (convocado), unânime, e-DJF1 de 17/05/2017, p. 642)

*Constitucional. Previdenciário. Processo Civil. Aposentadoria por tempo de serviço/contribuição. RGPS. Desaposentação c/c reaposentação. Aplicação inicial, no exame recursal, da jurisprudência então prevalente no TRF1. Mérito: pedido improcedente, sem devolução de valores.*

I. O CPC/2015 estipula que (art. 8º): “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá [...] a eficiência”, tal como a CF/1988 impõe a celeridade (art. 5º, LXXVIII).

II. E, mais, que (art. 526) “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, impondo-se aos julgadores a estrita observância da jurisprudência já estabilizada (art. 927): I - as decisões do STF controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

III. Doravante, desconsiderar a “jurisprudência qualificada” a que alude o art. 927, I a V, do CPC/2016, configura, no geral, julgado “sem motivação”, conforme estatuído na CF/1988 (inciso IX do art. 93) e no inciso VI do §1º do art. 489, c/c §1º do art. 927, ambos do mesmo Código de Ritos, que preceitua ser nulo o julgado que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

IV. Tamanha a força do precedente inculcado sob o rito das demandas repetitivas, que o CPC/2015 autoriza ao relator que, ao examinar eventuais recursos, faça preponderar — monocraticamente — a orientação correspondente (art. 932, IV, c, e V, c), sem sequer a necessidade de aguardar o seu trânsito em julgado, o que coincide com a disciplina do art. 1.040, II, do CPC/2015: “Publicado o acórdão paradigma [...] o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariara orientação do tribunal superior” (ecoando o § 3º do art. 543-B e o § 7º do art. 543-C, do CPC/1973).

V. É ler-se (2ª Turma do STJ, AgInt no REsp 1.606.454/SC, rel. Min. Herman Benjamin): “A jurisprudência amplamente dominante do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça preconiza que é desnecessário aguardar o trânsito em julgado para que os tribunais inferiores apliquem a orientação de paradigmas firmados nos termos dos arts. 543-B e 543-C do CPC.”

VI. Exatamente por tais razões, considera-se “omissa” (incisos I e II do parágrafo único do art. 1.022 do CPC/2015), assim oportunizando embargos de declaração que tal vício estanque, “qualquer decisão judicial” que “deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos [...]”; [...] ou incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, §1º.”

VII. É de se dar prevalência, portanto, sobrepujando a anterior posição majoritária estabelecida no âmbito deste TRF1, ao que restou decidido, em 27/OUT/2016, pelo Pleno do STF no RG-RE 661.256/SC, que tramitou sob o rito dos recursos repetitivos, aspecto que confere ao precedente a nota da especial eficácia (dispensadora de trânsito em julgado), em que se concluiu que (tese fixada): “No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91”. O Ministro Marco Aurélio não participou da fixação da tese. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello, e, nesta assentada, o Ministro Gilmar Mendes. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 27.10.2016. ”

VIII. Esta Corte, pois, se curva à compreensão do STF forjada em recurso repetitivo.

IX. Quanto à devolução/repetição dos valores porventura já percebidos pela parte-autora, por força das decisões judiciais havidas neste feito (majoração dos proventos), o STF (ARE 734242, rel. Min. Roberto Barroso, DJe. 08/09/2015) já decidiu que o benefício previdenciário recebido de boa-fé pelo segurado, em decorrência de decisão judicial, não está sujeito à repetição de indébito, em razão de seu caráter alimentar e em face da caracterização de boa-fé.

X. Prestigia-se tal entendimento, porque manifestação do STF (de maior quilate, portanto), em detrimento de orientação noutro sentido, oriunda da 1ª Seção do STJ, em sede de recurso repetitivo (RG-REsp 1.401.560/MT).

XI. Ônus sucumbenciais (custas e honorários advocatícios) realinhados.

XII. Apelação do INSS e remessa necessária parcialmente provida.

(Apelação/Reexame Necessário 0034722-82.2016.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal Gilda Sigmaringa Seixas, unânime, e-DJF1 de 02/06/2017, p. 597)

## Segunda Turma

*Constitucional e Previdenciário. Benefício assistencial. Loas. Art. 203, V, da CF/1988. Lei 8.742/1993. Pessoa portadora de deficiência física e/ou mental. Perícia médica. Incapacidade para o trabalho e vida independente. Hipossuficiência. Preenchimento dos requisitos legais. Sentença de procedência mantida.*

I. A Constituição Federal, em seu art. 203, inciso V, e a Lei 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social) garantem um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, independentemente de contribuição à seguridade social.

II. Os requisitos para a concessão do benefício de prestação continuada estão estabelecidos no art. 20 da Lei 8.742/1993. São eles: i) o requerente deve ser portador de deficiência ou ser idoso com 65 anos ou mais; ii) não receber benefício no âmbito da seguridade social ou de outro regime e iii) ter renda mensal familiar per capita inferior a ¼ do salário-mínimo (requisito para aferição da miserabilidade).

III. O col. STF, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, declarou que a regra constante do art. 20, § 3º, da Loas não contempla a única hipótese de concessão do benefício, e sim presunção objetiva de miserabilidade, de forma a admitir a análise da necessidade assistencial em cada caso concreto, mesmo que o *quantum* da renda *per capita* ultrapasse o valor de ¼ do salário-mínimo, cabendo ao julgador avaliar a vulnerabilidade social de acordo com o caso concreto.

IV. Também o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, consagrou a possibilidade de demonstração da condição de miserabilidade do beneficiário por outros meios de prova, quando a renda *per capita*

do núcleo familiar for superior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário-mínimo. Nesse sentido, cf. REsp 1.112.557/MG, Terceira Seção, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 20/11/2009.

V. Firmou-se o entendimento jurisprudencial de que, para fins de cálculo da renda familiar mensal, não deve ser considerado o benefício (mesmo que de natureza previdenciária) que já venha sendo pago a algum membro da família, desde que seja de apenas 1 (um) salário-mínimo, forte na aplicação analógica do parágrafo único do art. 34 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Precedentes.

VI. Considera-se deficiente aquela pessoa que apresenta impedimentos (físico, mental, intelectual ou sensorial) de longo prazo (mínimo de 2 anos) que podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Tal deficiência e o grau de impedimento devem ser aferidos mediante avaliação médica e avaliação social, consoante o § 6º do art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social.

VII. A incapacidade para a vida laborativa deve ser entendida como incapacidade para vida independente, para efeitos de concessão de benefício de prestação continuada.

VIII. Na hipótese, a incapacidade da parte-autora ao trabalho e à vida independente restou comprovada pelo laudo médico de fl. 55, que atesta que a requerente é portadora de hanseníase e transtorno bipolar. A condição de miserabilidade encontra-se escudada no Estudo Social de fl. 59, o qual informa que o núcleo familiar, composto pela requerente e seu esposo, não possui renda fixa, porquanto arrendaram terra de 1 (um) alqueire, onde residem, para plantar maracujá, mas a terra é de má qualidade, não produzindo tais frutos, circunstância que autoriza, assim, a concessão do benefício vindicado, conforme deferido pelo juízo singular.

IX. Os honorários advocatícios devem ser majorados para 15% (quinze por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a prolação da sentença, em razão do disposto no art. 85, § 11º, do NCPC, e tendo em vista o trabalho adicional realizado em grau recursal.

X. Apelação do INSS desprovida.

(Apelação Cível 0005142-09.2016.4.01.9199/RO, rel. Des. Federal João Luiz de Sousa, unânime, e-DJF1 de 09/05/2017, p. 649)

## Terceira Turma

*Improbidade. Administrativo. Processo Civil. Improbidade administrativa. Papiloscopista da Polícia Federal. Quebra de sigilo funcional. Art. 11, caput e inciso III, da Lei 8.429/1992. Ato ímprobo sobejamente comprovado. Dosimetria. Aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Perda da função pública. Multa civil. Aplicabilidade. Assistência judiciária. Ausência de comprovação do estado de hipossuficiência. Pagamento de custas. Precedentes jurisprudenciais do STJ e de Cortes Regionais. Sentença mantida. Apelação não provida.*

I. Não obstante a regra insculpida no art. 4º da Lei 1.060/1950, o entendimento jurisprudencial assente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a assistência judiciária deverá ser concedida aos requerentes que, efetivamente, comprovem o estado de hipossuficiente financeira.

II. Da compulsão do caderno processual, verifica-se que no presente recurso não foi juntado qualquer documento hábil a corroborar a alegação de que o apelante não possui condições de arcar com as custas do processo e dos honorários advocatícios, razão pela qual é de se indeferir o pleito.

III. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo MPF objetivando a condenação do requerido nas penalidades previstas no art. 12, III, da Lei 8.429/1992, pela prática de ato ímprobo consistente na revelação de informação, submetida ao dever de sigredo, obtida em razão do exercício do cargo de papiloscopista da Polícia Federal, a pessoa passível e que efetivamente foi submetida à investigação policial, conforme o IPL 28/2007.

IV. A conduta constatada prejudicou as investigações policiais, tendo em vista que o repasse de informações privilegiadas à pessoa investigada prejudicou sobremaneira o trabalho investigativo levado a efeito pela Polícia

Federal. Nesse contexto, a violação de sigilo funcional, mais que uma simples falta cometida por servidor público, atenta contra princípios muito caros à Pública Administração, tais como: da moralidade, honestidade e legalidade, fundamentos que norteiam a atividade dos agentes públicos.

V. O amplo acervo probatório adunado aos autos deixa indubitado que o requerido, ora apelante, policial federal, violou o sigilo funcional a que estava adstrito, repassando informação privilegiada a terceiro investigado. Dessa forma, desrespeitou e prejudicou não só a corporação a que pertencia, mas também a sociedade como um todo.

VI. O recorrente foi sancionado por valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, pelo cometimento de ato de improbidade administrativa, pela revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo, razão pela qual, a toda evidência, constata-se a presença do elemento subjetivo — a má-fé —, que possui tipificação específica no inciso III do art. 11 da Lei 8.429/1992, sobejamente comprovado nos autos e não refutado em sede de apelação, pelo que deve ser mantida, *in totum*, a sentença *a qua*.

VII. Sanções impostas na sentença à parte requerida, ora apelante — (a) perda da função pública, (b) pagamento de multa civil, (c) suspensão dos direitos políticos por três anos, e (d) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de três anos — fixadas em estrita observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

VIII. A condenação ao pagamento de multa civil, também, foi aplicada em estrita observância aos indigitados princípios, razão pela qual deve ser considerado suficiente o montante arbitrado no valor das 5 (cinco) últimas remunerações recebidas pelo requerido, ora apelante, conforme consignado na sentença *a qua*.

IX. Nos termos da iterativa jurisprudência desta Corte Regional, a parte-ré, condenada em sede de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, responde pelas custas processuais.

X. Apelação não provida.

(Apelação Cível 0046794-07.2011.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal Ney Bello, unânime, *e-DJF1* de 19/05/2017, p. 2.236)

*Penal. Processo Penal. Apelação. Peculato. Verbas públicas federais. Programa Habitar-Brasil. Caixa Econômica Federal. Licitação fraudada. Presidente da comissão de licitação. Ciência da irregularidade. Valores ilegais recebidos em conta-corrente. Condenação. Recebimento de vantagem indevida. Empregados da instituição financeira. Absolvição. Ausência e fragilidade das provas.*

I. Deve ser condenada pelo crime de peculato, a acusada que, na condição de presidente da comissão municipal de licitação, contribui para que o vencedor do certame se aproprie de parte significativa de verba federal do Programa Habitar-Brasil, pagando a ela para se omitir em relação à ilegalidade.

II. Empregados da Caixa Econômica Federal — engenheiros e dirigentes — não podem ser responsabilizados pela apropriação irregular das verbas federais oriundas de convênio entre a União e a municipalidade, seja porque a própria instituição financeira reconheceu a ausência de dolo ou má-fé na execução das tarefas, uma vez que a fiscalização das obras no interior do Estado do Tocantins foi terceirizada pela Caixa Econômica Federal, seja porque os problemas foram causados pela desorganização interna da unidade ao tempo dos fatos, situação igualmente reconhecida pela empresa pública federal, e, mais ainda, pela falta de provas de que se locupletaram.

III. Apelação parcialmente provida.

(Numeração única: 0001671-84.2006.4.01.4300, Apelação Criminal 2006.43.00.001671-3/TO, rel. Des. Federal Ney Bello, unânime, *e-DJF1* de 26/05/2017, p. 2.092)

*Penal. Processo Penal. Apelação. Exposição à venda de medicamentos falsificados, sem informação de origem, sem registro nos órgãos oficiais. Materialidade e autoria. Comprovação. Dosimetria. Pena privativa de liberdade. Alteração.*

*Preceito secundário do art. 273 do Código Penal. Inconstitucionalidade. Aplicação por analogia in bonam partem do preceito secundário do art. 33 da Lei de Drogas.*

I. Constitui crime tipificado no art. 273, §§ 1º e 1º-B, I, III, V e VI, do Código Penal, a exposição à venda do medicamento Pramil de origem aparentemente paraguaia, cuja comercialização é proibida no Brasil por força da Resolução Anvisa 766, de 6 de maio de 2002, de Vick Vaporub falsificado e de Sebo de Holanda Dolly, Pílulas contra Estupor, 'Pílulas Pinhão & Jalapa', 'Pílulas da Vida Dr. Rossi', sem indicação de fabricante, origem ou registro nos órgãos de controle, todos considerados medicamentos por peritos criminais federais.

II. A Corte Especial do STJ, por meio do julgamento da AI no HC 239.363/PR, à maioria, acolheu a arguição para declarar inconstitucional o preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, em razão da ofensa ao princípio da proporcionalidade das penas — necessidade e suficiência.

III. Aplica-se ao caso o preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/2006, em virtude da proteção à saúde pública e da hediondez, tal qual ocorre com o art. 273, § 1º-B, do Código Penal.

IV. Apelação provida em parte.

(Numeração única: 0007569-12.2008.4.01.3200, Apelação Criminal 2008.32.00.007711-1/AM, rel. Des. Federal Ney Bello, unânime, e-DJF1 de 02/06/2017, p. 1.242)

## Quinta Turma

*Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Portadores de deficiência, comprovadamente carentes. Transporte aéreo coletivo e interestadual de passageiros. Gratuidade. Garantia fundamental. Equilíbrio econômico-financeiro. Fonte de custeio. Desnecessidade. Dano moral coletivo. Cabimento. Adequação da via eleita. Competência territorial e dimensão de sua eficácia, neste julgado coletivo.*

I. Amparando-se a pretensão deduzida nos autos sobre o descumprimento de expressa disposição legal, em que se assegurou às pessoas de deficiência física, comprovadamente carentes, a gratuidade nos serviços de transporte coletivo interestadual, afigura-se manifestamente inoportuna a preliminar de inadequação da via eleita, com suporte no fundamento de que se trataria de pretendida declaração de inconstitucionalidade por omissão do Poder Público. Preliminar rejeitada.

II. A orientação jurisprudencial já sedimentada no âmbito de nossos tribunais é no sentido de que o art. 93, II, da Lei 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor não atrai a competência exclusiva da Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, quando o dano for de âmbito regional ou nacional, sendo que, nos casos de danos de âmbito regional ou nacional, cumpre ao autor optar pela seção judiciária onde deverá ingressar com a ação (AgRg no CC 118.023/DF, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 28/03/2012, DJe 03/04/2012).

III. Se a Lei 8.899/1994, ao regulamentar o sistema de transporte coletivo interestadual concedendo “passe livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual”, não permite que se infira a exclusão do transporte coletivo viário interestadual, querer limitar a expressão “transporte coletivo interestadual” aos transportes rodoviário, ferroviário e aquaviário, sem que a regulamentação possa incidir sobre os transportes aéreos é fazer *tabula rasa* aos preceitos esculpidos na Constituição Federal, em especial aos direitos fundamentais nela relacionados.

IV. A eficácia do art. 1º da Lei 8.899/1994 (regulamentada pelo Decreto 3.691/2000) independe da criação de fonte de custeio, à míngua de qualquer previsão legal nesse sentido. Precedentes do STF.

V. Eventual desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão celebrado pela empresa concessionária do serviço de transporte aéreo e interestadual de passageiro deverá ser submetido ao exame da Administração, não servindo de óbice à concessão do benefício em referência, sob pena de inviabilizar-se um dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição da República Federativa do Brasil, no sentido de se construir uma sociedade livre, justa e *solidária* (CF, art. 3º, I).

VI. O dano moral coletivo tem expressa previsão legal no art. 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor, na determinação de que são direitos básicos do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. Para a sua configuração, é imprescindível ser injustificável e intolerável a ofensa, ferindo gravemente os direitos de uma comunidade, como na hipótese dos autos, em que a concessionária dos serviços de transporte aéreo viola, flagrantemente, uma garantia legalmente assegurada às pessoas carentes portadoras de deficiência, na qualidade de consumidores usuários de tais serviços, do que resultam, inevitavelmente, transtornos de ordem física, psíquica e emocional, que se presumem, em casos que tais, em virtude da angústia e do sofrimento daí decorrentes, pela frustração do serviço público não prestado, oportunamente e na forma legal determinada.

VII. A todo modo, convém esclarecer, por oportuno, como garantia da eficácia plena deste julgado, em sua dimensão territorial, e por se tratar de questão de ordem pública, que o colendo Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento, no sentido de que “a restrição territorial prevista no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública (7.374/1985) não opera efeitos no que diz respeito às ações coletivas que visam proteger interesses difusos ou coletivos *stricto sensu*, como no presente caso” (CC 109.435/PR, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 22/09/2010, DJe 15/12/2010).

VIII. Apelação provida. Sentença reformada. Danos morais fixados em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil) reais, revertidos ao fundo previsto no art. 13 da Lei 7.347/1985.

(Numeração única: 0003120-16.2006.4.01.3803, Apelação Cível 2006.38.03.003235-6/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 20/08/2013, p. 170)

*Constitucional e Administrativo. Transporte coletivo interestadual de passageiros. Lei 10.741/2003. Estatuto do Idoso. Gratuidade e desconto no preço da passagem. Garantia fundamental. Equilíbrio econômico-financeiro. Fonte de custeio. Desnecessidade. Dano moral coletivo. Cabimento.*

I. A orientação jurisprudencial deste egrégio Tribunal e do colendo Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a eficácia do art. 40, incisos I e II, da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) independe da criação de fonte de custeio, mormente por já se encontrar devidamente regulamentada (Decretos 5.130/2004, 5.155/2004 e 5.934/2006).

II. Eventual desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão celebrado pela empresa concessionária do serviço de transporte interestadual de passageiro deverá ser submetido ao exame da Administração, nos termos do art. 9º, parágrafo único, do Decreto 5.934/2006, não servindo de óbice à concessão do benefício em referência, sob pena de inviabilizar-se um dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição da República Federativa do Brasil, no sentido de se construir uma sociedade livre, justa e *solidária* (CF, art. 3º, I).

III. O dano moral coletivo tem expressa previsão legal no art. 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor, na determinação de que são direitos básicos do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de *danos* patrimoniais e *morais*, individuais, *coletivos* e difusos”. Para a sua configuração, é imprescindível ser injustificável e intolerável a ofensa, ferindo gravemente os direitos de uma coletividade, como na hipótese dos autos, em que a concessionária dos serviços de transporte terrestre viola, flagrantemente, uma garantia legalmente assegurada às pessoas idosas hipossuficientes, na qualidade de consumidores usuários de tais serviços, do que resultam, inevitavelmente, transtornos de ordem física, psíquica e emocional, que se presumem, em casos que tais, em virtude da angústia e do sofrimento daí decorrentes, pela frustração do serviço público não prestado, oportunamente e na forma legal determinada.

IV. Apelação provida. Sentença reformada, condenando-se a empresa de transporte promovida Pluma Conforto e Turismo S/A no pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de danos morais coletivos, a ser revertido ao fundo previsto no art. 13 da Lei 7.347/1985, com os acréscimos legais devidos, no prazo de 5 (cinco) dias, após o trânsito em julgado deste *decisum*, *ordenando-se*, de logo, que a referida empresa cumpra, de imediato, a obrigação específica de fazer o cumprimento do comando previsto no art. 40, incisos I e II, da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), relativamente a todas as linhas de transporte interestadual de passageiros por ela operadas, sob pena de multa pecuniária, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para cada descumprimento desta ordem judicial,

cabendo à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, no exercício de suas funções institucionais (poder de polícia administrativa), velar pelo integral cumprimento deste julgado, sem prejuízo da responsabilidade criminal prevista no art. 14, inciso V e respectivo parágrafo único, do CPC.

(Numeração única: 0004831-38.2005.4.01.3400, Apelação Cível 2005.34.00.004825-8/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 11/03/2014, p. 111)

*Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV. Portaria 595/2013 do Ministério das Cidades. Ausência de publicidade de dados cadastrais de candidatos inscritos. Não ocorrência. Inspeção judicial. Desnecessidade.*

I. Limitando-se a discussão travada nos autos à aferição da publicidade, ou não, por meios físicos e eletrônicos, de dados cadastrais de candidatos inscritos no Programa Minha Casa Minha Vida – PMCV, no âmbito do Município de Uruana/GO, como no caso, e diante do conjunto probatório-documental produzido, afigura-se desnecessária a realização da inspeção judicial, para essa finalidade, a descaracterizar o aventado cerceamento de defesa, sob esse fundamento. Rejeição da preliminar de nulidade da sentença.

II. Na hipótese dos autos, restando demonstrado, mediante prova documental idônea, o cumprimento do item 2.4 e seguintes da Portaria 595/2013, editada pelo Ministério das Cidades, alusivas à publicidade, por meios físicos e eletrônicos, dos dados cadastrais dos candidatos inscritos no Programa Minha Casa Minha Vida – PMCV, no âmbito do Município de Uruana/GO, afigura-se incabível, na espécie, a concessão de provimento judicial, no sentido de sobrestar-se a execução do aludido programa, relativamente a novas contratações, até a implementação da referida exigência normativa, já devidamente cumprida.

III. Apelação desprovida. Sentença mantida.

(Apelação Cível 0041164-62.2014.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 07/11/2016, p. 952)

*Administrativo, Consumidor e Processual Civil. Ação civil pública. Contrato de prestação de serviços advocatícios. Ações previdenciárias. Cobrança abusiva de honorários advocatícios. Extorsão. Vulnerabilidade econômica e etária das vítimas. Ilegalidade. Repetição do indébito em dobro. Cabimento. Danos morais. Abalo da imagem da Justiça Federal. Frustração de expectativas legítimas do jurisdicionado. Possibilidade. Arbitramento do valor condenatório. Adequação. Ilegitimidade ativa. Incompetência. Preliminares rejeitadas.*

I. Não há que se falar em ilegitimidade ativa, na espécie dos autos, tendo em vista que o Ministério Público Federal está legitimado para ajuizar ação civil pública na defesa de interesses individuais homogêneos do consumidor, de relevante interesse público-social, como no caso, em que a demanda versa sobre suposta cobrança abusiva de honorários advocatícios, em ações previdenciárias.

II. Nesse contexto, afigura-se manifesta a competência da Justiça Federal, mormente em se tratando de ação ajuizada pelo Ministério Público Federal, no exercício regular de suas funções institucionais, cuja presença, no polo ativo da demanda, por si só, estabelece a competência da Justiça Federal para processar e julgar a demanda.

III. Na espécie, o farto conjunto probatório comprova a abusividade praticada pela advogada na cobrança de honorários advocatícios, no bojo de ações previdenciárias, em que a vulnerabilidade financeira e etária das partes fica ainda mais evidente. Assim, restou demonstrado que a promovida extorquiu clientes com a cobrança da verba honorária, inclusive obrigando alguns a contratarem empréstimos consignados a fim de adimplir honorários suplementares. Por outro lado, a promovida não logrou êxito em contraditar os fatos descritos na petição inicial nem os elementos de prova produzidos, sendo suas razões recursais resumidas a argumentos frágeis, desprovidos de substrato probatório. Ademais, cumpre destacar que a prestação de serviços advocatícios submete-se à legislação consumerista, que garante a nulidade de pleno direito de cláusulas contratuais (escritas ou verbais) que imponham

ao consumidor desvantagem exagerada (CDC, art. 51, IV), assim como a observância da boa-fé nas relações estabelecidas entre o prestador de serviço e o consumidor, o que certamente não se verificou na espécie.

IV. Ademais, a sentença recorrida não merece corrigenda quanto à reparação por danos morais, tendo em vista que se destina a compensar a legítima frustração de expectativas do jurisdicionado da Justiça Federal, coletivamente considerado, em relação ao proveito econômico a ser obtido com as demandas previdenciárias, redundando em abalo da imagem do Poder Judiciário, reputado por ineficiente e/ou injusto.

V. Acerca do *quantum* da reparação, tem-se entendido que se deve levar em consideração, para seu arbitramento, as circunstâncias e peculiaridades da causa, não podendo ser ínfimo, para não representar uma ausência de sanção efetiva ao ofensor, nem excessivo, para não constituir um enriquecimento sem causa em favor do ofendido. Nesse contexto, e considerando as circunstâncias do caso, em decorrência dos fatos narrados e que restaram indúvidos, afigura-se razoável o montante de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), a título de indenização por danos morais, na espécie.

VI. Apelação desprovida. Sentença confirmada.

(Numeração única: 0003105-09.2008.4.01.3502, Apelação Cível na Ação Civil Pública 2008.35.02.003157-0/GO, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 24/04/2017, p. 192)

*Constitucional. Ação civil pública. Tombamento. Dever de conservação. Imóveis integrantes do conjunto arquitetônico e urbanístico de São Luís/MA. Responsabilidade do proprietário, quando há capacidade financeira para empreender as obras.*

I. Na espécie, restou demonstrado nos autos que as edificações localizadas no Conjunto Arquitetônico e Urbanístico de São Luís/MA se encontram em precário estado de conservação, conforme relatos do Corpo de Bombeiros local e da área técnica do Iphan, de forma a justificar o provimento jurisdicional que impôs ao próprio Iphan a realização de obras estruturais, a fim de resguardar área integrante do patrimônio artístico e paisagístico brasileiro, nos termos do art. 23, III e IV, da Constituição Federal.

II. Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada.

(Reexame Necessário na Ação Civil Pública 0017777-05.2011.4.01.3700/MA, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, julgado em 17/05/2017)

*Constitucional e Administrativo. Ação civil pública. Regularização fundiária de terras ocupadas por comunidades de remanescentes de quilombos. Implementação de políticas públicas. Omissão do Poder Público. Ocorrência. Controle jurisdicional. Possibilidade.*

I. A orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito de nossos tribunais é no sentido de que se afigura legítima a atuação do Poder Judiciário, visando suprir eventual omissão do Poder Público, na implementação de políticas públicas, mormente em se tratando do exercício de garantia constitucional, como no caso, em que se busca dar eficácia ao direito de propriedade das terras ocupadas por comunidades de quilombolas.

II. As comunidades de remanescentes de quilombos, por força do Texto Constitucional, constituem patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216, incisos I, II, e respectivos §§ 1º e 5º), sendo-lhes assegurada, ainda, a propriedade das terras tradicionalmente ocupadas, nos termos do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, impondo-se ao Poder Público a adoção das medidas necessárias à efetividade dessa garantia constitucional.

III. Na hipótese dos autos, a omissão do Poder Público, cristalizada pela inércia do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra quanto à prática dos atos administrativos necessários à efetiva conclusão do procedimento administrativo instaurado com a finalidade de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pela comunidade de quilombolas descrita nos autos, afronta o exercício pleno desse direito, bem assim, a garantia fundamental da razoável duração do processo, com os meios que

garantam a celeridade de sua tramitação, no âmbito judicial e administrativo (CF, art. 5º, inciso LXXVIII), a autorizar a estipulação de prazo razoável para a conclusão do aludido procedimento.

IV. Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada.

(Apelação Cível 0004012-64.2011.4.01.3700/MA, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 23/05/2017, p. 1.160)

*Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Comunidade indígena. Povo Irantxe/Manoki. Identificação e demarcação das terras tradicionalmente ocupadas. Suspensão do procedimento demarcatório (Procedimento Administrativo Funai/BSB/08620.001600/82-65) violação aos princípios da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Não ocorrência. afronta ao art. 1º, § 1º, da Lei 8.437/1992. Inexistência.*

I. Limitando-se a pretensão deduzida nos autos de origem à declaração de nulidade do Procedimento Administrativo Funai/BSB/08620.001600/82-65, relativo à ampliação da demarcação da Terra Indígena Irantxe/Manoki, instaurado no âmbito da Fundação Nacional do Índio – Funai, não se aplica, na espécie, a norma do art. 1º, § 1º, da Lei 8.437/1992, segundo a qual, “não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado segurança, à competência originária de tribunal”, por não se tratar, no caso, de impugnação de ato de autoridade sujeita, na via mandamental, à competência originária de tribunal. Rejeição da preliminar de nulidade da decisão agravada, amparada nesse fundamento.

II. À luz do que dispõe o § 7º do art. 2º do Decreto 1.775, de 8 de janeiro de 1996, “aprovado o relatório pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, este fará publicar, no prazo de quinze dias contados da data que o receber, resumo do mesmo no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel”, facultando-se aos “Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior”.

III. Inexistindo previsão no referido ato normativo quanto à notificação pessoal de supostos detentores de títulos dominiais de imóveis inseridos nos limites da área de demarcação de terras indígenas, não se vislumbra, na espécie, a aventada violação aos princípios da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e do devido processual, a desautorizar a suspensão do procedimento administrativo demarcatório, sob tal fundamento.

IV. Agravo de instrumento provido. Decisão agravada reformada.

(Agravo de Instrumento 0003885-32.2015.4.01.0000/MT, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 08/06/2017, p. 704)

*Constitucional e Administrativo. Mandado de segurança. Exploração do serviço de retransmissão de sinal televisivo. Ausência de fiscalização. Omissão. Inércia do Poder concedente. Prevalência do interesse da população local. Razoabilidade. Processo de seleção para a outorga do serviço público em andamento. Funcionamento do canal de televisão assegurado até o exame final do assunto pelo órgão competente. Segurança concedida. Sentença mantida.*

I. Em que pese haver previsão legal no sentido de ser exigível prévia autorização administrativa para a retransmissão de sinal televisivo, não se mostra razoável privar a população local desse serviço público, prestado pelo próprio ente municipal, quando é notória a omissão e/ou a inércia do Poder Federal em outorgar a mencionada autorização a quem de direito, segundo a legislação aplicável ao caso, em flagrante contraposição ao interesse público dos cidadãos daquela localidade.

II. Ademais, importa registrar que, na hipótese dos autos, o canal televisivo funcionava desde os idos de 1991, enquanto a Anatel veio a realizar a fiscalização impugnada apenas em 2012, sendo que o processo seletivo para autorizar a execução do Serviço de Retransmissão de Televisão – RTV, na região do Município de Raul Soares, está em andamento, o que significa que ainda não houve a outorga do aludido serviço público a quem faça jus, justificando, portanto, a manutenção da sentença recorrida, com o prosseguimento das atividades do canal de TV, até apreciação final do assunto pelo órgão competente.

III. Remessa oficial e apelação da Anatel desprovidas. Sentença confirmada.

(Numeração única: 0041041-08.2012.4.01.3800, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, julgado em 14/06/2017)

*Reexame necessário. Mandado de segurança. Contrato administrativo. Pagamento pelos serviços prestados condicionados à regularidade fiscal da empresa. Ausência de previsão legal. Enriquecimento ilícito.*

I. A retenção do pagamento pelos serviços regularmente contratados e efetivamente prestados, sob a alegação de que a empresa contratada se encontra em situação irregular perante a Fazenda Pública, além de não encontrar amparo legal, configura enriquecimento ilícito da Administração Pública.

II. Embora tenha a Administração o poder de consultar cadastros de empresas que pretendam participar de procedimentos licitatórios, não pode bloquear o pagamento daquela que executou regularmente o serviço, a pretexto de supostas irregularidades verificadas posteriormente.

III. Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada.

(Numeração única: 0092378-65.20014.4.01.3800, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, julgado em 14/06/2017)

*Administrativo. Ensino superior. Recredenciamento de curso. Decreto 5.773/2006. Exigência de comprovação de regularidade fiscal e parafiscal. Ilegalidade.*

I. No caso em espécie, “afigura-se abusiva e ilegal a exigência de comprovação de regularidade fiscal e previdenciária, para recebimento e processamento de pedido de reconhecimento e de renovação de reconhecimento de curso superior, instituída mediante decreto, uma vez que extrapola os limites do seu poder regulamentar a imposição de exigências não previstas em lei, mormente quando utilizadas como modalidade de coação para o recebimento de tributos. Os eventuais débitos da instituição de ensino para com o Fisco devem ser cobrados por meios próprios, observando-se o devido processo legal” (Apelação Cível 0010846-86.2006.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente, Sexta Turma, e-DJF1, p. 216, de 16/03/2009).

II. Apelação desprovida. Sentença confirmada.

(Apelação Cível 0004705-45.2011.4.01.3507/GO, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, julgado em 14/06/2017)

*Constitucional. Administrativo. Direito à matrícula em colégio militar. Ensino médio. Possibilidade. Dependente de servidor público militar separado de fato. Exigência da separação ou do divórcio judicial. Violação aos princípios da legalidade e da igualdade. Situação de fato consolidada.*

I. No caso em espécie, houve a negativa de matrícula da filha do impetrante, oficial do Exército Brasileiro, no Colégio Militar de Belo Horizonte, cidade onde a estudante reside com a mãe, em virtude do Colégio Militar exigir, com fundamento no art. 52, II, e, da Portaria 42/2008, do Comando do Exército, a finalização do processo de divórcio dos genitores da aluna.

II. A exigência do término do processo de divórcio dos genitores para só então efetuar a matrícula da aluna no Colégio Militar representa evidente afronta aos princípios da legalidade e da igualdade e ao direito à educação. Além disso, a menor não pode ser privada de concretizar um direito pela simples ausência de meras formalidades.

III. Ademais, restringindo-se a pretensão mandamental postulada nestes autos à matrícula da filha do impetrante no Colégio Militar de Belo Horizonte, na respectiva série escolar, para o ano letivo de 2016, a qual já se concretizou, por força da decisão liminar proferida em 14/01/2016, resta caracterizada, na espécie, uma situação de fato já consolidada, cujo desfazimento já não mais se recomenda, sob pena de prejuízos irreparáveis à estudante, na linha, inclusive, do entendimento jurisprudencial consagrado em nossos tribunais.

IV. Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada.

(Numeração única: 0001740-15.2016.4.01.3800, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, julgado em 14/06/2017)

*Direito Civil e Direito Processual Civil. Sistema Financeiro da Habitação (SFH). Financiamento habitacional. Cobertura securitária. Incapacidade total e permanente. Caixa Econômica Federal (CEF) e seguradora. Legitimidade passiva ad causam. Prescrição. Não ocorrência. Determinação judicial. Litisconsórcio passivo. Obrigação conjunta.*

I. Em se tratando de litígio que verse sobre a cobertura securitária prevista em contrato de financiamento pelo Sistema Financeiro da Habitação, há de se entender que tanto a seguradora quanto a Caixa Econômica Federal devem figurar no polo passivo da demanda correspondente. Precedentes.

II. Na espécie, não transcorrido o intervalo de 1 (um) ano entre a aposentadoria por incapacidade (fevereiro/2008) e a comunicação do sinistro à seguradora (março/2008), não há que se falar em prescrição.

III. Formado o litisconsórcio passivo, os respectivos réus são responsáveis pelo cumprimento do comando judicial, havendo a possibilidade de ação de regresso para discutir qualquer eventual prejuízo.

IV. Recurso desprovido. Sentença confirmada.

(Numeração única: 0003971-05.2008.4.01.3700, Apelação Cível 2008.37.00.004101-2/MA, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, julgado em 14/06/2017)

*Constitucional e Administrativo. Ensino superior. Transferência entre campus da mesma instituição de ensino. Doença. Cardiopatia congênita. Observância do requisito da congeneridade. Garantia constitucional à saúde, à educação e à unidade e proteção familiar (arts. 196, 205, 226 e 229 da Constituição Federal). Situação de fato consolidada.*

I. As garantias constitucionais do direito à saúde, à educação e à unidade familiar asseguram à impetrante, regularmente matriculada em instituição pública de ensino superior, o direito à transferência para outro *campus* da mesma entidade de ensino, notadamente em virtude das enfermidades que a acometem, devidamente comprovadas nos autos, como forma de proteção à saúde e à família, base fundamental da sociedade, a sobrepor-se a qualquer requisito legal, administrativo e/ou burocrático, que possa inibir o seu regular exercício.

II. No caso em exame, deve ser preservada, ainda, a situação de fato consolidada com o deferimento da tutela de urgência em sede de agravo por instrumento em 27/03/2015, que garantiu à impetrante a efetivação da transferência pleiteada, pelo que se mostra, portanto, desaconselhável a desconstituição da referida situação fática, neste contexto processual.

III. Remessa necessária e apelação desprovidas. Sentença confirmada.

(Apelação Cível 0006593-31.2015.4.01.3500, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, julgado em 14/06/2017)

*Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Direito à saúde. Fornecimento de medicamento. Câncer de mama. Trastuzumabe (herceptin). União Federal, estado e município. Direito humano fundamental e difuso, constitucionalmente garantido. Ilegitimidade passiva. Preliminar rejeitada. Honorários advocatícios. Arbitramento. Adequação.*

I. Na espécie, não prospera a alegação de ilegitimidade passiva, uma vez que, na inteligência jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal, “o recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.” (RE 607381 AgR, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-116, divulg. 16/06/2011, public. 17/06/2011, ement. Vol-02546-01, p. 209).

II. Destaque-se, ainda, que na visão jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal, “é certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, ‘Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976’, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política ‘não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado’ (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, ‘The Cost of Rights’, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – Depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (‘A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais’, p. 245-246, 2002, Renovar): ‘Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.’ (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da ‘reserva do possível’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um

lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL ('Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha', p. 22-23, 2002, Fabris): 'A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' [...]. Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.' (ADPF 45 MC, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004, p. 12, RTJ VOL-00200-01, P-00191)

III. Em sendo assim, caracterizada, na espécie, a grave situação das pacientes com câncer de mama, no Estado da Bahia, a qual foi objeto de prévio procedimento administrativo instaurado pela Defensoria Pública da União, assim como a impossibilidade das pacientes de arcarem com o alto custo do tratamento oncológico, afigura-se juridicamente possível o fornecimento pelo Poder Público do medicamento requerido, conforme indicação médica, possibilitando-lhes o exercício do seu direito à vida, à saúde e à assistência médica, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, a sobrepor-se a qualquer outro interesse de cunho político e/ou material. Precedentes.

IV. Não prospera a irrisignação quanto ao valor arbitrado a título de verba honorária, eis que se encontra em conformidade com a regra do § 4º do art. 20 do então vigente CPC, com vistas nos parâmetros previstos nas alíneas a, b e c do aludido dispositivo legal, atentando-se para a importância da causa, a natureza da demanda, o princípio da razoabilidade, bem como respeitando o exercício da nobre função e o esforço despendido pelo ilustre defensor público, no caso em comento.

V. Não se conhece da remessa oficial, nos casos em que a sentença monocrática estiver fundada em jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal (CPC/1973, art. 475, § 3º).

VI. Remessa oficial não conhecida. Apelações da União Federal, do Estado da Bahia e do Município de Salvador desprovidas. Apelação da Defensoria Pública da União provida.

VII. Processo julgado na linha da prioridade legal estabelecida no art. 1.048, I, do novo CPC.

(Numeração única: 0008934-58.2009.4.01.3300, Apelação/Reexame Necessário 2009.33.00.008939-0/BA, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 16/06/2017, p. 583)

*Constitucional e Administrativo. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Instalação de posto de saúde em comunidades indígenas (povo Yanomani – comunidades Lapaz e Hokomanawo ou Hokomanawë). Omissão do poder público. Controle jurisdicional. Possibilidade. Garantia constitucional do direito à saúde pública e da dignidade da pessoa humana (CF, arts. 5º, XXXV, 196, 216, inciso II, e 231, caput e respectivo § 3º).*

I. A tutela jurisdicional em que se busca a instalação de posto de saúde para fins de atendimento médico a comunidades indígenas, como no caso, tem por finalidade garantir aos seus integrantes condições existenciais mínimas, prestigiando-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde pública, como garantias fundamentais asseguradas em nossa Carta Magna, englobando a proteção de um direito de todos e de um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196 da Constituição Federal).

II. Nos termos do item 2 do art. 25 da Convenção OIT 169, que dispõe sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada pelo Decreto 5.051/2004, “os serviços de saúde deverão ser organizados, na medida do possível, em nível comunitário. Esses serviços deverão ser planejados e administrados em cooperação com os povos interessados e levar em conta as suas condições econômicas, geográficas, sociais e culturais, bem como os seus métodos de prevenção, práticas curativas e medicamentos tradicionais”.

III. Nesse contexto, “os índios têm direito aos meios de proteção à saúde, facultados à comunhão nacional”, assegurando-se-lhes especial assistência dos Poderes Públicos, em estabelecimentos a esse fim destinados, na infância, na maternidade, na doença e na velhice (Lei 6.001/1973 – Estatuto do Índio), mediante o pleno acesso aos serviços de saúde, nos termos dos arts. 196 a 200 da Constituição Federal e da Lei 8.080/1990, com as modificações implementadas pela Lei 9.836/1999, salvaguardando-se, assim, as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos aludidos povos (Convenção OIT 169), os quais deverão de ser prestados em postos de saúde instalados para esse fim, nos termos do que dispõe o Anexo à Portaria 254/2002 do Ministério da Saúde, na dicção de que, “nas aldeias, a atenção básica será realizada por intermédio dos Agentes Indígenas de Saúde, nos postos de saúde, e pelas equipes multidisciplinares periodicamente, conforme planejamento das suas ações”.

IV. Na hipótese dos autos, constada a omissão do Poder Público, impõe-se a intervenção do Poder Judiciário republicano, para assegurar o direito à saúde e à vida das comunidades indígenas, que se encontram constitucionalmente tuteladas (CF, arts. 5º, XXXV, 196, 216, inciso II, e 231, caput e respectivo § 3º), mediante a instalação de Posto de Saúde junto às comunidades indígenas Lapaz de Hokomanawo ou Hokomanawë, nos termos da sobredita Portaria 254/2002 do Ministério da Saúde, afigurando-se irrelevante, para essa finalidade, a cultura de vida nômade adotada pelos referidos povos.

V. Desprovimento da remessa oficial e da apelação da União Federal. Provimento do recurso interposto pelo Ministério Público Federal. Sentença reformada, parcialmente, para julgar integralmente procedente a demanda. (Apelação/Reexame Necessário 0002098-75.2015.4.01.4200/RR, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 20/06/2017, p. 742)

## Sexta Turma

*Administrativo. Anvisa. Concessão de registro sanitário a medicamentos genéricos e similares. Testes de eficácia e segurança dos medicamentos de referência submetidos a registro. Direito de exclusividade. Sigilo. Violação. Inexistência.*

I. Não se conhece da preliminar de perda de objeto e conseqüente falta de interesse recursal da autora por decurso do decênio do impedimento que se fundamenta o pleito, por ter ocorrido o termo final em 2014. Sentença proferida e publicada em 2016, sem tratar do tema, apesar de alegado antes do julgamento, não interpôs o réu apelado os respectivos embargos de declaração, para provocar o debate na instância *a qua*.

II. Segundo a Lei 6.360/1976, com a redação dada pela Lei 9.787/1999, medicamento genérico é definido como sendo aquele “[...] medicamento similar a um produto de referência ou inovador, que se pretende ser com este

intercambiável, geralmente produzido após a expiração ou renúncia da proteção patentária ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade, e designado pela DCB ou, na sua ausência, pela DCI” (art. 2º, XXI).

III. Inexiste violação ao Acordo Trips, o qual dispõe que os membros signatários adotarão as medidas necessárias à proteção dessas informações confidenciais, impedindo que tais dados sejam divulgados propiciando a concorrência desleal, excetuados para proteger o público, bem assim ao art. 195, XIV, da LPI (crime de concorrência desleal), pois não consta que a Anvisa se utilize das informações constantes dos dossiês a ela apresentados quando do registro sanitário dos medicamentos de referência ou que as forneça às empresas interessadas no registro sanitário de determinado medicamento genérico, mesmo porque isso não é necessário, já que o desenvolvimento do produto é realizado por intermédio de engenharia reversa, em que o produto de referência acabado, que pode ser encontrado em qualquer estabelecimento que comercialize produtos farmacêuticos, é decomposto até se chegar à molécula de seu princípio ativo.

IV. Para a concessão do registro sanitário não é necessário sequer que a patente do produto de referência tenha expirado. O que não pode ocorrer antes desse prazo é a sua produção e comercialização.

V. O conhecimento da segurança e eficácia do produto de referência já é público e notório, senão ele não teria obtido seu registro sanitário, motivo pelo qual não faz sentido o argumento de que a Anvisa se aproveita dessas informações para conceder o registro aos medicamentos genéricos.

VI. Não faria sentido exigir que as empresas realizassem seus próprios testes de segurança e eficácia, já que isso geraria gastos desnecessários para os fabricantes de medicamentos genéricos, que, ao final do processo, acabariam por repassar esses custos ao consumidor final, inviabilizando a Política Nacional de Medicamentos Genéricos, que tem como escopo assegurar à população o acesso a medicamentos de qualidade por um preço mais baixo.

VII. Se foi da própria vontade do legislador a retirada da expressão “humano” da redação original da MP 69/2002, quando de sua conversão na Lei 10.603/2003, que regula a proteção, contra o uso comercial desleal, de informações relativas aos resultados de testes ou outros dados não divulgados apresentados às autoridades competentes como condição para aprovar ou manter o registro para a comercialização de produtos farmacêuticos de uso veterinário, fertilizantes, agrotóxicos seus componentes e afins, não faria sentido aplicar, por analogia, o inciso I do art. 4º dessa lei para assegurar, também aos produtos farmacêuticos de uso humano, essa proteção pelo prazo de 10 anos.

VIII. Não padece de ilegalidade o ato de concessão, por parte da Anvisa, de registros sanitários a medicamentos genéricos, já que amparado nas Leis 6.360/1976 e 9.787/1999, mesmo porque, caso contrário, estaria em jogo a própria Política Nacional de Medicamentos Genéricos do Governo Federal, que veio possibilitar à população, especialmente àquela parcela mais carente, o acesso a medicamentos essenciais a preços bem mais acessíveis do que aqueles praticados pelos fabricantes dos produtos de referência.

IX. Recurso de apelação das autoras a que se nega provimento.

(Apelação Cível 0036154-51.2011.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 03/05/2017, p. 274)

*Administrativo. Programa Mais Médicos para o Brasil. Médico intercambista. Habilitação para o exercício da Medicina no exterior. Não validado pelo país de origem.*

I. O “Programa Mais Médicos” foi instituído por meio da Medida Provisória 621, de 08/07/2013, convertida na Lei 12.871/2013, com a finalidade formar recursos humanos na área médica para o Sistema Único de Saúde – SUS.

II. No âmbito desse programa, foi instituído o “Projeto Mais Médicos para o Brasil”, com o fim de aperfeiçoar médicos na atenção básica em regiões prioritárias para o SUS, mediante a oferta de curso de especialização por instituição pública de educação superior e atividades de ensino, pesquisa e extensão, que terá componente assistencial mediante integração ensino-serviço.

III. De acordo com o art. 13, incisos I e II, da Lei 12.871/2013, o “Projeto Mais Médicos para o Brasil” será oferecido aos médicos formados em instituições de educação superior brasileiras ou com diploma revalidado no País (inciso

I) e aos médicos formados em instituições de educação superior estrangeiras, por meio de intercâmbio médico internacional (inciso II).

IV. Para fins do projeto, considera-se “médico intercambista” aquele formado em instituição de educação superior estrangeira com habilitação para exercício da Medicina no exterior (art. 13, § 2º, inciso II).

V. Embora graduada e habilitada para o exercício da Medicina em Cuba, afirma o país de origem do diploma que a candidata não apresentou os documentos de habilitação para o exercício da Medicina no exterior, conforme exigência do item 2.2, *b* da Portaria Interministerial 1.369/2013, validados pelo país de origem (Cuba).

VI. “[...] 5. No caso, embora o autor seja graduado e habilitado para o exercício da Medicina em Cuba, sendo considerado, pois, médico intercambista, não apresentou documento de habilitação para o exercício da Medicina no exterior, conforme exigência do item 2.2, *b*, do mencionado Edital. 6. Apelação do autor a que se nega provimento.” (AC 0009939-58.2014.4.01.4200/RR, rel. Desembargador Federal Néviton Guedes, Quinta Turma, *e-DJF1* de 09/09/2016).

VII. Excepcionalidade no caso *sub examine*, por atestado pela própria autoridade do Ministério da Saúde da República de Cuba, o registro da autora como “intercambista” com posterior relação de 245 médicos, incluída aquela, assinada pela mesma autoridade cubana no sentido que tais profissionais não possuem documento válido para exercício da medicina no exterior.

VIII. Particularidade que torna desarrazoada a atitude da Administração Pública brasileira, quando se verifica que todos os 245 médicos, indicados por Cuba para serem excluídos do programa, não são cubanos porém de outras nacionalidades latino-americanas.

IX. Especialização da autora em Atenção Básica em Saúde da Família realizada na Universidade Federal no País, a demonstrar a plena validade, sem restrições, de seu diploma para exercer medicina fora de Cuba.

X. Recurso de apelação da autora a que se dá provimento. Determinado o prosseguimento no “Programa Mais Médicos”. Honorários advocatícios fixados em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

(Apelação Cível 0006175-39.2014.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, *e-DJF1* de 03/05/2017, p. 204)

*Apelação cível. UFMG. Responsabilidade civil objetiva. Esquecimento de objeto cirúrgico em paciente. Danos morais. Ocorrência. Valor majorado. Danos materiais. Ausência de demonstração cabal. Juros e correção monetária. Aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/1997. Incabimento, a princípio. Prevalência do Manual de Cálculos da Justiça Federal. Possibilidade de modificação, conforme entendimento do STF. Sucumbência recíproca. Ocorrência. Sentença parcialmente reformada.*

I. Nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a responsabilidade civil da Administração Pública se dá objetivamente, pela adoção da teoria do risco administrativo, em razão de condutas perpetradas por seus agentes no exercício regular de suas atribuições.

II. Assim sendo, conjugando o dispositivo constitucional aludido, com o disposto nos arts. 186 e 927 do Código Civil, para a configuração da responsabilidade civil dos entes públicos e do consequente dever de indenizar, incumbe ao administrado demonstrar a prática de conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade direto e imediato entre ambos (art. 403, CC), afastada a necessidade de comprovação de culpa ou dolo. Precedentes.

III. Caso em que houve esquecimento de lâmina cirúrgica metálica de 4,5 cm de espessura e 32 cm de envergadura na cavidade abdominal da autora, situação que perdurou por 18 (dezoito) meses, a configurar evidente erro médico, já que ausente checagem prévia ou posterior dos instrumentos utilizados na cirurgia, bem como em razão da negligência dos profissionais que acompanharam a autora posteriormente, que não analisaram de maneira cuidadosa a região do corpo em que realizado o procedimento, demorando tempo excessivo para constatar a presença do material estranho.

IV. Danos morais presumíveis pela situação descrita, além da evidente violação da integridade física da parte-autora. Precedentes.

V. Indenização por danos morais que se majora de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), condizentes com o tamanho do objeto esquecido, o erro médico cometido, a negligência dos demais médicos que demoraram demasiadamente para descobri-lo e a necessidade de realização de nova cirurgia para sua retirada.

VI. Os danos materiais sustentados pela autora, relativos às remunerações que deixou de receber por não poder exercer a atividade de pastora, não demonstrados nos autos, bem como inexistente atual incapacidade laboral.

VII. À míngua de definição específica acerca da amplitude da inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, bem como de potencial modulação de efeitos de sua declaração pelo c. STF, já que pendente o julgamento as ADIs 4.357/DF e 4.425/DF e o RE 870.947/SE, deve, por precaução ser aplicado o índice de correção monetária e de juros de mora previsto no Manual de Cálculos da Justiça Federal, por ser o parâmetro oficialmente adotado pelo CJF, sem prejuízo, contudo, da prevalência de eventual entendimento que venha a ser fixado pela Corte Suprema, se os processos aludidos forem definitivamente julgados até o cumprimento do presente julgado.

VIII. Tendo a parte-autora realizado dois pedidos, um de indenização por danos morais e outro por danos materiais, sendo apenas um deles acolhido, constata-se a sucumbência recíproca, portanto, aplicável à espécie o art. 21, *caput*, do CPC/1973 e não o seu parágrafo único.

IX. Recurso de apelação da autora a que se dá parcial provimento (item V) e recurso de apelação da UFMG a que se dá parcial provimento (item VII).

(Apelação Cível 0040495-94.2005.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, *e-DJF1* de 03/05/2017, p. 83)

*Administrativo. Concurso público. Polícia Federal. Cargo de agente de Polícia Federal. Sistema de cotas raciais. Candidato autodeclarado pardo. Eliminação após procedimento administrativo de verificação de candidato negro (pardo ou preto). Critério subjetivo. Verificação do fenótipo por fotografia. Não admissão. Determinação de nova verificação administrativa. Verificação presencial. Candidato considerado pardo. Comprovação por outros meios. Documentos juntados aos autos.*

I. Apesar de não existir no edital que rege o certame a previsão de uma fase “verificação da condição de candidato negro (preto ou pardo)”, há a estipulação de uma verificação quanto à autenticidade da autodeclaração feita pelo candidato, conforme no subitem 5.1.4.1 e parágrafo único do art. 2º da Lei 12.990/2014, não havendo nenhuma ilegalidade ou desrespeito ao edital a Administração convocar os candidatos para confirmar a declaração feita na hora da inscrição.

II. Não é o caso de se adentrar no critério da Administração para avaliar a autodeclaração dos candidatos, mas a avaliação do fenótipo já traz um alto grau de subjetividade e, sendo feita por análise fotográfica, enviada pelo candidato, pode ocorrer equívocos, em razão da qualidade da foto, luz, enquadramento e diversos outros motivos.

III. A simples análise da fotografia, ainda mais quando fornecida pelo candidato, fere o princípio da isonomia, devendo essa ser feita pela própria Administração, ou de melhor monta, de forma presencial.

IV. Candidato que era tido como negro pela sociedade, conforme “Cadastro Geral de Empregados e Desempregados - CAGED” e “Boletim do Ocorrência do Corpo de Bombeiro Militar”.

V. Em virtude da decisão proferida em sede de Agravo de Instrumento 0008535- 95.2015.4.02.0000, dada pela 5ª Turma do TRF 2ª Região, nos autos da ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal, o autor realizou novo procedimento administrativo de verificação da condição de candidato negro (parto ou preto), dessa vez presencial, no qual foi considerado pardo, sendo aprovado de forma regular para participar do curso de formação.

VI. Em regra, ao candidato *sub judice* não se reconhece direito à nomeação e posse, antes do trânsito em julgado da decisão, já que inexistente, em Direito Administrativo, o instituto da posse precária em cargo público (AMS 0006306-34.2002.4.01.3400/DF, *e-DJF1* de 28/06/2010).

VII. É possível, no entanto, a nomeação e posse antes do trânsito em julgado nos casos em que o acórdão do tribunal seja unânime. Precedentes desta e. Corte.

VIII. Recurso de apelação da União ao qual se nega provimento. Recurso de apelação do autor que se dá provimento, reconhecendo como válida sua autodeclaração comprovada pelo exame presencial (item V), e, conseqüentemente, declarando nula a modificação realizada no edital original, pelo edital 8/2015-DGP/DPF, bem como declarando nulos o Edital 14/2015-DGP/DPF e a eliminação do autor do certame. Nomeação e posse imediatas.

(Apelação Cível 0039522-90.2015.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, unânime, e-DJF1 de 12/05/2017, p. 1.067)

*Apelações cíveis. Município de Pugmil. Programa habitacional. Exclusão de cidadã de maneira sumária. Processo administrativo realizado com inúmeras irregularidades. Favorecimento de pessoa próxima à prefeita. Ato administrativo nulo. Direito de moradia do indevidamente favorecido não deve prevalecer sobre o de pessoa preterida em programa social. Danos morais. Ocorrência. Sentença mantida.*

I. Embora os arts. 434 e 435 do CPC/2015 permitam a juntada de documentos novos a qualquer momento, tais documentos devem refletir fatos supervenientes, ou restar cabalmente demonstrada a impossibilidade de sua obtenção por parte do interessado durante o curso da instrução processual. Tratando-se de documento público disponível a qualquer interessado, de fácil acesso, não se pode admitir sua juntada apenas por ocasião de oposição de embargos de declaração, devendo ser desentranhados. Precedentes. Preliminar acolhida.

II. A legitimidade nada mais é do que a pertinência subjetiva para a demanda. Assim, ao requerer a parte-autora anulação de ato administrativo municipal praticado contra si, que a excluiu de programa habitacional, tem pertinência para ajuizar a presente ação. Aferir se à época possuía ou não os requisitos para constar de tal projeto social é matéria que demanda análise probatória, portanto, atinente ao mérito recursal, sobretudo tendo em vista a teoria da asserção pela jurisprudência pátria. Precedentes. Preliminar rejeitada.

III. A prova utilizada pelo magistrado de primeiro grau para fundamentar seu *decisum* adveio de ação de improbidade administrativa, com regular submissão das partes ao contraditório e à ampla defesa. Além disso, o magistrado de primeiro grau também faz menção aos depoimentos colhidos em inquérito policial, aos autos de processo administrativo e a depoimento pessoal da ré Maria de Conceição dos Reis Santos e das testemunhas Aparecida Alexandre Gomes, Débora Francisca Dutra e Francisco de Assis dos Santos Lima, colhidos ao longo da presente demanda, não havendo que se falar em nulidade da sentença recorrida. Preliminar de nulidade processual rejeitada.

IV. Comprovada a ocorrência de conduta arbitrária perpetrada pela Administração, que culminou com a exclusão da autora de programa de moradia sem ter-lhe sido concedido prévio e regular contraditório e ampla defesa, é de ser reconhecida a nulidade do ato administrativo praticado.

V. Decorrendo a ocupação de imóvel pela parte-ré de conduta administrativa maculada por pessoalidade, advinda de franco favorecimento pessoal, por ser a requerida pessoa próxima à prefeita que praticou ato ilícito, não há que se falar em violação a seu direito de moradia, eis que ilegitimamente obtido, devendo prevalecer o direito de moradia de quem indevidamente preterido.

VI. Demonstrada a preterição indevida da autora que culminou com a sua exclusão arbitrária de programa habitacional destinado a pessoas de baixa renda, é de ser reconhecida violação a seu direito de personalidade, fazendo jus à indenização por danos morais.

VII. Danos morais fixados em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) que se coadunam com os parâmetros jurisprudenciais desta e. Corte para situações de franca violação ao direito de moradia.

VIII. Recurso de apelação do Município de Pugmil e de Maria da Conceição dos Reis Santos a que se nega provimento.

(Apelação Cível 0006911-44.2012.4.01.4300/TO, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 12/05/2017, p. 1.022)

*Civil e Administrativo. Servidor público demitido mediante processo administrativo em razão de falta disciplinar. Inclusão em relação de demitidos. Legalidade. Matéria jornalística sobre a atuação da Controladoria-Geral da União – CGU. Indicação de link de acesso à lista de demitidos em razão de indisciplina e corrupção. Inexistência de menção pontual a qualquer dos integrantes da lista. Inexistência de fatos ou indícios configuradores de abalo emocional, prejuízo profissional, social e familiar. Dano moral não comprovado. Pretensão indenizatória desacolhida. Apelação desprovida.*

I. A configuração de dano moral, ensejador de apontado abalo emocional, rompimento e desestruturação de laços familiares e sociais e prejuízo ao exercício profissional, conquanto vinculado a matizes subjetivas (ressalvada situações em que é manifesta a lesão moral, a exemplo do que se verifica com o evento morte), requer, a exemplo do dano material, demonstração mínima, mediante fatos ou pelo menos indícios.

II. No caso dos autos, o nome do autor foi incluído em relação de servidores públicos federais demitidos em razão de indisciplina e corrupção, e, em momento posterior, quando já havia sido reintegrado ao seu cargo por força de decisão liminar em mandado de segurança, foi veiculada matéria jornalística sobre a relevância da função desempenhada pela Controladoria-Geral da União – CGU, disponibilizando *link* para acesso à mencionada lista, na qual ainda constava o seu nome, não havendo sido feito na reportagem, contudo, menção específica a qualquer pessoa, mas, apenas, ao trabalho da CGU, não havendo sido demonstrada, de outro modo, nenhuma evidência do abalo emocional que teria sido causado ao autor, como, a título de exemplo, a realização de eventual tratamento psicológico ou psiquiátrico, ou uso de medicação para esse. Também não foi demonstrada nenhuma situação que tenha configurado prejuízo profissional ou social em razão do aludido fato, circunstância que, pelo seu conjunto, não se mostra apta a configurar a apontada ocorrência de dano moral.

III. O Estado deve observar, de modo vinculado, a observância do princípio da publicidade, que alcança os atos administrativos referentes aos servidores, sendo portanto exigência legal, e não excesso, a composição de lista referente à informação sobre servidores demitidos. No caso, ratifica-se, na matéria veiculada constava apenas a possibilidade de acesso a essa lista.

IV. Apelação conhecida e desprovida.

(Apelação Cível 0030152-02.2010.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Kassio Marques, maioria, e-DJF1 de 12/05/2017, p. 1.003)

*Apelação cível e remessa necessária. CRC/DF. Ausência de procuração de advogado subscritor. Inexistência de regularização processual. Ausência de pressuposto processual. Não conhecimento do recurso. Fraude praticada por terceiro. Requisição de fichas cadastrais. Abertura de empresas fantasmas. Danos morais. Ocorrência. Responsabilização da autarquia profissional em razão de falha em sua atividade fiscalizatória. Diligência superior à exigida do homem médio em virtude de suas atribuições. Dever de indenizar. Configuração. Valor da indenização. Razoabilidade. Sentença mantida.*

I. Caso em que, o advogado subscritor do recurso de apelação não possui procuração nos autos lhe conferindo poderes para atuação em juízo e, embora instado em duas oportunidades distintas para resolução de tal vício processual, não providenciou o recorrente a devida regularização de sua representação processual.

II. Não merece ser conhecido o recurso no qual se constata a ausência de pressuposto essencial ao desenvolvimento válido do processo, qual seja, capacidade postulatória, ante a inexistência de instrumento que confira validamente poderes ao patrono subscritor do feito. Precedentes. Exame da matéria que se faz, contudo, em sede de remessa necessária.

III. A responsabilidade da Administração Pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal é de natureza objetiva, em razão da adoção da teoria do risco administrativo. Assim, para a configuração do dever de indenizar pelo ente público, nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil, basta a demonstração da prática de ato ilícito por agente público, dano e nexos de causalidade entre ambos, dispensada a comprovação de culpa ou dolo.

IV. *In casu*, sendo incumbência da autarquia-ré conceder fichas cadastrais para abertura de empresas a pedido de seus filiados, é razoável dela se esperar diligência superior a do homem médio na consecução de atividades nas quais é especializada, daí não elidir a sua responsabilidade a atuação de terceiros fraudadores, já que se trata de risco inerente às suas atribuições.

V. Em razão do fornecimento de fichas cadastrais a fraudadores em nome da autora, foi-lhe atribuída iniciativa de abertura de inúmeras empresas “fantasmas”, fato que por si só daria ensejo à reparação por danos morais. Ademais disso, sofreu procedimento administrativo disciplinar por parte do próprio CRC em razão da fraude de que foi vítima, o que lhe agrava a violação a direito da personalidade.

VI. Indenização por danos morais fixada no valor de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais) que se mostra adequada à violação dos direitos da personalidade sofrida pela parte-autora à luz das circunstâncias do caso concreto.

VII. Em razão da excepcionalidade da situação posta nos autos (ausência de regular representação processual do apelante), determina-se a intimação pessoal do presidente do CRC/DF acerca do presente julgamento.

VIII. *Recurso de apelação do CRC/DF não conhecido. Remessa necessária a que se nega provimento, observando-se o item VII.*

(Apelação Cível 0015329-72.2000.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 12/05/2017, p. 953)

*Civil. Responsabilidade civil. Caixa Econômica Federal (CEF). Caixa Vida e Previdência S.A. Ação de reparação de danos morais e materiais. Cliente induzida a erro. Pretensão de efetuar contrato de investimento. Assinatura de contrato de previdência privada. Hipossuficiência da parte-autora. Inversão do ônus da prova. Cabimento. Apelação desprovida. Sentença mantida.*

I. Constatado que a cliente foi induzida a celebrar ajuste diverso daquele pretendido é de ser mantida sentença que determinou a reparação dos danos moral e material, assim como a nulidade do contrato de previdência privada.

II. É evidente o erro a que a parte-autora, aqui recorrida, foi induzida pelos prepostos da CEF e da Caixa Vida e Previdência S.A., ao ser convencida a contratar serviços de previdência privada quando sua real intenção era depositar valor monetário pelo prazo de um ano para, ao final, efetuar compra de imóvel.

III. Verifica-se, pelos dados pessoais da contratante, que se trata de pessoa humilde, de poucos recursos, viúva, titular do benefício denominado “amparo social”, cuja renda mensal é de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) e, portanto, iniludivelmente hipossuficiente, situação que autoriza a inversão do ônus da prova.

IV. Em nenhum momento as demandadas se desincumbiram do ônus de demonstrar que a cliente foi devidamente esclarecida acerca do verdadeiro teor do ajuste firmado, limitando-se a defender a necessidade de prevalecerem cláusulas constantes do contrato objeto do litígio, além de ilações infundadas acerca da suposta capacidade de discernimento atribuída a todo aquele que possua o montante de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) para investir.

V. A situação é mais delicada, na hipótese em exame, por se tratar de pessoa idosa que, de boa-fé, aderiu ao plano financeiro apresentado como o melhor para a consecução de seu objetivo econômico: a compra de um imóvel.

VI. As demandadas deixaram de agir com lisura ao promoverem a assinatura de contrato de previdência privada, que jamais interessou à contratante.

VII. Sentença mantida.

VIII. Apelação desprovida.

(Apelação Cível 0041512-94.2011.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, unânime, e-DJF1 de 12/05/2017, p. 1.011)

*Civil. Processual Civil. Responsabilidade civil. Fundação Universidade Federal de Mato Grosso (FUFMT). Dano moral e material. Hospital Universitário. Procedimento cirúrgico. Gaze esquecida na cavidade abdominal do paciente. Morte. Desídia do corpo clínico vinculado ao Hospital Universitário Júlio Müller. Indenização cabível. Prescrição. Interrupção. Art. 4º do Decreto 20.910/1932. Instauração de procedimento administrativo. Apelação e remessa oficial, parcialmente providas. Incidência de juros de mora e correção monetária. Critérios. Pagamento de custas. Isenção.*

I. A instauração do procedimento administrativo pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de Mato Grosso, em 25/04/2002, a pedido da autora, interrompeu o curso da prescrição, nos termos do art. 4º do Decreto 20.910/1932 (AC 0001187-88.1999.4.01.3500/GO – rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida – *e-DJF1* de 06/06/2008, p. 187). Prejudicial que se rejeita.

II. A negligência do corpo clínico vinculado ao Hospital Universitário Júlio Müller ficou configurada nas diversas ocasiões em que o paciente compareceu ao serviço médico reclamando de intensas dores e relatando o aparecimento da ponta da gaze no local da cirurgia, sem que nenhuma medida eficaz fosse adotada para evitar o óbito, razão por que é devida a reparação dos danos moral e material reclamados pela autora, companheira do *de cujus*.

III. Os depoimentos colhidos na instrução do Processo Ético Profissional 10/2002 são unânimes em afirmar a presença de gaze no local em que fora realizado o procedimento cirúrgico, saindo por um orifício na região do umbigo.

IV. É possível inferir que o extinto auferia renda mensal equivalente a um salário-mínimo e meio, como pontificou o magistrado sentenciante com esteio na documentação que instrui a lide, devendo ser considerada a qualificação constante do atestado de óbito: técnico em refrigeração, que não foi desconstituída em momento algum.

V. Não merece ser acolhida a irrisignação da UFMT, no ponto, visto que, embora não comprovada, em valores incontestáveis, qual a remuneração mensal da vítima, resulta evidente, pela atividade econômica exercida, que era superior a um salário-mínimo.

VI. Considerando, assim, que não restou cabalmente demonstrado o valor da remuneração líquida percebida pelo extinto, afigura-se razoável o valor da pensão arbitrado em um salário-mínimo e meio, com base nos valores vigentes em maio de 2007, e na proporção de 2/3 (dois terços), que, acrescido do total das despesas efetuadas com o tratamento do extinto, R\$ 3.414,82 (três mil quatrocentos e catorze reais e oitenta e dois centavos), alcançou o montante de R\$ 169.854,82 (cento e sessenta e nove reais oitocentos e cinquenta e quatro reais e oitenta e dois centavos) a ser pago pela FUFMT em favor da viúva, a contar da data do falecimento, qual seja, 22/01/2000, até o momento em que o falecido completaria 70 anos de idade, conforme entendimento mais recente deste Tribunal acerca da questão, levando em consideração o aumento de expectativa de vida apontado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, órgão governamental (AC 0000482-98.2006.4.01.4000/PI, rel. Des. Federal Souza Prudente, *e-DJF1* de 22/03/2017 e AC 0000321-90.2008.4.01.4300/TO, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, *e-DJF1* de 11/09/2012, p. 170).

VII. Na hipótese, o valor de R\$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais), a título de dano moral, mostra-se excessivo, diante das circunstâncias do caso, devendo ser reduzido para R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

VIII. A correção monetária e os juros de mora devem ser calculados na conformidade do Manual de Cálculos da Justiça Federal, vigente na época da liquidação da sentença.

IX. O montante da condenação deve ser monetariamente corrigido a partir do respectivo arbitramento, com a prolação da sentença, incidindo na espécie o teor da Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça.

X. A incidência dos juros de mora, na espécie, deve ser feita em consonância com os ditames da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, a partir do evento danoso.

XI. Sem custas a restituir, visto que a autora litigou sob o pálio da justiça gratuita.

XII. Apelação e remessa oficial providas, em parte.

(Numeração única: 0006046-31.2005.4.01.3600, Apelação/Reexame Necessário 2005.36.00.006046-5/MT, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, unânime, *e-DJF1* de 22/05/2017, p. 454)

*Civil e Processual Civil. Responsabilidade civil. Fundação Nacional do Índio (Funai). Crime cometido durante cobrança indevida de pedágio promovida por indígenas na BR-316. Morte de usuário da via interditada. Responsabilidade do ente público. Dever de tutela dos indígenas na região de conflito. Negligência por parte da Funai. Falta de adoção de medidas efetivas à solução pacífica do entrevero. Dano material e moral. Condenação mantida. Juros de mora e correção monetária. Agravo retido interposto na vigência do Código de Processo Civil revogado. Desprovemento. Apelação e remessa oficial providas em parte.*

I. Nega-se provimento ao agravo retido interposto pela Funai, nos termos do art. 522 do Código de Processo Civil (CPC) de 1973, então vigente, para combater decisão que indeferiu o pedido de suspensão do processo, em razão da existência da Ação Penal 134/1995, proposta pelo Ministério Público Estadual, no bojo da qual seria esclarecida questão relevante para o desate da lide na esfera civil e que diz respeito à possível condição de índio integrado à sociedade do acusado pelo homicídio.

II. Com efeito, a suspensão da presente ação de reparação de danos somente causaria inútil retardamento do processo, sendo desnecessário ressaltar a independência entre as instâncias civil e criminal.

III. Ademais, o CPC de 2015, em seu art. 315, § 2º, dispõe que: “Proposta a ação penal, o processo ficará suspenso pelo prazo máximo de 1 (um) ano, ao final do qual aplicar-se-á o disposto na parte final do § 1º”, prazo esse há muito esgotado, considerando-se que a ação penal foi proposta em 20/01/1995.

IV. A Funai responde pelo dano causado em razão do homicídio do pai dos requerentes em meio à cobrança indevida de *pedágio* por indígenas, diante da inegável negligência dos agentes vinculados à fundação que, em nenhum momento, intervieram para mitigar a situação caótica que se instalou na BR-316, iniludivelmente promovida por indígenas ocupantes da aldeia Januário, no Município de Bom Jardim (MA), próximo ao Posto Pindaré da Funai.

V. Embora previsível que a irregular cobrança de *pedágio* pelos indígenas, com uso de exacerbada violência contra os usuários da rodovia, acabaria por resultar em situação trágica que poderia, inclusive, ser extremamente prejudicial aos próprios silvícolas habitantes da reserva sob a tutela da Funai, nenhuma providência foi tomada pela ré quanto à intervenção dos órgãos competentes à solução pacífica do conflito ali instalado.

VI. Hipótese em que a ilustre magistrada sentenciante bem apreciou a questão e os sólidos fundamentos adotados não foram abalados pela argumentação veiculada no recurso de apelação, que nada trouxe de novo ao caso em exame.

VII. Apesar de não comprovado o *quantum* referente à renda auferida pelo *de cuius*, há, contudo, recibos e outros documentos juntados aos autos que confirmam o exercício da atividade de compra e venda de gado, devendo ser mantido o valor da pensão em 2/3 (dois terços) de 10 (dez) salários-mínimos, a ser paga pela Funai em favor dos filhos, menores incapazes na época do evento danoso, rateada em partes iguais entre si, a contar da data do falecimento, qual seja, 11/10/1993, até o momento em que completarem 25 anos de idade.

VIII. Há entendimento deste Tribunal no sentido de que “o valor de indenização quantificado em salários-mínimos prescinde de atualização monetária” (AC 2001.41.00.004241-1/RO, relator Juiz Federal Ávio Mozar José Ferraz de Novaes (convocado), *e-DJF1* de 11/04/2008, p. 106).

IX. O valor de R\$ 207.000,00 (duzentos e sete mil reais), a título de danos morais, a ser repartido entre os requerentes, é razoável e, diante das circunstâncias do caso, mostra-se condizente com a reparação do gravame sofrido, devendo prevalecer, na espécie, o valor grafado por extenso, dirimindo-se, assim, a dúvida suscitada pela recorrente em relação ao montante a ser considerado, diante do erro material verificado na sentença.

X. Relativamente à indenização por danos morais, a 6ª Turma, em sessão realizada na data de 24/08/2015, acordou em adotar, para efeito de atualização monetária e incidência dos juros de mora, os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, vigente por ocasião da liquidação da sentença.

XI. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

(Apelação Cível 0010646-39.2003.4.01.3900/PA, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, *e-DJF1* de 02/06/2017, p. 1.688)

*Civil. Responsabilidade civil. Dano moral e material. Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Redução do valor da pensão por morte. Companheira do falecido. Rateio do respectivo montante com outra companheira. Falta de prévio processo administrativo. Dever de indenizar. Apelação e remessa oficial desprovidas.*

I. Pretende a autora, na qualidade de companheira, a reparação dos danos morais e materiais que alega haver sofrido, em razão do rateio promovido pelo INSS, do valor da pensão por morte de que é titular, sem que lhe tenha sido garantido o exercício da ampla defesa.

II. Na hipótese, o rateio, com outra companheira do falecido, do valor relativo à pensão por morte deveria ter sido precedido de processo administrativo, no âmbito do qual fosse assegurado o direito de ampla defesa à beneficiária da aludida pensão.

III. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 594.296/MG, relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 13/02/2012, pontificou que o desfazimento de atos administrativos dos quais já decorreram efeitos concretos para os administrados deve ser precedido de regular processo administrativo.

IV. Mantida a condenação à reparação dos danos moral e material, o primeiro arbitrado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), e o segundo correspondente aos valores reduzidos e àqueles descontados da cota destinada à requerente.

V. A 6ª Turma acordou em adotar, para efeito de atualização monetária e incidência dos juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Nacional, os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, vigente por ocasião da liquidação da sentença.

VI. A incidência dos juros de mora, na espécie, deve ser feita em consonância com os ditames da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, a partir do evento danoso.

VII. O montante da condenação deve ser monetariamente corrigido a partir do respectivo arbitramento, incidindo na espécie o teor da Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça.

VIII. Nos termos do art. 99, § 3º, do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural, de modo que se reconhece à parte-autora o direito de litigar sob o pálio da gratuidade de justiça.

IX. Apelação e remessa oficial desprovidas.

(Apelação Cível 0006730-15.2003.4.01.3700/MA, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, e-DJF1 de 02/06/2017, p. 1.687)

*Administrativo e Processual Civil. Militar. Escola Preparatória de Cadetes do Ar (EPCAR). Prova parcial de matemática. Tentativa de passar "cola". Aluno afastado do Curso Preparatório de Cadetes do Ar (CPCAR). Excesso de rigor por parte da Administração Pública. Ordem judicial proferida em ação cautelar. Estudante que concluiu o CPCAR com louvor. Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença mantida.*

I. Correta a sentença que, confirmando a ordem liminar concedida nos autos de ação cautelar, garantiu ao estudante o direito de prosseguir no CPCAR e concluí-lo.

II. A análise dos autos revela que o motivo alegado para o afastamento do estudante foi a tentativa de auxiliar um colega, durante a realização da 4ª Prova Parcial de Matemática, quando tentou passar uma caneta no interior da qual havia o gabarito contendo as respostas dos quesitos, ação que foi obstada pela professora que fiscalizava a realização da prova.

III. O fato resultou no imediato afastamento do estudante das fileiras da EPCAR, após sumário procedimento administrativo disciplinar, levando-o a buscar o amparo do direito violado por intermédio da propositura de ação cautelar, na qual obteve ordem judicial garantindo a continuidade no CPCAR até sua conclusão.

IV. A adoção de medida tão extrema, na espécie, revela que foi desconsiderada toda a vida pregressa do estudante militar, declarado aluno exemplar, e que alcançou bom desempenho durante o tempo em que participou do CPCAR, conforme registros constantes do Dossiê de Aluno para Conselho, do qual se extrai que sempre obteve médias satisfatórias não apenas nas provas disciplinares, mas, também, no conceito em sala de aula.

V. Ademais, não ficou comprovado, em nenhum momento, que o autor tenha se valido de algum artifício ilegítimo para responder o teste de matemática.

VI. Com a posterior anulação da aludida prova, a Administração teria agido com razoabilidade ao permitir que o estudante fosse submetido à nova avaliação realizada, como forma de aferir sua real capacidade intelectual.

VII. Sentença confirmada.

VIII. Apelação e remessa oficial desprovidas.

(Apelação Cível 0000779-26.2006.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, unânime, *e-DJF1* de 02/06/2017, p. 1.708)

*Constitucional. Civil e Processual Civil. Responsabilidade civil do Estado. Indenização por dano moral. Servidor militar. Perseguição política. Genitor ligado a movimento contrário ao regime militar. Nexo de causalidade. Falta de demonstração. Anistiado político. Situação reconhecida ao pai do demandante. Recebimento da indenização. Possibilidade. Prisão do ascendente por razões políticas. Comprovação. Preliminar de inépcia da inicial e prejudicial de prescrição, rejeitadas. Apelação da União provida, em parte. Prejudicada a remessa oficial, tida por interposta.*

I. Inicialmente, não vinga a preliminar de inépcia da inicial, visto que é possível extrair dos fatos narrados a pretensão do autor de obter a reparação do dano moral a que foi submetido, em decorrência de perseguição política que alega ter sofrido pelo fato de seu pai ser integrante de grupo político contrário ao regime militar, assim como pela prisão de seu genitor também por motivação política.

II. Relativamente ao valor da indenização, uma vez constatada a ocorrência do dano moral, não está o juiz adstrito ao pedido da parte, podendo fixá-la levando em consideração "as circunstâncias e peculiaridades da causa, não podendo ser ínfimo, para não representar uma ausência de sanção efetiva ao ofensor, nem excessivo, para não constituir um enriquecimento sem causa em favor do ofendido" (AC 0026647-86.1999.4.01.3400/DF, relator Desembargador Federal Souza Prudente, *e-DJF1* de 26/04/2017).

III. No que se refere à prejudicial de prescrição, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) consagrou o entendimento de que, "em casos em que se postula a defesa de direitos fundamentais", como na hipótese, de indenização por danos morais "decorrentes de atos de tortura por motivo político", não se aplica a regra do Decreto 20.910/1932, o qual "é para situações de normalidade", devendo, no caso, prevalecer a imprescritibilidade. Ademais, a Lei 10.536/2002 ampliou o prazo de abrangência da Lei 9.140/1995, reabrindo o prazo para que os parentes das vítimas pleiteassem indenização do Estado.

IV. Ao que se extrai da documentação juntada aos autos, o pai do autor foi preso, em 10/07/1975, sob a acusação de praticar atividades subversivas, envolvendo a manutenção de gráfica clandestina na localidade de Campo Grande (RJ), pertencente ao Partido Comunista Brasileiro, sendo certo que acabou absolvido, por sentença proferida pelo Conselho Especial de Justiça, do crime previsto no art. 43, com a agravante do art. 49, inciso I, do Decreto-Lei 898/1969, no Processo 28/75/T.

V. Em 30/12/2002, por intermédio da Portaria 3.074, o ministro da Justiça reconheceu a condição de anistiado político do pai do autor.

VI. As punições funcionais impostas ao autor decorreram de inobservância à rígida disciplina aplicada aos militares que, como se sabe, têm sua vida profissional regulada pelo respeito à hierarquia e, portanto, sem nenhuma vinculação com a prisão civil de seu genitor.

VII. É possível constatar que o apelado apresentou alteração de comportamento na vida militar bem antes da prisão de seu pai, situação que culminou com a lavratura do termo de deserção em 15/10/1976 e com a declaração de invalidez pela Diretoria de Inspeção da Marinha, "por sofrer de *neurose depressiva*", conforme Termo de Inspeção de Saúde emitido em 20/06/1977, de modo que não está demonstrado de forma satisfatória o nexo de causalidade entre as punições disciplinares sofridas ao longo da permanência na Marinha do Brasil e a alegada perseguição de natureza política.

VIII. A jurisprudência pátria, contudo, tem reconhecido aos filhos de perseguidos políticos o direito de pleitearem indenização por dano moral em razão do sofrimento experimentado em decorrência de prisão e eventual prática de tortura infligida a seus genitores.

IX. No caso em apreço, remanesce o direito do autor de ser indenizado em decorrência dos percalços experimentados diante da prisão de seu pai, preso por razões políticas como demonstrado pela documentação que instrui a lide.

X. A responsabilidade do Estado, no caso, é objetiva e decorre da norma constitucional inserta no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, mas depende, em cada caso, da demonstração do nexo de causalidade entre o fato ilícito e o dano.

XI. Embora certo que a condenação por dano moral não deve ser fixada em valor excessivo, gerando enriquecimento sem causa, não pode, entretanto, ser arbitrada em valor irrisório, incapaz de propiciar reparação do dano sofrido e de inibir o causador do dano a futuras práticas da mesma espécie.

XII. Na hipótese, considerando tais parâmetros, o valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) é razoável e, diante das circunstâncias do caso, mostra-se condizente com a reparação do gravame sofrido.

XIII. A incidência dos juros de mora, na espécie, deve ser feita em consonância com os ditames da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, a partir do evento danoso.

XIV. A correção monetária deverá incidir a partir do arbitramento, ou seja, da data da sentença que acolheu o pedido de reparação dos danos morais (AC 0021403-94.2004.4.01.3500/GO, relator Desembargador Federal João Batista Moreira, *e-DJF1* de 06/09/2013, p. 318).

XV. Em face da sucumbência parcial e mediante a aplicação do disposto no art. 86 do novo Código de Processo Civil (CPC), fixa-se o valor referente aos honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, que deverá ser pago pelos litigantes às respectivas partes contrárias, na conformidade do art. 85, § 3º, inciso I, do CPC em vigor.

XVI. Deve ser levado em consideração que o autor litigou sob o pálio da justiça gratuita, não havendo custas a serem restituídas por parte da União e a condenação referente aos honorários advocatícios, imposta ao demandante, fica condicionada à ressalva prevista no art. 98, § 3º, do atual CPC.

XVII. Apelação provida em parte. Prejudicada a remessa oficial, tida por interposta.

(Apelação Cível 0047088-05.2010.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, unânime, *e-DJF1* de 13/06/2017, p. 2.560)

*Civil e Processual Civil. Contrato vinculado ao Programa de Arrendamento Residencial (PAR). Falta de pagamento das taxas de arrendamento e de condomínio. Esbulho possessório. Lei 10.188/2001. Rescisão contratual. Ação de reintegração de posse. Notificação pessoal do devedor para purgar a mora não demonstrada. Improcedência do pedido reintegratório.*

I. Tratando-se de contrato firmado segundo as regras do Programa de Arrendamento Residencial para atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda (Lei 10.188/2001), a falta de pagamento das taxas de arrendamento e de outros encargos constitui esbulho possessório e motivo para a rescisão do contrato e para o ajuizamento da respectiva ação de reintegração de posse, na forma do art. 9º.

II. Por outro lado, segundo entendimento adotado por este Tribunal, em consonância com o STJ, o ajuizamento da ação de reintegração de posse, no caso do programa instituído pela Lei 10.188/2001, deve ser precedido da notificação prévia e pessoal do arrendatário, ainda que constante cláusula resolutiva no contrato. Precedentes.

III. Hipótese em que as notificações para purgar a mora não foram entregues ao destinatário.

IV. Sentença que julgou extinto o processo, na forma do art. 267, inciso VI, do CPC/1973, em razão da não comprovação de que o arrendatário foi notificado pessoalmente para purgar a mora, que se confirma.

V. Apelação da CEF não provida.

(Numeração única: 0012431-92.2005.4.01.3600, Apelação Cível 2005.36.00.012431-7/MT, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, unânime, e-DJF1 de 13/06/2017, p. 2.536)

## Sétima Turma

*Tributário. Isenção do Imposto de Renda. Portadora de neoplasia maligna na mama esquerda. Acervo documental suficiente à comprovação do pleito. Sentença reformada.*

I. A norma expressa no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/1988, alterada pela Lei 11.052/2004, explicita a concessão do benefício fiscal a portadores de moléstias graves, com base em conclusão da medicina especializada, ainda que a doença tenha sido contraída após a aposentadoria ou reforma.

II. O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo ser desnecessária a apresentação de laudo médico oficial para o reconhecimento da isenção de Imposto de Renda no caso de moléstia grave, tendo em vista que a norma prevista no art. 30 da Lei 9.250/1995 não vincula o juiz, que, nos termos dos arts. 131 e 436 do CPC, é livre na apreciação das provas. Precedentes: AgRg no REsp 1233845/PR, rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 22/11/2011, *DJe* 16/12/2011; RMS 32.061/RS, rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 10/08/2010, *DJe* 20/08/2010.

III. Se a documentação acostada aos autos demonstra que a autora foi acometida de neoplasia maligna na mama esquerda, tendo sido submetida a cirurgia para retirada do tumor em 2003, sendo obrigada a fazer acompanhamento médico e exames periódicos, é de se acolher a pretensão deduzida, assegurando-lhe a isenção do Imposto de Renda. Nesse sentido: TRF1, AC 0042577-90.2012.4.01.3400/DF, rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1, p. 1224, de 14/11/2013; TRF1, AC 0006639-86.2012.4.01.3803/MG, rel. Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, e-DJF1, p. 566 de 04/10/2013; STJ, AgRg no REsp 1233845/PR, rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 22/11/2011, *DJe* 16/12/2011; STJ, REsp 1088379/DF, rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 14/10/2008, *DJe* 29/10/2008.

IV. Ainda que se alegue que a lesão foi retirada e que o paciente não apresenta sinais de persistência ou recidiva a doença, o entendimento dominante nesta Corte é no sentido de que a isenção do Imposto de Renda, em favor dos inativos portadores de moléstia grave, tem como objetivo diminuir o sacrifício do aposentado, aliviando os encargos financeiros relativos ao acompanhamento médico e medicações ministradas. Precedente: REsp 734.541/SP, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 02/02/2006, *DJ* 20/02/2006 (REsp 967.693/DF, rel. Min. Humberto Martins, *DJ* de 18/09/2007).

V. Por fim, cabe ressaltar que “O comando do art. 30 da Lei 9.250/1995, reproduzido pelo § 4º do art. 39 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto 3.000/1999, não pode limitar a liberdade que o Código de Processo Civil confere ao magistrado na apreciação das provas constantes dos autos, razão pela qual o benefício de isenção do Imposto de Renda pode ser confirmado quando a moléstia grave for constatada por outros meios de prova” (STJ, AgRg no Ag 1300935/MG, 2ª Turma, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, *DJe* de 20/9/2010).

VI. Sentença reformada.

VII. Apelação da autora parcialmente provida.

(Apelação Cível 0003264-88.2013.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal José Amílcar Machado, unânime, e-DJF1 de 19/05/2017, p. 2.712)

*Processual e Tributário. Agravo interno. Agravo de instrumento. Programa de inclusão digital. Benefício fiscal (arts. 28 a 30 da Lei 11.196/2005). Revogação. Medida Provisória 690/2015 convertida na Lei 13.241/2015. Impossibilidade. Agravo interno provido.*

I. "A revogação do Programa de Inclusão Digital, sem dúvida, arranha o princípio da confiança, que deve ser preservado no sistema tributário. Em outras palavras, o contribuinte tem expectativas que devem ser conservadas." Precedentes.

II. A previsão de concessão de um benefício fiscal, no caso, alíquota zero por prazo certo e determinado, leva os contribuintes a fazerem investimentos, gerando-lhes expectativas legítimas que devem ser respeitadas, revelando, em casos como tais, toda a pujança do princípio da proteção da confiança como o último soldado de reserva na tutela de seus interesses.

III. Agravo interno provido.

(Agravo de Instrumento 0018081-70.2016.4.01.0000/DF, rel. Juiz Federal Eduardo Morais da Rocha (convocado), unânime, e-DJF1 de 19/05/2017, p. 2.843)

## Oitava Turma

*Processual Civil e Tributário. Embargos de terceiro. Juízo de retratação. Fraude à execução. Alienações sucessivas. Omissão do Fisco. Inequívoca boa-fé. Acórdão não retratado.*

I. Nos termos do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial Representativo da Controvérsia 1141990/PR (RT 907/583), não se aplica às execuções fiscais o disposto no Enunciado 375 da Súmula daquela Corte (*o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente*).

II. Não obstante a orientação tomada pela Corte Superior, nas situações em que houve sucessivas alienações e o último adquirente tomou todas as cautelas a seu encargo, bem como se encontre configurada a omissão do Fisco, deve ser afastada a presunção de fraude à execução, por ser desarrazoado e desproporcional que se imponha ao alienante o ônus de investigar toda a cadeia dominial do bem que pretende adquirir.

III. Acórdão não retratado. Determinado o encaminhamento dos autos à Presidência.

(Numeração única: 0014828-90.2006.4.01.3600, Apelação Cível 2006.36.00.014829-6/MT, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, unânime, e-DJF1 de 09/06/2017, p. 3.220)

## Decisões Monocráticas

### Agravo de Instrumento 0016424-59.2017.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado)

Biomarin Brasil Farmacêutica Ltda. manifesta agravo de instrumento por meio do qual pede a reforma de ato jurisdicional do Juízo Federal da 16ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, em ação sob procedimento ordinário por ela proposta à ora agravada, indeferiu pedido de antecipação dos efeitos da tutela, formulado com propósito de obter a suspensão da incidência do des149conto compulsório denominado coeficiente de adequação de preços – CAP sobre o único medicamento por ela vendido no País e exclusivamente para as pessoas jurídicas de direito público interno — Vimzim (Elosulfase Alfa).

Sustenta-se no presente recurso, em síntese, que historicamente os medicamentos que foram listados pelos comunicados da CMED para aplicação do CAP tiveram fundamento em diversos critérios para delimitar os produtos sobre os quais incidiria o desconto, visando a alcançar aqueles medicamentos que, na situação normal de mercado, apresentariam grandes disparidades e abusos nos preços, entretanto, na hipótese de aplicação do CAP sobre os preços dos medicamentos adquiridos pelos órgãos públicos em razão de ordem judicial, não foi estabelecido qualquer parâmetro, critério ou lógica a delimitá-lo, o que significa que, neste caso, quaisquer medicamentos comprados pelo Governo para atender a demandas judiciais, independentemente das circunstâncias, preços, condições e eventuais outros fatores, terão que ser vendidos com o desconto percentual correspondente ao CAP. As circunstâncias relacionadas ao processo para concessão de preço do medicamento perfazem um cenário diferenciado, que o exclui do lugar comum dos demais produtos submetidos ao CAP, em decorrência da *venda exclusiva aos órgãos da Administração Pública Federal, estadual ou municipal*, para atendimento à ordem judicial, tendo sido o preço registrado pela CMED, em estrita observância à legislação de regência, no menor valor praticado em todo o mundo, ou seja, em momento anterior à instituição do CAP o preço do Vimzim (Elosulfase Alfa) foi aquele que o próprio órgão regulador reputou como justo e correto, o que torna a posterior aplicação do desconto de 18% ilógica e incoerente, além de inviável economicamente, por gerar um prejuízo que tornaria sua comercialização no Brasil economicamente inviável, em face dos custos de importação, armazenamento e distribuição do produto. Em situações normais, a licitação, ao menos teoricamente, possibilita alcançar o menor preço, mas na hipótese sob consideração não há processo licitatório nem há possibilidade de a Administração deixar de comprar ou então substituir o produto, em face de determinação judicial.

Defiro, pois, o pedido de antecipação da tutela recursal, para suspender o desconto CAP aplicado sob o medicamento Vimzim (Elosulfase Alfa), mediante a prestação de caução por meio de fiança bancária ou seguro garantia da diferença dos valores com e sem CAP, prevista no art. 995 do Código de Processo Civil, pois os elementos que compõem o instrumento permitem identificar, em cognição sumária, própria dos juízos liminares, a concomitante presença dos requisitos que autorizam a adoção da providência, assim o relativo à prova inequívoca quanto à verossimilhança da alegação em que se funda o direito postulado, *máxime* porque a pretensão de suspensão do desconto compulsório vem lastreada em pedido de caução por meio de fiança bancária ou seguro garantia.

(Agravo de Instrumento 0016424-59.2017.4.01.0000/DF, rel. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado), e-DJF1 de 04/05/2017, p. 1.796)

### Agravo de Instrumento 0070095-31.2016.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Eduardo Morais da Rocha (convocado)

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da pretensão recursal, interposto por Eduardo Cosentino da Cunha contra a decisão proferida pelo MM. juiz federal em auxílio na 15ª Vara respondendo pelo acervo da 16ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, nos autos de ação sob o rito ordinário ajuizada em desfavor da União (Fazenda Nacional), indeferiu o pedido de tutela provisória de urgência objetivando que seja

determinado à ré que viabilize em seu sistema informatizado o preenchimento e a transmissão da Dercat pelo autor, caso sua intenção seja a de adesão ao RERCT, nos termos exigidos pelo art. 4º da Lei 13.254/2016 e pelo art. 5º, I, da IN RFB 1.627/2016, ainda que mediante o protocolo de declaração via física na Secretaria da Receita Federal do Brasil. Em caráter sucessivo, caso a tutela venha a ser concedida após o dia 31/10/2016, e na impossibilidade técnica de reabertura do prazo no sistema informatizado, o deferimento da tutela provisória para determinar à ré que receba o protocolo físico da Dercat na Secretaria da Receita Federal do Brasil.

O agravante alega que para adesão ao mecanismo do Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária – RERCT, a pessoa física ou jurídica interessada deve apresentar à RFB e, em cópia para fins de registro, ao Bacen a Declaração Única de Regularização Específica contendo a descrição pormenorizada dos recursos, bens e direitos de qualquer natureza de que seja titular em 31/12/2014 e que pretende sejam regularizados, com o respectivo valor em real, ou, no caso de inexistência de saldo ou título de propriedade em 31/12/2014, a descrição das condutas praticadas pelo declarante que se enquadrem nos crimes previstos no § 1º do art. 5º da Lei 13.254/2016 e dos respectivos bens e recursos que possui (*caput* do art. 4º da Lei 13.254/2016).

Sustenta que, não obstante o objeto do RERCT seja a repatriação de bens ou ativos de origem lícita, a Lei 13.254/2016 excluiu do programa os “detentores de cargos, empregos e funções públicas de direção ou eletivas, nem ao respectivo cônjuge e aos parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, na data da publicação desta lei” (art. 11).

Assevera que o art. 11 da Lei 13.254/2016 viola diretrizes basilares da ordem constitucional e tributária nacional, como é o caso dos princípios da isonomia tributária, da vedação à discriminação injustificada em razão da ocupação profissional e da autonomia da vontade em relação à propriedade, inseridos nos arts. 3º, IV, 5º, *caput* e inciso XXII, e 150, II, da Constituição Federal.

Por fim, aduz que a decisão agravada deve ser reformada, em razão de deficiência de fundamentação; inadequação da interpretação que aplica o art. 111 do CTN ao presente caso; presunção de ilicitude dos bens em afronta ao princípio da presunção de inocência; invasão da competência legal da Receita Federal do Brasil para a análise da adequação, ou não, da Dercat (que sequer foi apresentada *in casu*); e violação ao direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV, *a*, da CF/1988.

Em contrarrazões, a União (Fazenda Nacional) pugna pela manutenção da decisão agravada, asseverando que se a lei não permite a adesão dos detentores de mandato eletivo ao Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), é óbvia a ausência de plausibilidade do direito desses mesmos agentes à transmissão da Declaração de Regularização Cambial e Tributária (Dercat). Afirma que não há utilidade no deferimento da mera transmissão da Dercat, na medida em que a Receita Federal do Brasil não poderá analisar o mérito do pedido de adesão de contribuinte que se encontra legalmente impedido de usufruir do regime instituído pela Lei 13.254/2016. Sustenta a impossibilidade de deferimento de medida liminar para declarar inconstitucionalidade de ato normativo. Por fim, alega que a isonomia e o direito de petição dos agentes públicos relacionados na Lei 13.254/2016, assim como os demais direitos levantados pela parte agravante, devem ser conjugados com o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que torna imperiosa a implementação de medidas com vistas a garantir a moralidade e a probidade administrativas na condição de verdadeiros pilares da Administração Pública.

Consoante dispõe o art. 14 do NCPC, Lei 13.105, de 16/03/2015, “a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”, o que impede que atinja os atos processuais já praticados. Nesse sentido, serão examinados segundo as normas do NCPC apenas os recursos em face de decisões publicadas a contar do dia 18/03/2016, o que se amolda ao presente caso.

O cerne da presente demanda cinge-se ao alcance do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, na medida em que a regra contida no art. 11 da Lei 13.254/2016 excluiu do programa de repatriação de bens ou ativos os detentores de cargos, empregos e funções públicas de direção ou eletivas, bem como o respectivo cônjuge e parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, na data da publicação do declinado dispositivo legal.

De todos os argumentos alegados pelo agravante, o que realmente demonstra ser relevante é saber se a declinada regra jurídica viola as diretrizes da ordem constitucional e tributária nacional contidas nos princípios da isonomia tributária, da vedação à discriminação injustificada em razão da ocupação profissional e da igualdade jurídica, inseridos nos arts. 3º, IV, 5º, *caput*, e 150, II, da Constituição Federal.

Portanto, há que se perquirir se a correlação lógica entre o fator de *discrímen* e a desequiparação procedida diante dos detentores de cargos e funções públicas em relação aos demais cidadãos está em (des)acordo com o conteúdo jurídico do princípio da igualdade.

Isso porque, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, “[...] a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada.”<sup>1</sup>

Todavia, em que pesem os argumentos tecidos pelo agravante em sentido contrário, o critério de *discrímen* estabelecido no art. 11 da Lei 13.245/2016 parece ser adequado em face do princípio constitucional da igualdade e da isonomia tributária, na medida em que a discriminação revelou-se justificada, já que os detentores de cargos e funções públicas, principalmente aquelas eletivas, submetem-se não somente a um regime jurídico diferenciado, como também se sujeitam a princípios, deveres e ônus próprios, que não se confundem com os dos demais membros da comunidade.

A moralidade administrativa, princípio norteador da Administração Pública, a que se submetem todos os agentes políticos e servidores públicos, é a conexão lógica que se estabelece entre o critério desigualador entre estes e as demais pessoas e a conseqüente desigualdade jurídica de tratamento na proibição de repatriação de ativos e bens por aqueles que agem representando o Estado e, por isso mesmo, com dever de integridade.

Como ensina Ronald Dworkin, “A integridade torna-se um ideal político quando exigimos do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos.”<sup>2</sup>

É esse padrão moral próprio do Estado, diverso da moral individual, que faz com que os agentes públicos cumpram com integridade ou descumpram com hipocrisia princípios morais próprios da Administração diversos dos daqueles que são impostos aos particulares, fazendo com que aquilo que pareça lícito ao particular possa configurar algo ilícito quando praticado por um representante político.

Portanto, o fator de *discrímen* não foi gratuito ou fortuito, não afrontando, dessa forma, a isonomia de tratamento exigido pela Constituição Federal, na medida em que, já como ensinava Aristóteles, a igualdade exige que se trate igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Como muito bem observou o procurador-geral da República, em parecer contrário à procedência da ADI 5586, que questionava a discriminação contida no art. 11 da Lei 13.245/2016, o padrão de comportamento que se exige de um agente público, por força da exigência da moralidade administrativa, é maior do que se espera de um particular, não sendo, por isso, viável àqueles, ainda mais em se tratando de representantes do Legislativo, a concessão dos mesmos benefícios fiscais concedidos a estes.

Por isso mesmo que, segundo Celso Antônio Bandeira de Melo, “Este é o motivo por que alguns dos exemplos dantes figurados como ofensivos à igualdade revelavam-se, de plano, viciados, percebendo-se, até intuitivamente, sua mácula jurídica, ao passo que outros, conquanto embasados no mesmo elemento desiquiparador apresentavam-se, de logo, conviventes com o preceito isonômico.”<sup>3</sup>

<sup>1</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. 23. tiragem, Malheiros: São Paulo, 2014, p. 39.

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald Myles. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 202.

<sup>3</sup> Op. cit., p. 39.

O critério de discriminação tem conexão lógica com a desigualdade de tratamento jurídico, havendo, portanto, adequação racional entre o requisito diferenciador, no caso ser detentor de cargo ou função pública e o regime dispensado ao ora agravante, inserido na categoria discriminada de repatriar ativos no exterior.

Ademais, é bom ainda acrescer, valendo-se mais uma vez das lições de Celso Antônio Bandeira de Melo, que essa correlação lógica exigida entre a desigualdade de tratamento jurídico e o critério diferenciador eleito pela regra legal “nem sempre é absoluta, pura, a dizer, isenta da penetração de ingredientes próprios das concepções da época, absorvidos na inteligência das coisas.”<sup>4</sup>

Ou seja, o critério discriminador contido numa regra jurídica pode sofrer a influência de influxos históricos próprios de determinados momentos da sociedade, que fazem com que certos fatores de discriminação, que pareceriam ser racionalmente insubsistentes para certos períodos, possam ser, para uma oportunidade específica da história do País, compatíveis com o princípio da igualdade.

E essa maior exigência de adequação à moralidade dos detentores de cargos e funções públicas quando comparados aos particulares parece justificar-se, no momento histórico pelo qual passa o Brasil atualmente, tendo em vista as diversas faltas morais e éticas que acometem aqueles que deveriam ser as referências de retidão social, como verdadeiros paradigmas da probidade e exemplos de integridade.

Portanto, conclui-se ser a discriminação, contida no art. 11 da Lei 13.245/2016, racionalmente justificada diante do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, em qualquer uma de suas perspectivas, até mesmo do ponto de vista tributário.

Também não há que se falar em qualquer mácula ao princípio da autonomia da vontade e ao direito de propriedade (art. 5º, *caput*, XXII, da CF), na restrição legislativa à repatriação de bens e ativos pelos detentores de cargos e funções públicas. Isso porque o direito fundamental de propriedade não possui mais a feição liberal, de caráter absoluto, de outrora, sendo condicionado, na sua conformação jurídica, pelo influxo de outros princípios para a consecução de sua função social (art. 5º, XXIII, da CF).

Por isso, o direito de propriedade está a todo o momento sendo restringido em seu âmbito de proteção, ao ser conformado por outras leis infraconstitucionais, que alteram a sua feição para (re)adequação a suas funções sociais, compatibilizando a esfera de liberdade individual de seus titulares com os interesses coletivos de toda a sociedade. “Nesse passo, deve-se reconhecer que a garantia constitucional da propriedade está submetida a um processo de relativização, sendo interpretada, fundamentalmente, de acordo com parâmetros fixados pela legislação ordinária.”<sup>5</sup>

É de se lembrar que o conceito de propriedade é dinâmico, em razão de sua função social, sofrendo os influxos cambiantes das mutações sociais, bem como da própria legislação infraconstitucional, não podendo, pois, pretender o agravante que lhe seja dado um conceito fixo e estático, de feições liberais absolutas, que não se compatibiliza com os ditames próprios da ordem jurídica instaurada pela Constituição Federal de 1988.

Até mesmo porque, como adverte Bruno Galindo, “[...] embora a propriedade continue recebendo proteção, ela tem que atender a determinadas funções sociais (CF, art. 5º, XXIII), inclusive no sentido de auxiliar a obtenção de eficácia e efetividade de outras normas de direitos fundamentais.”<sup>6</sup>

E a eficácia máxima da moralidade administrativa, princípio constitucional insculpido no art. 37, *caput*, da CF, somente será potencializada se, efetivamente, for dado um tratamento diferenciado, mais rígido e restrito aos detentores de cargos, empregos e funções públicas, no que tange à repatriação de ativos e de bens existentes no exterior, sendo, portanto, perfeitamente constitucional e justificada a discriminação constante na regra prevista na Lei 13.254/2016, não havendo máculas a serem reparadas na decisão interlocutória proferida pelo juízo *a quo*.

Isso porque, “Essa integridade exigida não somente na conduta pessoal, mas, principalmente, na vida política de todos os membros da comunidade, no processo de criação, de aplicação ou de fiscalização do direito, torna

<sup>4</sup> Op. cit., p. 39.

<sup>5</sup> COELHO, MENDES, BRANCO, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília Jurídica: Brasília, 2000, p. 218.

<sup>6</sup> GALINDO, Bruno César Machado Torres. *Direitos Fundamentais: Análise de sua concretização Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 204.

aquela comunidade política um ente distinto dos membros que a compõem, visto que ela poderá obedecer aos seus próprios princípios, assim como qualquer indivíduo pode respeitar seus ideais, metas e convicções pessoais.”<sup>7</sup>

Portanto, por obedecer a princípios e a uma moralidade própria, o âmbito de proteção dos direitos que tutelam as liberdades individuais dos agentes políticos pode ser lididamente restringido de maneira diferenciada dos demais membros da comunidade, de forma que a tutela jurídica de sua propriedade pode ser conformada legislativamente de modo diverso dos particulares, sem que com isso ocorra qualquer ofensa ao núcleo essencial desse direito nem ao conteúdo jurídico do princípio da igualdade.

Pelo exposto, diante da ausência de plausibilidade do direito invocado, *indefiro* o pedido de antecipação da tutela recursal.

(Agravo de Instrumento 0070095-31.2016.4.01.0000/DF, rel. Juiz Federal Eduardo Moraes da Rocha (convocado), e-DJF1 de 19/05/2017, p. 2.922)

### Agravo de Instrumento 0016702-60.2017.4.01.0000/MT

Relatora: Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada)

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, em face da r. decisão (fls. 445-459) proferida pelo MM. juiz federal da Subseção Judiciária de Barra do Garças/MT, que deferiu parcialmente o pedido liminar para “*determinar a suspensão de quaisquer processos administrativos ou judiciais referentes a desapropriação pelo Incra para realização de reforma agrária de imóveis no âmbito territorial deste juízo*” (cf. fl. 457 — grifo original), nos autos da Ação Civil Pública 002194-95.2016.4.01.3605/MT, proposta pelo Ministério Público Federal em desfavor do ora recorrente.

Sustenta o agravante, em síntese:

- [...] as políticas públicas voltadas à reforma agrária se revestem de elevado apelo social. A reforma agrária consiste em um redesenho da estrutura fundiária com o propósito de - finalmente - implementar-se, no país, uma melhor distribuição da propriedade imóvel, notadamente pelo combate ao latifúndio improdutivo, à extremada concentração fundiária no Brasil e seus notórios efeitos perversos à justiça social no campo [...];
- [...] mesmo que, em tese, cabível a intervenção judicial à implementação de políticas públicas, deve-se rechaçar os excessos, pretensões injustificáveis, quais, ao contrário da concreção de direitos fundamentais, podem dar ensejo ao arbítrio e a injustiça, causando prejuízos inestimáveis ao sistema como um todo [...];
- [...] com a ação civil pública o Ministério Público Federal visa compelir autarquia a proceder à regularização do Projeto de Assentamento Serrinha, localizado no Município de Água Boa, forçando a proibição da desapropriação de novos imóveis no âmbito territorial de competência do juízo da Subseção Judiciária de Barra do Garças, bem como que eventuais recursos financeiros já descentralizados para consecução das aludidas desapropriações sejam aplicados na regularização do Projeto de Assentamento Serrinha [...];
- [...] ao contrário de dar efetividade aos direitos sociais dos assentados, o Ministério Público extravasa suas competências institucionais, imiscui-se na formulação própria de Políticas Públicas, não bastasse, pretensão desarrazoada e desprovida do mínimo de racionalidade jurídica. E o mais alarmante: o seu desiderato é sacrificar políticas públicas, mediante intervenção judicial [...];
- [...] mesmo que por via oblíqua, não se deve olvidar que as ingerências que o MPF cobra, se procedentes, acarretarão numa ampla e irrestrita irresponsabilidade aos latifundiários que poderão se despreocupar com atendimento da função social de suas propriedades, eis que terão proteção judicial com a certeza de que o Incra está impedido de exercer essa sua política agrária e, momentaneamente, é isso que está acontecendo com vigência da decisão que deferiu parcialmente a tutela de urgência [...];
- [...] esta Superintendência está alinhada aos ajustes qualitativos promovidos pelo Governo Federal, dentro de uma concepção de desenvolvimento regional ampla e democraticamente estabelecida pelo Legislativo no Estatuto da Terra e na

<sup>7</sup> ROCHA, Eduardo Moraes da. *Teoria Institucional da Praticabilidade Tributária*. Noeses: São Paulo, 2016, p. 243.

Constituição Federal, provando que não é coerente a interferência pontual do Judiciário no ajuste de uma política que já está sendo redesenhada de forma bem qualificada pelo Executivo [...];

- [...] não se pode paralisar a atividade administrativa até que se ultimem medidas fiscalizatórias nos assentamentos já criados, eis que é de conhecimento público que é crescente o número de famílias à espera de uma parcela rural e o próprio MPF menciona isso nos seus argumentos [...];

- [...] Atente-se para a notória complexidade da situação fundiária no Estado do Mato Grosso, em que são frequentes os conflitos pela posse da terra, que a atuação da autarquia busca minimizar, por meio da criação de projetos de assentamento [...];

- A extensão dos prejuízos decorrentes da medida liminar é ilustrada pelo fato de que restaram suspensos dois processos de desapropriação que se destinam a obter imóveis para reassentar os agricultores que ocupavam a Terra Indígena marawátsédé, como forma de minorar os conflitos sociais resultantes da demarcação indígena [...];

- [...] as razões para a concessão da tutela parcial, em especial sobre o periculum in mora, são extremamente frágeis: argumenta-se que o periculum in mora estaria circunscrito na possibilidade de se dispender recursos materiais e humanos em desapropriações que venham a ser tidas por inválidas (?). Não é possível compreender ao certo o que isso significa, uma vez que no máximo o que se discute é a quantidade financeira direcionada às desapropriações e não, propriamente, suas validades, que raríssimas vezes são questionadas [...];

- [...] há o aspecto da ausência de previsão orçamentária específica. Está consagrado na Constituição o princípio da legalidade das despesas públicas, que exige, para realização de qualquer projeto, prévia dotação orçamentária suficiente, ainda assim desde que haja autorização específica na Lei de Diretrizes Orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista [...];

- [...] O juízo de primeira instância, nessa hipótese, sequer enfrentou tais questões, mormente no que tange a impossibilidade de realocação de recursos, já que o que pretende implicará em destinação diversa de recurso orçamentário cuja destinação foi prevista em lei [...];

- [...] No que diz respeito à relevância da fundamentação, esta é evidente. Já se demonstrou que os fundamentos articulados no presente recurso revelam que a decisão recorrida é, com o devido respeito, equivocada, uma vez que suspende atividades vitais do Incra, sem demonstrar de forma concreta de que forma a urgência desse ato pode impactar no pleito de regularização do Projeto de Assentamento Serrinha, bem como por adentrar questão de eminente mérito administrativo, já que interfere frontalmente em políticas públicas definidas pela autarquia [...];

- Quanto ao perigo da demora, é cediço que a não atribuição de “efeito suspensivo” da decisão recorrida, mediante a antecipação da tutela recursal, acarretará na inviabilidade das atividades inerentes a instituição numa região de 31 municípios do Estado do Mato Grosso [...].

Diante disso, requer a concessão de antecipação dos efeitos da tutela recursal,

*[...] para que seja suspensa a liminar parcialmente a fim de possibilitar a retomada de atos tendentes a desapropriação para realização de reforma agrária, tanto na seara administrativa e judicial, na circunscrição da Subseção Judiciária de Barra do Garças, até o julgamento definitivo do presente recurso. Subsidiariamente, requer, ao menos, que seja suspensa a liminar para liberar a sequencia dos processos de desapropriação que se destina a obter imóveis para reassentar os agricultores que ocupavam a Terra Indígena Marawátsédé [...] (cf. fl. 19 — grifei).*

E, ao final, o agravante assim formulou pedido de provimento do presente agravo de instrumento “*para reformar a r. decisão agravada, garantindo ao Incra o direito de dar prosseguimento aos processos administrativos e judiciais de desapropriação por interesse social para os fins de reforma agrária, em toda a circunscrição da Subseção Judiciária de Barra dos Garças*” (cf. fls. 19-20 — grifei);

Pois bem, a decisão ora agravada está vazada nos seguintes termos:

Trata-se de Ação Civil Pública na qual, em sede de liminar, requer o MPF, por um lado, seja o Incra proibido de, em execução da Política Nacional de Reforma Agrária, desapropriar novos imóveis no âmbito territorial de competência deste Juízo (suspendendo-se, inclusive, ações judiciais nas quais não tenha havido imissão provisória na posse) e, por outro, sejam eventuais recursos financeiros já descentralizados pela autarquia para consecução das mencionadas desapropriações aplicados na regularização (cadastramento dos beneficiários, assistência no desenvolvimento das atividades produtivas, demarcação dos lotes e obtenção das licenças ambientais) do Assentamento Serririnha, também situado no âmbito territorial deste Juízo Federal.

Em cuidadosa (com 101 laudas) petição inicial, dotada de destacado valor jurídico (detalhada exposição dos fatos, apresentação das pertinentes provas documentais, subsunção legal e constitucional confortada com o mais respeitável escólio doutrinário e profusa produção jurisprudencial, não olvidando vertical imersão nos dispositivos constitucionais, legais

e infralegais reitores da Política Nacional da Reforma Agrária) o Procurador da República RAFAEL GUIMARÃES NOGUEIRA verteu os fundamentos jurídicos dos mencionados pedidos (fls. 02/52).

Expõe detalhadamente quadro fático de generalizada ausência de regularização pelo Incra de dezenas de assentamentos constituídos pela autarquia no âmbito territorial deste Juízo, seja porque sequer contam os assentamentos com regufar definição dos beneficiários já alceados, seja porque não se identificam as necessárias políticas públicas de assistência aos assentados para o desenvolvimento de atividade produtiva, seja ainda porque não se promove a adequação da exploração agropecuária aos ditames da legislação ambiental (quer com a separação de Áreas de Preservação Permanente e Reserva Legal nos assentamentos, quer com a obtenção das licenças ambientais necessárias), seja, por fim, porque os lotes sequer se encontram demarcados e georreferenciados em muitos casos. Assim, conclui que o quadro existente na maioria dos assentamentos constituídos pelo Incra é de legitimação da ocupação por pessoas sequer conhecidas pela autarquia, de exploração econômica em completa subversão do regramento ambiental e de recorrentes e sangrentos conflitos fundiários pela posse de lotes sequer demarcados pela autarquia. Não deixa de anotar que a causa de mencionado grave estado de coisas ilegal é a ausência de recursos financeiros disponíveis aos servidores do Incra para realização das diligências necessárias à solução das mencionadas irregularidades. Assevera que o quadro narrado é sobejamente provado, quer em procedimentos administrativos tramitados no MPF em que os próprios servidores do Incra desvelam o afirmado, quer em diligências já efetuadas pelo Tribunal de Contas da União e pela Controladoria-Geral da União, quer pela existência de diversos procedimentos cíveis e criminais que apuram várias das ocorrências narradas.

Por outro lado, narra do Dr. RAFAEL GUIMARÃES NOGUEIRA que, a despeito de presente e incontroverso o estado de coisas de manifesta pendência de regularização de diversos assentamentos pelo Incra, mantém a autarquia a política de desapropriar novas terras para construção de Assentamentos Rurais, ao invés de preliminarmente regularizar aqueles já existentes.

Neste particular, observa que o prosseguimento de tais desapropriações é manifestamente ilegal: o quadro já desvelado demonstra que inevitável é que o abandono do Incra vicejante nos assentamentos já existentes será replicado naqueles que se venham a constituir com novas desapropriações. Observa também que tal opção administrativa é manifestamente lesiva à economicidade e eficiência administrativas' o montante de recursos necessário a alcear famílias em assentamentos a serem construídos com novas desapropriações é manifestamente superior ao necessário para alocá-las naqueles já existentes e pendentes de regularização. Anota, outrossim, que mencionada escolha política está a subverter a finalidade pública que deve animar todos os atos administrativos: o atendimento da população elegível como beneficiária da Reforma Agrária será atingido com a regularização dos assentamentos existentes - nos quais existentes milhares de lotes passíveis de disponibilização - e não com a formação de novos assentamentos a serem mantidos em situação de irregularidade.

Vieram-me, então, conclusos os autos para análise da liminar.

É o que importa relatar, Passo a decidir.

Quadro fático provado (em análise perfunctória), Descumprimento pelo Incra das obrigações legais (Lei 8.629/1993, artigos 17 a 20) necessárias à regularização dos assentamentos já instituídos.

Quadro de abandono pela Administração. Inexistência de recursos financeiros necessários à última cã das providências.

Dezenas de assentamentos instituídos pelo Incra no âmbito territorial da competência deste juízo estão abandonados pela autarquia. Não se cadastraram os beneficiários a serem assentados. Não se demarcaram ou georreferenciaram as áreas. Não se obtêm as licenças ambientais necessárias às respectivas explorações. Neles não se separaram as áreas ambientais especialmente protegidas (APPs e RLs). Não se promove a assistência aos ocupantes para exploração econômica das terras. Há milhares de lotes pendentes de destinação.

Solenemente descumpridas pelo Incra, portanto, as providências impostas pela Lei 8.629/1993 (especialmente artigos 17, 18, 18-A, 19 e 20) para regularização de assentamentos rurais.

Em fim, maciça é a ocupação nestas dezenas de assentamentos por pessoas que sequer podem ser ditas como cumpridoras dos requisitos legais para serem beneficiadas pelo Estado (posto que não devidamente cadastradas pelo Incra). Aviltante é a produção de lesão às regras ambientais (posto que não licenciadas pelo Incra muitas das áreas). Latentes são os conflitos fundiários (vez que não demarcados os lotes). Abandonadas se encontram diversas famílias que, de fato, estão a merecer a assistência do Incra para exploração de suas terras (já que não ultimados tais planos de assistência pela autarquia e também ainda não destinados diversos lotes).

A causa de tal quadro de abandono, conforme detidamente apurado, é a insuficiência de disponibilização de recursos financeiros pelo Incra para que seus servidores efetuem as diligências administrativas (diárias de viagens, cadastramento de ocupantes, emissão de documentos necessários ao financiamento rural, demarcação e registro de APPs e RLs, obtenção de licenças ambientais, demarcação de lotes, georreferenciamento de áreas) necessárias à últimação das providências supra.

Um comparativo numérico, no ponto, fala por si só: no ano de 2014 o Incra gastou mais de R\$ 114.000.000,00 (cento e quatorze milhões de reais) com desapropriações para reforma agrária; no mesmo período, gastou pouco mais de R\$ 1.300.000,00 (um milhão e trezentos mil reais) para regularização de assentamentos já instituídos (fl. 27).

Toda essa realidade, sobre ser detidamente narrada na inicial, encontra seguro conforto na prova documental acostada, valendo referir; ata de reunião de fls. 53/57, em que servidores do Incra e de diversos Municípios retraiam o estado de abandono mencionado; depoimento de fls. 62/68, em que servidor do Incra relata o mesmo quadro; relatório de fls. 69/74, em que, em cumprimento de Ordem de Serviço, servidores do Incra relatam mencionadas irregularidades nos assentamentos; informação oficial de fls. 86/87, em que a Polícia Federal constata diversos crimes ambientais em assentamento; Ofício de fl. 110 que demonstra pendências de regularização em assentamentos; relatório de fls. 111/115 que demonstra, nos diversos assentamentos no Estado de Mato Grosso, a existência de milhares de lotes a serem destinados a potenciais beneficiários; ato do TCU de fls. 143/184 que conclui pela existência de diversos assentamentos em situação de irregularidade no Estado do Mato Grosso.

b) Decisão administrativa de efetuar novas desapropriações como forma de execução da Política Nacional de Reforma Agrária. Exercício do Poder Discricionário. Necessidade de sujeição à vontade da lei (finalidade pública), sob pena de invalidade (ilegalidade) da decisão (escolha). Admissibilidade de controle judicial ('Administrador Negativo'). Invalidado verificada.

A questão tratada nesta Ação Civil Pública é grave e complexa, remontando à higidez das decisões administrativas tomadas pelo Incra a pretexto de executar a Política Nacional de Reforma Agrária. No que importa à análise da liminar, porém, a análise jurídica esgota-se na clássica pretensão de que o Judiciário controle o exercício pela Administração Pública do Poder Discricionário, isto é, trata-se de controle judicial do poder discricionário, matéria que tem sido objeto de alentados estudos doutrinários e que sempre é ferida pela jurisprudência de nossos tribunais.

Quero dizer: para análise da pretensão liminar do MPF é necessário e suficiente - pelo menos para este momento processual - resolver a seguinte questão jurídica. A decisão administrativa do Incra de, executando a Reforma Agrária (atribuição que lhe é conferida pelo artigo 1º, I, da Portaria 20/2009 do Ministério do Desenvolvimento Agrário), promover novas desapropriações de imóveis rurais compreende-se nos limites de seu Poder Discricionário de, verificada o quadro fático supra, tomar a decisão que melhor atende à finalidade pública almejada pela regra de competência?

A resposta para tal questão é desenganadamente negativa.

É exatamente neste campo que se insere o controle judicial do poder discricionário: verificando o Judiciário que o administrador, ao verter decisão administrativa no exercício de escolha - poder - discricionária, desviou-se da vontade da lei, isto é, efetuou escolha contrária à finalidade pública, ter-se-á invalidade em decorrência de ilegalidade (assim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito Administrativo, 18ª edição, 2005, páginas 210 a 212).

E a esse controle judicial reclamado pelo MPF sobre a decisão administrativa do Incra de efetuar novas desapropriações no âmbito territorial deste juízo como forma de executar a Política Nacional de Reforma Agrária a que procedo, controle no qual concluo ser inválida - por lesiva dos princípios da legalidade, eficiência, economicidade e finalidade pública (CF, artigo 37, caput) - tal decisão. Demonstro.

A decisão administrativa de, no quadro de inexistência de recursos financeiros para regularizar dezenas de assentamentos rurais já formados, desapropriar mais terras para formação de assentamentos rurais é ilegal: a ilegalidade (desrespeito aos artigos 17 a 20 da Lei 8.629/1993) ora existente nas dezenas de assentamentos já formados será replicada naqueles que advierem em decorrência das novas desapropriações, posto que a causa de tais ilegalidades - insuficiência de recursos financeiros - apenas se fortalecerá com a existência de novas estruturas a serem integralizadas.

A decisão administrativa de, no quadro de inexistência de recursos financeiros para regularizar dezenas de assentamentos rurais já formados, desapropriar mais terras para formação de assentamentos rurais é contrária à eficiência e economicidade administrativas: existem, nos assentamentos já formados no Estado do Mato Grosso, mais de 3-000 lotes vazios, passíveis de receber famílias (fls. 111/115), de modo que completamente lesivo ao patrimônio público, por exemplo, é gastar-se quase de R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais), como se pretende ao desapropriar os imóveis referidos nos processos n. 206-54.2016.4.01.3600 e 214-31.2016.4.01.3600 (que tramitam neste juízo e que correrão conexos à presente ação) para alocar pouco mais de 200 famílias. Em fim, a escorregada gestão do erário recomenda aloquem-se as famílias em terras já incorporadas ao patrimônio da autarquia e não que se adquiram novas terras - quando suficientes aquelas - para fazê-lo.

A decisão administrativa de, no quadro de inexistência de recursos financeiros para regularizar dezenas de assentamentos rurais já formados, desapropriar mais terras para formação de assentamentos rurais é lesiva à finalidade pública: esta finalidade - escoreito assentamento das famílias beneficiárias da reforma agrária - somente pode ser atingida se regularizados os assentamentos rurais, neles se inserindo as famílias em condições de explorarem suas terras para subsistência, não sendo atingida quando se adquirem novas terras para formarem-se assentamentos irregulares, o que, além de manter em desamparo as famílias já assentadas em locais pendentes de regularização, estenderá o agravo àquelas que vierem a ser assentadas nas novas terras.

É, assim, ilegal qualquer decisão administrativa tendente a desapropriar imóveis rurais no âmbito territorial deste juízo enquanto mantido o quadro fático de generalizada pendência de regularização de assentamentos já formados e nos quais, uma vez regularizados, ainda passíveis de alocação milhares de famílias. Está este juízo, portanto, aluando como 'Administrador Negativo', isto é, não está a substituir pelos seus os critérios que devem animar o exercício do Poder

Discricionário pela Administração, mas, apenas, afirmando que determinada escolha concretamente exercida se revela inválida, sendo exatamente este o papel do Judiciário no controle dos atos administrativos discricionários, conforme anota o Supremo Tribunal Federal (RE 837,311, Pteno, Luiz Fux, DJe 18/04/2016).

Do que acima se expôs decorre o fumus boni iuris da pretensão de que, liminarmente, suspendam-se os processos judiciais 206-54.2016.4.01.3600 e 214-31.2016.4.01.3600 (que tramitam neste juízo e que correrão conexos à presente ação) e quaisquer outros judiciais ou administrativos referentes a desapropriação pelo Incra de imóveis no âmbito territorial deste juízo para realização de reforma agrária. O periculum in mora advém dos prejuízos ao erário - caso se despendam recursos materiais e humanos em desapropriações que venham a ser tidas por inválidas - aos proprietários dos bens que se tentenem desapropriar - que podem ter seus direitos restringidos em decorrência de processos de desapropriação inválidos - e a terceiros - que podem ter relações jurídicas ou econômicas afetadas por atos de expropriação inválidos.

O pedido referente à disponibilização, pelo Incra, dos recursos financeiros que seriam empregados na efetivação das desapropriações ora suspensas, para o fim realização das diligências administrativas a cargo da autarquia e necessárias à regularização do assentamento SERRINHA será apreciado após a contestação das rés e a apresentação pelo Incra de informações referentes ao montante de tais recursos, forma em que se encontram, local em que depositados e autoridade responsável pela custódia, conforme abaixo se determinará.

c) Dispositivo e providências.

Forte no exposto, DEFIRO PARCIALMENTE A LIMINAR para determinar a suspensão de quaisquer processos administrativos ou judiciais referentes a desapropriação pelo Incra para realização de reforma agrária de imóveis no âmbito territorial deste juízo, valendo explicitar que tal âmbito territorial compreende os seguintes (31) municípios: Água Boa, Aito Boa Vista, Araguaiana, Barra do Garças, Bom Jesus-do Araguaia, Campinápolis, Canabrava do Norte, Canarana, Cocalinho, Confresa, General Carneiro, Luciara, Nova Nazaré, Nova Xavantina, Novo Santo Antônio, Novo São Joaquim, Pontal do Araguaia, Ponte Branca, Porto Alegre do Norte, Querência, Ribeirão Cascalheira, Ribeirãozinho, Santa Cruz do Xingu, Santa Terezinha, Santo Antônio do Leste, São Félix do Araguaia, São José do Xingu, Serra Nova Dourada, Tesouro, Torixoréu e Vila Rica.

[...]. (cf. fls. 445-457 — grifo original)

Assim sendo, é certo que o pedido de atribuição de efeito suspensivo pleiteado pelo agravante exaure o objeto do presente agravo de instrumento.

Isto posto, *em exame provisório*, não identifico, na espécie, os requisitos que autorizam a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

*Indefiro*, pois, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

(Agravo de Instrumento 0016702-60.2017.4.01.0000/MT, rel. Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada), e-DJF1 de 19/05/2017, p. 2.309)

## Agravo de Instrumento 0003044-66.2017.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca (convocado)

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra decisão proferida pelo MM. juiz de Direito da Comarca de Bocaiuva/MG que concedeu antecipação de tutela em ação de rito ordinário, determinando a concessão do benefício assistencial.

Alega o agravante, em síntese, a ausência dos requisitos legais para a antecipação da tutela e para o gozo do benefício em questão, visto que não houve a realização de perícia médica e estudo social indicativo de condição socioeconômica, o que contraria a jurisprudência pátria. Requer, ao final, a reforma da decisão agravada.

É o relatório. Decido.

O art. 203, inciso V, da Constituição Federal prevê a prestação de assistência social a portador de deficiência física ou a idoso, desde que seja constatado não ter ele meios para prover sua subsistência.

Nos termos da Lei 8.742, de 1993, art. 20, o benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. Há presunção legal de que

a família com renda mensal *per capita* inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário-mínimo não é capaz de promover de forma digna a manutenção do membro idoso ou portador de deficiência física (§ 3º, art. 20, Lei 8.742/1993).

Assim, comprovada a renda familiar no limite legal estabelecido e a idade de 65 anos, o idoso fará jus ao benefício assistencial. No caso do deficiente físico, a limitação, caso controversa, deverá ser verificada por prova apta ao convencimento do julgador, preferencialmente pela perícia judicial. Pontue-se que a deficiência física deverá compreender a incapacidade de promover o próprio sustento, ou de tê-lo provido por meio de sua família.

No que toca à renda familiar *per capita*, o Plenário do STF manifestou-se, por ocasião da ADIN 1.232-1/DF, no sentido de que a lei estabeleceu hipótese objetiva de aferição da miserabilidade, contudo, o legislador não excluiu outras formas de verificação de tal condição. Para tal, cite-se outros benefícios de cunho assistencial instituídos posteriormente com critério objetivo de renda familiar *per capita* inferior a  $\frac{1}{2}$  do salário-mínimo (Lei 10.689/2003 e Lei 9.533/1997). Tais inovações legislativas demonstram o objetivo de salvaguarda do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa linha de entendimento, a jurisprudência de nossos tribunais tem entendido que, assim como o benefício assistencial pago a um integrante da família não deve ser considerado para fins de renda *per capita*, nos termos do parágrafo único do art. 34 da Lei 10.741, os benefícios previdenciários de até um salário-mínimo, pagos a pessoa maior de 60 anos, não deverão ser considerados. Nesse sentido:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. CONHECIMENTO. ALCANCE DO ARTIGO 34, P.U., DO ESTATUTO DO IDOSO (LEI N.º 10.741/2003). Demonstrado que o acórdão da Turma Recursal de origem contraria a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, cabível o pedido de uniformização. A renda mensal do idoso, no valor de um salário mínimo, auferida a título de benefício assistencial, não deve ser computada, no cálculo da renda familiar, para fins de concessão de benefício assistencial a outro membro da família (artigo 34, parágrafo único, da Lei n.º 10.741/2003 - Estatuto do Idoso). Se assim é, igualmente não deve ser computada, para o mesmo fim, a renda mensal do idoso, no mesmo valor, auferida a título de benefício previdenciário. (PEDILEF 200870950021545, JUIZ FEDERAL SEBASTIÃO OGÉ MUNIZ, TNU - Turma Nacional de Uniformização, DJ 15/09/2009.)

Assim, a vulnerabilidade social deve ser aferida pelo julgador na análise do caso concreto, de modo que o critério objetivo fixado em lei deve ser considerado como um norte, podendo o julgador considerar outros fatores que viabilizem a constatação da hipossuficiência do requerente. Esse é o entendimento consagrado no âmbito do e. STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROVA. REVALORAÇÃO. POSSIBILIDADE. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. LOAS. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA RECEBIDO POR CÔNJUGE. AFERIÇÃO DA CONDIÇÃO ECONÔMICA POR OUTROS MEIOS LEGÍTIMOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES.

1. [...]

2. Este Superior Tribunal pacificou entendimento no sentido de que o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3.º do art. 20 da Lei n.º 8.742/1993 deverá ser observado como um mínimo, não excluindo a possibilidade de que o julgador, ao analisar o caso concreto, lance mão de outros elementos probatórios que afirmem a condição de miserabilidade da parte e de sua família. (AGRESP 200900733763, OG FERNANDES, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:16/11/2010.)

Registre-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação 4.374/PE sinalizou compreensão no sentido de que o critério de renda *per capita* de  $\frac{1}{4}$  do salário-mínimo não é absoluto, motivo pelo qual a miserabilidade deverá ser aferida pela análise das circunstâncias concretas do caso analisado. Confira-se:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo fosse concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovassem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 que "considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo". O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Reclamação como instrumento de (re)interpretação da decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrato.

Preliminarmente, arguido o prejuízo da reclamação, em virtude do prévio julgamento dos recursos extraordinários 580.963 e 567.985, o Tribunal, por maioria de votos, conheceu da reclamação. O STF, no exercício da competência geral de fiscalizar a compatibilidade formal e material de qualquer ato normativo com a Constituição, pode declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, de normas tidas como fundamento da decisão ou do ato que é impugnado na reclamação. Isso decorre da própria competência atribuída ao STF para exercer o denominado controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação – no “balançar de olhos” entre objeto e parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade. Com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição. 4. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

6. Reclamação constitucional julgada improcedente (Rcl 4374, GILMAR MENDES, STF.)

*In casu*, no tocante à incapacidade, de fato, o art. 20, § 2º, da Lei 8.742/1993 considera pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Considerando que, no presente caso, embora a perícia médica não tenha sido realizada, há nos autos comprovação de que o agravado é portador de anemia falciforme (fls. 25 e 26 do AI) e histórico laboral realizado pelo Dr. Bruno Medeiros Fernandes, dando conta da referida incapacidade (fls. 59-62). Além disso, a família participa do programa do Governo “Bolsa Família” (fl. 23 do AI), fator que por si só demonstra a condição socioeconômica da família, autorizando a percepção do benefício assistencial.

De acordo com o disposto no art. 300 do NCPC, “*A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*”. Nas circunstâncias dos autos, se encontram presentes os requisitos necessários aptos à antecipação dos efeitos da tutela para a concessão do benefício pleiteado, razão pela qual o indeferimento do efeito suspensivo requerido é medida que se impõe.

Diante do exposto, *indefiro o pedido de efeito suspensivo*, nos termos do art. 1.019, I, do NCPC.

(Agravado de Instrumento 0003044-66.2017.4.01.0000/MG, rel. Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca (convocado), e-DJF1 de 24/05/2017, p. 412)

## Agravado de Instrumento 0046200-75.2015.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal João Luiz de Sousa

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito ativo, interposto por Ruth Vieira em desfavor da decisão proferida pelo MM. juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Paraisópolis/MG, nos autos da Ação Ordinária 0473.15.690-5, que determinou à agravante, beneficiária da gratuidade da justiça, que efetue o pagamento dos honorários periciais, nos seguintes termos:

[...] arbitro os honorários do perito médico no valor de uma consulta deste profissional, em valor que varia de R\$ 200,00 a R\$ 400,00, a depender da complexidade do caso, a ser especificada pelo expert, com pagamento diretamente a este, no dia da realização do exame, mediante recibo, que posteriormente deverá se fazer juntar aos autos. Tais valores são fixados de forma módica e não têm o condão de impedir os beneficiários da justiça gratuita de arcarem com tal quantia, cientes de que, em caso de procedência dos pedidos formulados, tal custo será integralmente reembolsado pelo vencido, como ônus de sucumbência [...]. (fls. 13-14)

#### A agravante alega que

[...] a agravante e seus familiares não possuem condições financeiras para arcar com as despesas processuais e nem dos honorários periciais, pois são pessoas carentes e sem renda. A agravante vive com a mãe e um irmão incapaz, onde a renda da família é obtida da pensão por morte que a mãe da agravante recebe no valor de um salário mínimo. A agravante está amparada pela Lei da Assistência Judiciária gratuita e seu pedido inicial foi deferido pelo MM. Juiz "a quo", conforme consta na decisão interlocutória na fl. 30 dos autos. A necessidade da realização da perícia médica judicial é primordial para a comprovação da incapacidade laborativa da agravante para a concessão do benefício previdenciário requerido na inicial [...]. (fl. 7)

Compulsado o feito e num juízo de cognição sumária, verifico que se encontram presentes os requisitos insculpidos no art. 1.019, I, c/c art. 995 do NCPC para o fim de atribuir efeito ativo à decisão hostilizada, haja vista a plausibilidade das argumentações expendidas pela agravante.

Como beneficiária da justiça gratuita, nos termos da Constituição Federal de 1988, a agravante tem direito à gratuidade integral, não sendo, pois, obrigada a pagar os honorários periciais antecipadamente ou posteriormente à realização da perícia.

Entretanto, como não se pode exigir do perito a realização de seu serviço gratuitamente, a obrigação do pagamento deve recair sobre o sucumbente ou, no caso deste ser o beneficiário, às expensas do Estado, a quem é conferida a obrigação de prestação de assistência judiciária aos necessitados.

Com efeito, dispõe o art. 98, §1º, VI, do NCPC que:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade de justiça, na forma da lei.

§1º A gratuidade da justiça compreende:

- I – as taxas ou as custas judiciais;
- II – os selos postais;
- III – as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;
- IV – a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;
- V – as despesas com a realização de exame de código genético – DNA e de outros exames considerados essenciais;
- VI – os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;
- VII – o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;
- VIII – os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;
- IX – os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

Destacamos.

Ademais, insta considerar, por oportuno, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem assim desta Corte, está assentada no sentido de que, quando a parte for beneficiária de assistência judiciária gratuita, cabe ao ente estatal arcar com o pagamento antecipado dos honorários periciais, consoante os termos do art. 1º da Resolução 541/2007 do Conselho da Justiça Federal, que estabelece que "as despesas com advogados dativos e peritos no âmbito da jurisdição delegada correrão à conta da Justiça Federal".

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. HONORÁRIOS PERICIAIS. SUCUMBENTE BENEFICIÁRIO DE JUSTIÇA GRATUITA. SÚMULA 83/STJ. INCIDÊNCIA.

I – É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual, cabe ao Estado o pagamento dos honorários periciais nos casos em que o sucumbente é beneficiário da assistência judiciária gratuita.

II – O recurso especial, interposto pela alínea a e/ou pela alínea c, do inciso III, do art. 105, da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência dessa Corte, a teor da Súmula 83/STJ.

III – O Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.

IV – Agravo Regimental improvido.

(STJ, Primeira Turma, AgRg no AREsp 421668/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, julgado em 21/05/2015, DJe 03/06/2015). Destacamos.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTIÇA GRATUITA. HONORÁRIOS PERICIAIS. PAGAMENTO ANTECIPADO DO PERITO. ÔNUS DO ESTADO. TABELA DA CJF.

Quando a parte requerente litiga sob o pálio da justiça judiciária a incumbência de pagamento antecipado dos honorários do perito não deve se transferir à parte contrária e sim ao Estado, a quem incumbe o dever constitucional de assegurar aos necessitados o efetivo acesso à Justiça. Precedentes (AG 2004.01.00.004875-8/MG, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, DJ de 13/09/2004, p. 78); (AC 1999.38.00.016914-2/MG, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJ de 21/02/2008, F1 p. 282); (AG 2003.04.00.010181-5/BA, Rel. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, Sexta Turma, DJ de 24/05/2004, p. 112) e REsp 709.364/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 22.05.2007, DJ 11.06.2007, p. 351)

Estabelece o art. 6º da Resolução 558/2007 do CJF, que os pagamentos efetuados aos peritos não eximem o vencido de reembolsá-los ao Erário, exceto quando beneficiário da assistência judiciária gratuita.

Fixados os honorários periciais em valor superior àquele constante da tabela de honorários do Conselho da Justiça Federal, para pagamentos de honorários de peritos em processos que tramitam sob o pálio da justiça gratuita, devem eles ser reduzidos para os patamares nela previstos. Dessa forma, os honorários devem ser arbitrados em R\$200,00 (duzentos reais), visto que a perícia realizada não é de alta complexidade, a serem pagos a tempo e modo estabelecidos nos arts. 3º e 4º da Resolução n. 541/2007 do CJF.

Agravo de instrumento provido para fixar os honorários do perito em R\$200,00 (duzentos reais) e para suspender a exigibilidade de adiantamento de valores a título de honorários periciais por parte do INSS.

(TRF1, Segunda Turma, AI 0019917-88.2010.401.0000/MG, Rel. Desembargador Federal Francisco de Assis Betti, julgado em 20/07/2011, Publicado em 22/08/2011 e-DJF1 p. 080) Destacamos.

Logo, escudadas na jurisprudência, as razões expendidas pelo agravante à reforma da decisão hostilizada merecem ser acolhidas.

Posto isso, com fundamento no art. 1.019, I, c/c 995, ambos do novo Código de Processo Civil, defiro o pedido para atribuir efeito ativo ao presente agravo para desobrigar a parte agravante do pagamento dos honorários periciais.

(Agravo de Instrumento 0046200-75.2015.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal João Luiz de Sousa, e-DJF1 de 24/05/2017, p. 339)

## Mandado de Segurança Criminal 0022002-03.2017.4.01.0000/RO

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Rafaela Santos Rocha e Carlos Vinícius Lírio da Silva contra ato do Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária de Rondônia/RO, que indeferiu o pedido de liminar para que seja autorizada a visita social da cônjuge Rafaela Santos Rocha ao seu esposo que está custodiado na Unidade Prisional Federal de Porto Velho/RO, nos termos do art. 226 da CF e 41, X, da LEP.

O juízo *a quo* indeferiu o pedido sob os seguintes fundamentos: a) tendo em vista que a esposa do preso responde por tráfico de drogas, um dos motivos que ensejaram a inclusão do reeducando Carlos Vinícius Lírio da Silva no Sistema Penitenciário Federal, logo, a visita com contato físico dela com o reeducando no presídio

poderia colocar em risco a eficiência dos protocolos de segurança da unidade; b) as penitenciárias federais abrigam os presos mais perigosos, em tese, do País, razão pela qual devem ser adotadas medidas de segurança compatíveis com essa realidade para que haja o efetivo isolamento de lideranças de facções criminosas.

Narram os impetrantes que são casados desde 12/11/2010 e que possuem três filhos, Pamela Santos Rocha da Silva, Vitória Santos Rocha da Silva e Luis Eduardo Santos Rocha da Silva.

Esclarecem que o diretor da Unidade Prisional Federal de Porto Velho/RO negou parcialmente o direito dos impetrantes e de seus três filhos de manterem a visita familiar, pois a impetrante somente tem direito a visita em parlatório/videoconferência, sob a justificativa da Pendência Criminal de número 0001162-43.2010.8.19.0206, que tramita na 2ª Vara Criminal de Santa Cruz/RJ, nos termos do art. 7º, II, da Portaria Depen 54/2016.

Aduzem que a referida decisão administrativa viola o art. 5º, LVII, da CF e art. 41, X, da LEP, bem como que a impetrante comprovou que possui certidão criminal positiva, conforme as certidões expedidas pelo 1º Cartório Distribuidor de Niterói/RJ e da Justiça Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ.

Informam que, em 2003, a impetrante foi indiciada num inquérito policial instaurado pela 36ª Delegacia Policial no Rio de Janeiro/RJ que se convolou na Ação Penal CNJ-0017351-33.2009.8.19.0206, que, embora tenha absolvido todos os réus, foi, posteriormente, desmembrada em relação à impetrante sob o número CNJ-0001162-43.2010.8.19.0206, que tramita na 2ª Vara Criminal da Comarca de Santa Cruz/RJ, mas que ainda não oferecida a denúncia pelo Ministério Público Estadual.

Alegam que, em 2014, foram denunciados na Ação Penal CNJ-0078762-34.2014.8.19.0002 em trâmite na 4ª Vara Criminal de Niterói/RJ, por suposta prática de crime capitulado no art. 33 da Lei 11.343/2006.

Sustentam que a Comissão Técnica de Classificação classificou como bom o comportamento do impetrante, bem como a impetrante jamais praticou qualquer ato desrespeitoso ou de indisciplina durante as visitas ao seu esposo realizadas de forma restrita (parlatório/videoconferência).

Aduzem que a decisão ora impugnada traz transtornos à família.

Requerem, por fim, a gratuidade da justiça.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, defiro o pedido de gratuidade da justiça.

A Lei 7.210/1984, em seu art. 41, assegura sem restrição o direito à visitação, o que se insere no propósito de conferir significado tanto ao direito do acusado de ressocializar-se mediante contato com o mundo externo, como também insere-se no âmbito do direito constitucional de proteção à família (art. 226 da CF).

Obviamente, não se nega a possibilidade de restrição a direito, desde que a restrição revele-se proporcional, num sentido de mostrar-se adequada e necessária à proteção de outro bem ou direito de mesmo ou maior hierarquia. De qualquer jeito, a restrição ao direito conferido por lei deveria vir disposta também em norma legal.

No caso presente, a restrição imposta não atende a nenhum destes pressupostos, isto é, não se mostra adequada ou necessária à proteção de qualquer outro direito, uma vez que não é o fato de existir ou não registros positivos de inquéritos ou processos judiciais dos parentes que pretendem a visita nada dizem com a possibilidade de violação das regras de segurança do estabelecimento prisional. Por outro lado, sendo o direito à visita garantido por lei, evidentemente, não poderia sofrer restrição por ato normativo de menor hierarquia, no caso a Portaria Depen 54/2016, do Departamento Penitenciário Nacional.

Além do mais, no Brasil, o que serve pelo menos como diretriz para o Judiciário brasileiro, recentemente o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) deu publicidade, em 2016, durante a 232ª Sessão Ordinária, à tradução oficial das chamadas *Regras de Mandela*, preceitos mínimos da Organização das Nações Unidas (ONU) para o tratamento de presos, atualizadas no ano passado pela instituição internacional. O documento oferece balizas para a estruturação dos sistemas penais nos diferentes países e reveem as “Regras Mínimas para o Tratamento de Presos” aprovadas em 1955.

As normas vão ao encontro de programas implantados pelo CNJ para melhoria das condições do sistema carcerário e garantia do tratamento digno oferecido às pessoas em situação de privação de liberdade, como os programas Audiência de Custódia e Cidadania nos Presídios.

As Regras de Mandela levam em consideração os instrumentos internacionais vigentes no Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

No que tange ao caso concreto, deve-se referir especialmente o que disposto na *regra 58*, que expressamente confere aos prisioneiros o direito ao contato com o mundo exterior, especialmente, consagrando a mulheres e homens, mesmo quando presos, o direito às chamadas “visitas conjugais” (cito):

Contato com o mundo exterior

Regra 58

1. Os prisioneiros devem ter permissão, sob a supervisão necessária, de comunicarem-se periodicamente com seus familiares e amigos, periodicamente:

(a) por correspondência e utilizando, onde houver, de telecomunicações, meios digitais, eletrônicos e outros; e

(b) por meio de visitas.

2. Onde forem permitidas as visitas conjugais, este direito deve ser garantido sem discriminação, e as mulheres presas exercerão este direito nas mesmas bases que os homens. Devem ser instaurados procedimentos, e locais devem ser disponibilizados, de forma a garantir o justo e igualitário acesso, respeitando-se a segurança e a dignidade.

Isso considerado, *defiro* o pedido de liminar para determinar à autoridade impetrada para autorizar a visita social da impetrante ao impetrado na Unidade Prisional Federal de Porto Velho/RO.

(Mandado de Segurança Criminal 0022002-03.2017.4.01.0000/RO, rel. Des. Federal Néviton Guedes, *e-DJF1* de 29/05/2017, p. 24)

## *Habeas Corpus* 0023139-20.2017.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado por Cristiano Zanin Martins e outros em favor de *Luiz Inácio Lula da Silva*, em face de decisão que, proferida nos autos da Ação Penal 0042543-76.2016.4.01.3400, decretou a suspensão das atividades do Instituto Lula.

O juízo *a quo* assim decidiu, ao fundamento da necessidade de se imprimir eficácia à instrução processual da ação penal em que se apura a ocorrência do “*crime de obstrução à justiça*” e para resguardar a função cautelar do processo.

Segundo indicado na decisão, eis os fatos que ensejaram o decreto de suspensão das atividades do Instituto Lula:

(i) no depoimento prestado pelo acusado Luiz Inácio Lula da Silva, teria se verificado que “[...] o Instituto Lula, mesmo que desenvolva projetos de intuito social, possa ter sido instrumento ou pelo menos local de encontro para a perpetração de vários ilícitos criminais” (fl. 45);

(ii) o referido instituto teria sido alvo de fiscalização da Receita Federal do Brasil, o que ocasionou a suspensão de sua isenção tributária, por desvio de finalidade, havendo, ainda, registro “[...] no documento da Receita de que houve repasses que não seriam devidos para uma empresa, cujos sócios seriam Fernando Bittar e o filho do acusado Luiz Inácio Lula da Silva” (fl. 45);

(iii) o próprio acusado, em depoimento prestado na ação originária, teria alcunhado o instituto de “Posto Ipiranga”, pois “[...] chamava pessoas para conversar no referido Instituto e sobre finalidades diversas do escopo da entidade” (fl. 46), sem qualquer agendamento;

(iv) não se sabe os assuntos que eram tratados pelo acusado nos encontros realizados no Instituto Lula, porém, “[...] por depoimentos testemunhais (mais especificamente o depoimento de Leo Pinheiro prestado perante a 13ª Vara Federal de Curitiba), bem como o de várias investigações em seu desfavor, há veementes indícios de delitos criminais (incluído o descrito nesta denúncia) que podem ter sido iniciados ou instigados naquele local” (fl. 46); e

(v) “há indícios abundantes de que se tratava de local com grande influência no cenário político do País, e que possíveis tratativas ali entabuladas fizeram eclodir várias linhas de investigação” (fl. 46).

Sustentam os impetrantes, inicialmente, o cabimento do *habeas corpus*, ao argumento de que a decisão impugnada, ao decretar a suspensão das atividades do Instituto Lula, estaria cerceando a liberdade de ir e vir do paciente, na medida em que está impedido de comparecer ao estabelecimento em que trabalha e por meio do qual auferia renda, submetendo-o, ainda, a constrangimento ilegal.

Alegam os impetrantes que a decisão é teratológica e causa constrangimento ilegal ao paciente, sob os seguintes argumentos:

(i) inexistência de perigo atual que justificaria a aplicação da medida cautelar de suspensão das atividades do Instituto Lula, pois as condutas ilícitas atribuídas ao paciente teriam ocorrido nos anos de 2014 (suposta conduta atentatória à investigação criminal) e 2015 (encontros com Delcídio do Amaral), não preenchendo, assim, o requisito do § 5º do art. 282 do CPP (ausência de justa causa);

(ii) a medida foi decretada de ofício, sem requerimento do Ministério Público Federal, o que teria caracterizado desvio da posição do juiz como condutor do processo, a quem cabe garantir a eficácia de todos os direitos fundamentais do acusado, ferindo, igualmente, os princípios da inércia da jurisdição e da correlação entre pedido e decisão;

(iii) violação ao princípio da intranscendência, pois “[...] a Autoridade Coatora busca aplicar sanção legal contra o Instituto Lula, pessoa jurídica que obviamente não se confunde com o Paciente, tendo como fundamento o inciso VI do artigo 319 do Código de Processo Penal” (fl. 19);

(iv) fragilidade do conjunto probatório utilizado pelo juízo *a quo*, que se resumiria ao depoimento de José Adelmário Pinheiro Filho (Léo Pinheiro) na condição de acusado na Ação Penal 5046512-92.2016.4.04.7000/PR, acerca dos encontros do paciente com Delcídio Amaral em 2015, nas declarações do próprio acusado, no fato de o paciente estar sendo investigado em outros processos e na existência de processo administrativo perante a Receita Federal do Brasil;

(v) o depoimento de Léo Pinheiro não poderia ter sido tomado em consideração na prolação da decisão impugnada, pois o depoente atuou na condição de réu e potencial delator no âmbito da denominada “Operação Lava Jato” e, “para todos os efeitos, o acusado Léo Pinheiro proferiu ‘declarações hteroinculpatórias’, conforme nomenclatura utilizada pelo Supremo Tribunal Federal [...]” (fl. 28);

(vi) violação ao princípio da devida motivação das decisões judiciais, pois a decisão estaria fragilmente fundamentada, amparada em elementos sobremaneira genéricos, na medida em que não teria sido demonstrado qual seria o risco que o paciente, por intermédio do Instituto Lula, apresentaria à instrução criminal;

(vii) violação ao princípio da presunção de inocência, na medida em que o juízo *a quo* considerou um procedimento fiscal ainda não concluído, a existência de outras investigações contra o paciente e que os encontros do paciente com Delcídio Amaral são indícios de assuntos espúrios supostamente tratados no Instituto Lula; e

(viii) violação ao princípio da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

Requerem, ao final, após indicarem a existência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, a concessão de liminar para suspender os efeitos da decisão impugnada e, posteriormente, a concessão integral da ordem vindicada.

É o relatório. Decido.

*I – Do cabimento da impetração*

A presente impetração se direciona contra a decisão que, proferida nos autos da ação penal na qual o paciente figura como réu, deferiu, de ofício, medida cautelar e determinou a suspensão das atividades do Instituto Lula.

Conforme disposto no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, a concessão do *habeas corpus* deve limitar-se às situações nas quais alguém sofra ou esteja ameaçado de sofrer violência ou coação na liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Entretanto, a jurisprudência tem estendido o cabimento do *writ* para as hipóteses em que, à semelhança do caso presente, seja afirmada a manifesta ilegalidade ou seja teratológica a decisão apontada como ilegal, objetivando-se evitar o constrangimento ilegal imposto ao paciente (cito):

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TRIBUNAL DO JÚRI. NULIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DE DEFENSOR DATIVO. NÃO OCORRÊNCIA. JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. OFENSA À SOBERANIA DOS VEREDICTOS. NÃO OCORRÊNCIA. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA, VEDADA NA VIA ESTREITA DO WRIT. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm admitido o *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais, quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora.

[...].

(HC 257.914/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 27/04/2017)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADMISSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DE PENAS E DE REGIME COM BASE EM ILAÇÕES ABSTRATAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não têm mais admitido a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado. Em circunstâncias excepcionais, quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora, situação verificada de plano, poder-se-ia admitir a impetração do *mandamus* diretamente nesta Corte, a fim de evitar o constrangimento ilegal imposto ao paciente, como ocorre no caso.

[...].

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 309.166/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 23/04/2015)

No caso, ainda que num primeiro olhar pareça que a decisão não se trata de imediata restrição ao direito de liberdade do paciente, é relevante destacar que, segundo a decisão impugnada (fl. 45), a medida cautelar, prevista no inciso VI do art. 319 do CPP, foi fixada como substitutiva da prisão, o que já caracterizaria motivo suficiente para se buscar amparo na esfera protetiva do *habeas corpus*.

Ademais, acrescenta-se que, da análise dos autos, não obstante o respeito que se deve dedicar à autoridade judiciária indicada como coatora, afigura-se plausível a alegação de existência de ilegalidade manifesta, apta a configurar o constrangimento ilegal a que estaria sendo submetido o paciente, que merece ser sanada pela presente impetração, uma vez que a medida restritiva foi deferida de ofício, no momento em que a instrução processual já estava na fase do art. 402 do CPP, sem a demonstração da justa causa para a sua adoção e por afetar diretamente a esfera jurídica de terceiro, cuja personalidade jurídica não se confunde com a dos réus, em especial não se confunde com o ora paciente.

No mais, neste juízo de cognição sumária, mostra-se razoável o argumento deduzido nas razões de impetração, no sentido de que os efeitos da decisão impugnada, além de impedir o regular funcionamento do Instituto Lula, pessoa jurídica estranha à relação processual, também “incide sobre o local de exercício das atividades laborativas do Paciente e de outros vinte funcionários. Cerceia a liberdade de ir e vir do Paciente, já que este estaria impedido de comparecer ao estabelecimento em que trabalha, por meio do qual auferia renda [...]” (fl. 4).

Por fim, ainda que fosse no caso duvidosa a possibilidade de a discussão posta ser veiculada em sede de *habeas corpus*, como já decidiu este Tribunal,

[...] a Constituição assegura a todos o livre exercício da atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, ressalvados os casos previstos em lei. As empresas dos pacientes têm objeto lícito, cujo exercício não implica, por si mesmo, o cometimento de crimes. Embora a medida cautelar não implique restrição à liberdade de locomoção dos pacientes, tornando talvez o *habeas corpus* impróprio para a discussão, a realidade é que foi imposta como substitutiva

da prisão, o que permite, até melhor discussão, a avaliação crítica da sua oportunidade no âmbito desse *writ*. (HC 0053783-77.2016.4.01.0000/PA, rel. Des. Federal Olindo Menezes, Quarta Turma, e-DJF1 de 11/11/2016).

Não obstante, *alternativamente*, de qualquer modo, em caso de não ser conhecido como *habeas corpus*, a parte impetrante tenha requerido que fosse processado o pedido como *mandado de segurança* (fl. 42), julgo prejudicada essa demanda alternativa, para, à luz da jurisprudência de nosso Tribunal, acima referida, conhecer da ação, portanto, como *habeas corpus* e assim determinar o seu processamento.

Em conclusão, conheço da impetração e passo a analisar o pedido de liminar.

#### *II – Considerações iniciais*

Numa primeira aproximação dos fatos vertidos nos presentes autos, seja acentuado que a decisão impugnada foi proferida na ação penal em que se apura, segundo o juízo impetrado, a ocorrência de “crime de obstrução à justiça” (fl. 46), *capitulado no art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013*, supostamente perpetrado pelo paciente, *Luiz Inácio Lula da Silva*, e os demais réus, Edson de Siqueira Ribeiro Filho, Delcídio do Amaral Gomez, André Santos Esteves, Diogo Ferreira Rodrigues, José Carlos Costa Marques Bumlai e Maurício de Barros Bumlai (fls. 112-163).

Consta da denúncia, inicialmente apresentada pelo procurador-geral da República perante o Supremo Tribunal Federal, o seguinte resumo da imputação (fl. 119):

Conforme demonstrado pelos elementos de convicção anexos, MAURICIO BARROS BUMLAI, seu pai, JOSÉ CARLOS COSTA MARQUES BUMLAI, e o presidente da República LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, entre 11.04.2015 e 25.09.2015, concorreram para impedir e embaraçar investigação de organização criminosa, cognominada “Operação Lava Jato”, desdobrada de múltiplos feitos em curso no foro federal da cidade de Curitiba/PR e no Supremo Tribunal Federal. Efetuaram, para tanto, pagamentos no valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) (...) família de Nestor Cunat Cerveró, por intermédio de DELCÍDIO DO AMARAL, EDSON RIBEIRO e DIOGO FERREIRA RODRIGUES, como contrapartida para que Nestor Cerveró não celebrasse acordo de colaboração premiada com o Ministério Público Federal ou, ao menos, que omitisse parte das condutas criminosas, relacionadas à citada organização criminosa, de que tinha ciência.

Mais adiante, em relação ao paciente, concluiu a denúncia (fl. 161):

Por fim, ocupando papel central, determinando e dirigindo a atividade criminosa praticada por DELCÍDIO DO AMARAL, ANDRÉ SANTOS ESTEVES, EDSON DE SIQUEIRA RIBEIRO, DIOGO FERREIRA RODRIGUES, JOSÉ CARLOS COSTA MARQUES BUMLAI e MAURICIO BARROS BUMLAI, nos moldes do art. 29 do Código Penal, LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA impediu e/ou embaraçou investigação criminal que envolve organização criminosa, incidindo no crime capitulado no art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013 c/c art. 62, I, do Código Penal.

Como se vê, confirmando alegação dos impetrantes, considerando o conteúdo da inicial acusatória apresentada e bem assim a própria decisão judicial aqui confrontada, não se verificou, em qualquer momento, sequer indício de que o Instituto Lula, pessoa jurídica, tenha sido colocado na posição de parte em qualquer demanda submetida ao juízo penal de primeira instância.

Expostos tais fatos relevantes à compreensão da impetração, prossigo com a análise do pedido de liminar.

#### *III - Da impossibilidade de decisão contra quem não é parte da demanda*

Em primeiro lugar, de forma geral, como se sabe, as decisões judiciais, em sua *eficácia subjetiva*, só podem alcançar aqueles que são partes no processo. Assim, comprovando-se que o Instituto Lula não é parte na presente demanda, tal fato seria, por si só, suficiente para vedar ao Poder Judiciário a possibilidade de proferir decisão que lhe imponha qualquer espécie de restrição. Como se sabe, uma das condições que qualquer ação judicial, civil ou penal, é a *pertinência subjetiva* da demanda, ou seja, nenhuma ação pode, a princípio, desenvolver-se legitimamente *por quem e contra quem* não é parte.

Possuindo o instituto personalidade jurídica própria, autônoma e diversa da personalidade dos acusados, na presente demanda penal, não poderia a decisão alcançar — para restringir — direitos fundamentais de primeira grandeza, consistentes no seu patrimônio assim como na sua liberdade geral de agir e liberdade de empresa.

Aliás, o art. 319, VI, do CPP, quando estabelece a possibilidade de suspender o exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, para enfrentar o justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais, em tais circunstâncias, obviamente, está a indicar a possibilidade de medida cautelar para

suspender a atividade de quem é arguido (parte) em processo penal, e não a atividade de qualquer pessoa física ou jurídica que jamais tenha sido demandada pelo autor da ação penal.

Caso o processo indicasse a necessidade de atingir o patrimônio ou a atividade de terceira pessoa (física ou jurídica), obviamente, nesse ponto, não se percebe como a decisão poderia, *de ofício*, dirigir-se a quem não é parte, isto é, sem a provocação do autor da demanda. Em outras palavras, mesmo sendo possível, *de forma absolutamente extraordinária*, que o magistrado adote *ex officio* as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, isto, certamente, apenas se lhe é autorizado, considerada a excepcionalidade da medida — especialmente se adotada *de ofício* —, quando diga respeito a quem já era parte no processo, o que, decididamente, não é o caso do Instituto Lula, pelo menos confirmados os documentos e as informações carreados aos autos. O juiz decide, consoante o princípio da demanda ou do dispositivo, mas sempre sob os limites objetivos e subjetivos eventualmente delimitados pela parte.

Haveria, pois, aqui, em relação ao Instituto Lula, clara violação ao disposto no art. 5º, LIV, da Constituição da República, que expressamente, adverte que ninguém (pessoa física ou jurídica) pode ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Violação também se vislumbra ao disposto no art. 5º, LV, da mesma Constituição, que estabelece que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. De fato, a pessoa jurídica do Instituto Lula teve o seu patrimônio e liberdade atingidos da forma mais intensa possível, sem que lhe fosse assegurado o devido processo legal e muito menos os meios e recursos a ele inerentes.

Por outro lado, mesmo que a pessoa jurídica fosse diretamente demandada, não haveria no caso *congruência* ou *adstrição* entre os fundamentos apresentados na decisão e sua conclusão lógica, isso porque, concentrando-se os motivos que supostamente ensejariam a medida cautelar aqui discutida na conduta do paciente, a decisão, contudo, concentrou-se principalmente na esfera patrimonial e de liberdade da pessoa jurídica conformada pelo Instituto, desconectando-se, assim, logicamente o motivo da consequência. Em outras palavras, fosse o caso, e — pela distância temporal dos fatos — não é, de deferir alguma medida restritiva, dever-se-ia exclusivamente atingir a esfera jurídica do paciente, não se justificando em nada a decisão que apanha, sem mais, a esfera jurídica do Instituto Lula, que possui personalidade jurídica autônoma e diversa.

Por fim, em relação especificamente ao paciente, existiria também ausência de congruência na fundamentação, uma vez que não se descortina, com lógica e clareza, em que a suspensão das atividades do instituto poderiam impedi-lo de ter contato com outras pessoas e, em qualquer outro local, desenvolver as atividades que o magistrado suspeita serem ilícitas. Seja esclarecido que, pelos fundamentos expostos na decisão, o maior receio (não único) do juízo de primeira instância é o de que o paciente pudesse se valer do referido instituto para realizar encontros com finalidades ilícitas. De fato, adiante, o juízo *a quo* consigna, como fundamento para a medida cautelar, que haveria “indícios abundantes de que se tratava de local com grande influência no cenário político do País, e que possíveis tratativas ali entabuladas fizeram eclodir várias linhas investigadas” (fl. 46). Se é assim, no caso, a suspensão, obviamente, como se demonstrou, seria medida totalmente inadequada para atingir o fim pretendido.

#### *IV - Da impossibilidade de transmitir a outrem as consequências negativas do processo penal*

Além disso, ao determinar a suspensão das atividades do Instituto Lula, os efeitos da decisão impugnada ocasionaram a *transcendência das consequências da ação penal que deveriam ficar restritas ao paciente*. Entretanto, como é sabido, as sanções penais jamais poderão ultrapassar a pessoa do condenado (Constituição Federal, art. 5º, XLV), ou seja, o postulado da intranscendência impede que sanções e restrições de ordem jurídica superem a dimensão estritamente pessoal do infrator (cito):

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

No caso presente, é bom acentuar o paciente sequer foi condenado e mesmo assim estar-se-ia impondo a terceiro, de forma irreversível (não se recupera o período em que a pessoa jurídica deixa de funcionar e produzir), consequências extremamente gravosas. O Supremo Tribunal Federal tem pacífica jurisprudência em que acentua a proibição de se estender para além daquele a quem se indica como suposto autor de prática delituosa as restrições do processo penal (cito):

“HABEAS CORPUS” - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A COMUNIDADE - DOAÇÃO DE SANGUE - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INTRANSMISSIBILIDADE DA PENA - TEMA NÃO DISCUTIDO NAS RAZÕES DE APELAÇÃO CRIMINAL E NEM APRECIADO PELO TRIBUNAL LOCAL - CONHECIMENTO - ORDEM CONCEDIDA. – [...] - A intransmissibilidade da pena traduz postulado de ordem constitucional. A sanção penal não passara da pessoa do delinqüente. Vulneta o princípio da intransmissibilidade da pena a decisão judicial que permite ao condenado fazer-se substituir, por terceiro absolutamente estranho ao ilícito penal, na prestação de serviços a comunidade. (HC 68309, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 27/11/1990, DJ 08-03-1991 PP-02202 EMENT VOL-01610-02 PP-00315) (g.n.)

De fato, em conformidade com o art. 5º, XLV, da Constituição da República, mesmo as consequências civis de uma condenação apenas poderão ser suportadas, além do próprio condenado (quando, pois, já houver condenação), por seus sucessores.

Dessa forma, no caso, ao determinar a suspensão das atividades do Instituto Lula, que tem personalidade própria diversa da do paciente, a decisão, em aberta violação ao art. 5º, XLV, da Constituição, ultrapassou a pessoa do acusado, impondo restrições aos direitos de terceiro.

Este Tribunal já decidiu que não se mostra razoável a suspensão da atividade das pessoas jurídicas, que tem personalidade própria, em razão de delitos cometidos pelas pessoas naturais a elas vinculados (cito):

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NULIDADE. REALIZAÇÃO APÓS 24 HORAS DA COMUNICAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE. FIXAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES. SUSPENSÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA. DESPROPORCIONALIDADE. LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. 1. A Resolução Presi 18/2016 do TRF - 1 possibilita a realização da audiência após 24 horas da comunicação da prisão e por meio de videoconferência, desde que devidamente justificado, como no caso, em razão de os pacientes terem sido conduzidos para a Superintendência da Polícia Federal em Belém, enquanto o juízo competente para examinar o auto de prisão em flagrante e realizar a audiência seria a Vara Federal de Paragominas/PA, distante em mais de 300 Km da Capital. Não se registra nulidade no ato, ao cabo do qual os pacientes foram postos em liberdade provisória (vinculada). 2. Incumbe ao juízo que examina o pedido de medidas cautelares a gerência do processo e, sobretudo, a avaliação crítica e discricionária das medidas cautelares que se mostrem eficientes e necessárias à aplicação da lei penal e à interrupção de eventual atuação delitiva, não cabendo ao Tribunal, em princípio, realizar esse controle pela via do habeas corpus. 3. No que tange à suspensão das atividades das empresas das quais é sócio proprietário o primeiro paciente, a medida mostrar-se-ia ajustada ao conjunto dos fatos e à necessidade de coibição de eventual continuidade delitiva, pois as empresas têm por finalidade o comércio de ouro e joias, atividade comercial supostamente ligada à atuação criminosa imputada aos réus (art. 319, VI - CPP). 4. Não parece razoável, contudo, que haja a suspensão das atividades das empresas, que têm personalidade jurídica separada da dos sócios e que, a persistir a situação, podem mesmo vir a quebrar. A Constituição assegura a todos o livre exercício da atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, ressalvados os casos previstos em lei. As empresas, regularmente constituídas, têm objeto lícito, cujo exercício não implica, por si mesmo, o cometimento de crimes. 5. Embora a medida cautelar não implique restrição à liberdade de locomoção dos pacientes, tornando talvez o habeas corpus impróprio para a discussão, a realidade é que foi imposta como substitutiva da prisão, o que permite, até melhor discussão, a avaliação crítica da sua oportunidade no âmbito desse writ. 6. Concessão parcial da ordem de habeas corpus.

(HC 0053783-77.2016.4.01.0000 / PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, QUARTA TURMA, e-DJF1 de 11/11/2016)

Por sua justa adequação, refiro, ainda, o seguinte precedente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, indicado na inicial do *habeas corpus*:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR. SUSPENSÃO DE ATIVIDADES DE PESSOA JURÍDICA. TERCEIRO. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA.

[...]

5. Acerca do disposto no art. 319, VI, do Código de Processo Penal (acrescentado pela Lei nº 12.403/2011), não pode ser utilizada para restringir direitos, tendo em vista o princípio da legalidade, de modo que a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira há de limitar-se à pessoa do investigado ou do acusado, e não a terceiros.

6. Por outro lado, deve ser afastada a alegação de que a decisão impugnada teria afrontado julgados da Décima Primeira Turma deste Tribunal, no tocante a habeas corpus impetrados em favor do sócio da impetrante, tendo em vista a inexistência de relação direta entre os seus objetos.

7. Agravo regimental prejudicado e segurança concedida.

(TRF 3ª Região, QUARTA SEÇÃO, MS - MANDADO DE SEGURANÇA - 358371 - 0019395-31.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO, julgado em 16/02/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/03/2017 ) (g.n.)

*V - Da desnecessidade e da inadequação da medida cautelar*

Segundo o Código de Processo Penal, no seu art. 282, são os seguintes os pressupostos para a decretação da medida cautelar (cito):

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Consoante respeitável interpretação, que não tem encontrado oposição na doutrina ou jurisprudência, qualquer medida cautelar, em processo penal, no dizer de *Guilherme de Souza Nucci*, embora seja mais favorável ao acusado, quando alternativa à prisão, “não deixa de representar um constrangimento à liberdade individual.”<sup>1</sup>. Por isso, explica o respeitado processualista, deve preencher dois requisitos genéricos: *a necessidade e a adequação da medida*.<sup>2</sup>

No caso, a princípio, não se verifica qualquer dos pressupostos, não se revelando a medida constritiva, assim, necessária e muito menos adequada aos objetivos do específico processo.

Com efeito, pela distância dos fatos aqui investigados, não subsistindo qualquer fato novo que indique a necessidade de impor restrições de ordem a salvaguardar qualquer dos objetos ou finalidades da demanda processual penal aqui sob consideração, não se vê preenchida na espécie a exigência de que o magistrado, sobretudo quando age próprio *motu*, revele e demonstre a necessidade da medida restritiva eventualmente decretada.

É de se lembrar que a necessidade de qualquer medida cautelar há de ser considerada à luz de sua contemporaneidade, isto é, há que se demonstrar que a medida é necessária para o momento atual, não se compreendendo possam os direitos fundamentais (liberdade de agir e de ir e vir) sofrer limitação de tal ordem, quando considerados fatos que, se ocorridos e demonstrados, dizem respeito a tempo passado (2014/2105) e como tal distanciados do presente momento. Com efeito, sem *fato novo* que justificasse a medida, não se pode compreender por que, não tendo sido deferida ao tempo da suposta prática delitiva, haveria de ser deferida após o transcurso de dois anos.

O Superior Tribunal de Justiça em diversas oportunidades em que chamado a se manifestar sobre o requisito da contemporaneidade e a necessidade de ocorrência de fatos novos para justificar a imposição de medidas cautelares, assim decidiu:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. LATROCÍNIO. AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO.

1. A falta de contemporaneidade do delito imputado ao paciente e a inoccorrência de fatos novos a justificar, nesse momento, a necessidade de segregação, torna a prisão preventiva ilegal, por não atender ao requisito essencial da cautelaridade.

2. Recurso em habeas corpus provido, para a soltura do recorrente, CARLOS EDUARDO VAZ, sem prejuízo de nova decisão fundamentada de necessária medida cautelar penal, inclusive menos grave que a prisão processual, esta última fundamentada exclusivamente em fatos novos.

(RHC 74.430/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 02/02/2017) (g.n.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA CASSADA. NOVA DECRETAÇÃO MAIS DE UM ANO APÓS. AUSÊNCIA DE NOVOS RISCOS. ILEGALIDADE.

[...]

<sup>1</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. RJ: Forense, 13. ed., 2014, p. 643.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 643.

2. Embora não se tenha preclusão judicial na concessão de liberdade, a urgência intrínseca às medidas cautelares impõe a contemporaneidade dos fatos justificadores aos riscos que se pretende com a prisão evitar.

[...]

6. Habeas corpus concedido para a soltura do paciente.

(HC 233.700/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 04/12/2014)

Também não se verifica no caso a justa *adequação* entre a medida restritiva adotada e a finalidade a que eventualmente se destina. Em primeiro lugar, seja dito que não está muito clara a finalidade a que a decisão visa especialmente considerar e proteger. Por outro lado, mesmo observando de forma genérica, tendo em vista especificamente o delito cujo processo tem curso nos presentes autos, não se pode entender qual a relação de adequação lógica entre a medida restritiva cautelar combatida pelo presente *habeas corpus* e a finalidade que ela deveria atingir.

Os fundamentos contidos na decisão, no sentido de que o Instituto Lula já teria sido alvo de fiscalização da Receita Federal e que já teria ocorrido “a suspensão da isenção tributária por desvio de finalidade”, assim como a existência “no documento da Receita de que houve repasses que não seriam devidos para uma empresa cujos sócios seriam Fernando Bittar e o filho do acusado Luis<sup>3</sup> Inácio Lula da Silva” (fl. 46), também não se prestam para o fim de impor a medida restritiva, uma vez que tais questões, neste juízo de cognição sumária, parecem não ter pertinência com a ação penal que, segundo já exposto, apura a ocorrência de crime por “obstrução da justiça” ou, melhor, de obstrução à investigação criminal.

Em outra passagem, com redação pouco precisa, a decisão indica que “há também investimentos em outros países que estão sendo investigados (porto de cuba, palestras, viagens etc). Chamou inclusive investigados, ligados ao ‘esquema da Petrobras’ (Delcídio) para conversar naquele local” (fl. 46); contudo, mais uma vez, não ficou clara a pertinência de tais procedimentos e investigações com o crime que fundamenta a ação originária. De fato, é de se imaginar que os juízos e as autoridades competentes para tais investigações, se fosse o caso, tomariam as providências necessárias, com maior conhecimento dos fatos, para acautelar suas investigações e as finalidades que os processos específicos têm que garantir.

Com efeito, ao ler a decisão, o que se depreende é que ela pretende ter vocação muito mais para acautelar delitos que já estão sendo objeto de outros processos e alocados a outra jurisdição do que propriamente garantir objetivos específicos do processo e julgamento aqui em curso e sob a competência do Juízo da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Isso também explicaria porque o próprio Ministério Público Federal não se sentiu habilitado a requerer a medida aqui sob consideração, que, por isso mesmo, teve que ser deferida de ofício.

A cautelar está fundamentada no sentido de que “[...] em relação ao acusado Luis Inácio Lula da Silva, verifico pelo teor de seu depoimento que o Instituto Lula, mesmo que desenvolva projetos de intuito social, possa ter sido instrumento ou pelo menos local de encontro para a perpetração de vários ilícitos criminais” (fl. 45). Para justificar esse receio, foram apontados, na decisão enfrentada pelo *habeas corpus*, extratos de depoimentos colhidos em outros processos. Ora, insista-se, não cabe à decisão impugnada acautelar objeto e finalidades de investigações e processos em curso em outras jurisdições.

Vê-se, ainda, que a decisão não indicou o que se procura resguardar com a imposição da medida restritiva, limitando-se a consignar que “[...] o artigo 319 do Código de Processo Civil possibilita ao magistrado medidas cautelares diversas da prisão, que, em síntese, buscam evitar qualquer increpação desnecessária, mas também assegurar os objetivos cautelares, todos descritos pelo artigo 312 do Estatuto Processual Penal” (fl. 45).

Ao deferir medidas cautelares, deveria o julgador, com o intuito de se evitar a adoção de providências desnecessárias e prejudiciais à parte, indicar, fundamentadamente e com precisão, a situação de urgência que reclama a medida restritiva, *mas sempre vinculada ao processo principal, já que o processo cautelar, como se sabe, é*

<sup>3</sup> Não obstante o nome do paciente seja Luiz com “z”, como veiculado na denúncia e na impetração, foi diversas vezes grafado com “s” na decisão indicada como coatora. Portanto, quando aqui aparece a sua grafia com “s”, isto é, Luis, é porque se reproduz os termos da decisão combatida.

*inteiramente acessório do principal.* Diversamente, contudo, o que se vê, no caso presente, pelo menos de forma difusa, é a pretensão de se acautelar objeto e finalidades de investigações, processos ou fatos cujo processamento e persecução devem ter ou têm curso em outras jurisdições.

Também aqui, caso a medida tivesse se concentrado exclusivamente na esfera pessoal do paciente, de qualquer sorte, não se justificaria, uma vez que a ausência dos pressupostos para o seu deferimento impediria a consequente constrição.

#### *VI - Da ausência de competência*

Como já mencionado, ao fazer referência a outros processos, a decisão de primeira instância parece querer suportar-se na necessidade de salvaguardar objeto e finalidades de outras demandas processuais, pelo que mais se evidencia a ausência de necessidade de sua atuação. Com efeito, para tanto existem órgãos jurisdicionais, os quais, tendo competência e exata compreensão dos fatos, terão muito melhor condição, além de competência, para tomar as decisões que julgarem necessárias.

De partida está esclarecido na decisão que “[...] em relação ao acusado Luis Inácio Lula da Silva, verifico pelo teor de seu depoimento que o Instituto Lula, mesmo que desenvolva projetos de intuito social, possa ter sido instrumento ou pelo menos local de encontro para a perpetração de vários ilícitos criminais.” (fl. 45). Ora, como admitido expressamente na própria decisão (fl. 45), esses eventuais outros ilícitos já estão sendo investigados em outros processos, absolutamente alheios à jurisdição do Juízo da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, não competindo à decisão salvaguardar ou acautelar processos alocados à competência de outros juízos, que, obviamente, têm muito melhor condição de verificar a necessidade e adequação de qualquer medida acautelatória.

No caso, restritamente, o art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013 estabelece que, incorre em pena “quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.” Esse é o crime aqui sob processamento, já alcançando o processo a fase do art. 402 do CPP. Portanto, as medidas cautelares aqui sob discussão deveriam, como acessórias que são do processo principal, vincular-se a esse específico escopo, não desbordando para precaver a suposta prática de crimes já investigados em outros processos, inclusive, alheios à jurisdição do juízo, não tendo relação direta, necessária e adequada com a garantia da aplicação da lei penal ou da investigação dos fatos específicos sob seu julgamento.

#### *VII - Da insuficiência e inidoneidade da prova*

A decisão de primeira instância, para fundamentar-se, faz expressa referência a elementos de prova que arregimenta, *ao que parece também sem provocação*, no Youtube e na página eletrônica da Revista Istoé, na rede mundial de computadores (notas de rodapé de números 1 e 2, fl. 47).

Diversamente e mais do que refere e reclama a defesa, no caso, se confirmado, entendo que nem mesmo se pode designar tais elementos como *prova emprestada*. De fato, consoante pacífica jurisprudência, a chamada prova emprestada, para ser validamente acolhida no processo penal, além da exigência da documentação por meio de veículo oficial (processo de origem), impõe-se como requisito primordial o contraditório, em que o acusado possa contestá-la, sem o que há de se considerar inválido e imprestável o seu aproveitamento em outro processo (cito):

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO (QUATRO VEZES). AGÊNCIA DA CEF. RECONHECIMENTO PESSOAL. VIDEOCONFERÊNCIA. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 226 DO CPP. RECOMENDAÇÃO LEGAL. ATO REALIZADO EM CONFORMIDADE COM A NORMA PROCESSUAL. NULIDADE NÃO ALEGADA NA AUDIÊNCIA. PRECLUSÃO. PROVA EMPRESTADA. CONTRADITÓRIO ASSEGURADO. POSSIBILIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PLEITO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR PREJUDICADO. DOSIMETRIA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

[...]

5. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que “a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo” (EREsp 617.428/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE

ESPECIAL, DJe 17/6/2014). 6. Com o trânsito em julgado da sentença condenatória, encontra-se prejudicado o pedido de revogação da custódia cautelar.

7. A questão relativa à dosimetria não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem, razão pela qual não pode aqui ser examinada, sob pena de indevida supressão de instância.

8. Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. (RHC 73.151/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 27/03/2017).

-----

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. "PROVA EMPRESTADA". OFENSA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA.

[...]

4. O STJ tem firme entendimento de que é possível a utilização de provas emprestadas de inquérito policial e processo criminal na instrução de processo disciplinar, desde que assegurado o contraditório e a ampla defesa, diferente do ocorrido nos autos.

5. Agravo Interno não provido.

(AgInt no RMS 45.718/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 19/04/2017)

As exigências de contraditório e formalidade de documentação no "empréstimo da prova" também não parecem minimamente atendidas no caso concreto, quando o órgão jurisdicional, *por conta própria*, retira diretamente da rede mundial de computadores elementos de convicção. Por motivos óbvios, aliás, a jurisprudência tem insistido que a prova emprestada cumpra requisitos mínimos de formalização e documentação, *como seja a autorização do magistrado de origem*, isto é, do magistrado competente para o processo de onde se pretenda obter a prova eventualmente colhida (cito):

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DELEGADO FEDERAL. ASSOCIAÇÃO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. OPERAÇÃO MONTE CARLO DA POLÍCIA FEDERAL. UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA. REQUISITOS. REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO, NO CASO. PROVA PENAL EMPRESTADA. [...] 3. Os precedentes do STJ e do STF são favoráveis à "prova emprestada" dos processos criminais, respeitados o contraditório e a ampla defesa no âmbito do processo administrativo disciplinar, desde que o traslado da prova penal tenha sido devidamente autorizado pelo Juízo Criminal, como se afigura nos autos (fls. 176-184). A propósito: STF - Pet 3.683 QO.

Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 20.2.2009; Inq. 2275 QO, Rel. Min. Carlos Britto, Plenário, DJe de 26.9.2008; STJ - AgRg na APn 536/BA, Rel. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJe 14.5.2009; MS 17.536/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 20.4.2016; MS 13.501/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 10.12.2008, DJe 9.2.2009.

4. Irrelevante o fato de a prova considerada inútil na esfera criminal ter sido aproveitada no procedimento administrativo disciplinar, diante da independência de tais esferas quanto à apuração dos fatos investigados.

5. Além disso, a autoridade impetrada se valeu também de depoimentos coletados no procedimento disciplinar, considerados imprescindíveis para a conclusão adotada.

6. Segurança denegada.

(MS 20.958/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 02/02/2017)

No caso, extrai-se dos autos que o depoimento de José Adelmário Pinheiro Filho (Léo Pinheiro) teria sido produzido nos autos da Ação Penal 5046512-94.2016.4.01.7000/PR, em trâmite perante a 13ª Vara Federal de Curitiba, na qual falou na condição de réu e não como testemunha; contudo, a prova teria sido obtida pelo juízo que proferiu a cautelar aqui questionada, conforme consignado na própria, decisão em nota de rodapé explicativa (fl. 47) diretamente da rede mundial de computadores, tendo sido utilizado como fundamento da decisão impugnada.

Como é sabido, o réu, em seu interrogatório, não produz meio de prova contra ninguém, mas apenas visa, essencialmente, produzir material para a sua defesa, razão pela qual não tem a obrigação de dizer a verdade e, por isso mesmo, não presta compromisso perante o órgão jurisdicional. A exceção a isso, já agora admitida pelo STF, é o caso do réu, em delação premiada, em que o acusado abre mão do direito ao silêncio e se compromete a dizer a verdade. Mas mesmo aqui, como se verá, a confissão do acusado, especialmente, quando envolve depoimento que possa ser utilizado como meio de prova contra outros corréus, deve, consoante advertência do Supremo Tribunal Federal, ser acolhida com extrema reserva. Vejamos:

EMENTA: INQUÉRITO. IMPUTAÇÃO DOS CRIMES PREVISTOS NO ART. 317, § 1º, C/C ART. 327, § 2º, DO CÓDIGO PENAL E ART. 1º, V, VII e § 4º, DA LEI 9.613/1998. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. LICITUDE DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS COLHIDOS NA FASE INVESTIGATIVA. PRELIMINARES REJEITADAS. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS. SUBSTRATO PROBATÓRIO MÍNIMO PRESENTE. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. DENÚNCIA RECEBIDA. 1. É cabível, também no âmbito da Lei 8.038/1990, assegurar ao órgão acusador a faculdade de réplica às respostas dos denunciados, especialmente quando suscitadas questões que, se acolhidas, poderão impedir a deflagração da ação penal. Só assim se estará prestigiando o princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV, CF), que garante aos litigantes, e não apenas à defesa, a efetiva participação na decisão judicial. Precedentes. 2. O Supremo Tribunal Federal possui clara orientação no sentido de que a regra da indivisibilidade da ação penal tem campo de incidência específico à ação penal privada (art. 48 do Código de Processo Penal). Precedentes. 3. As diligências questionadas foram promovidas e realizadas pela autoridade policial de maneira complementar, acompanhadas pelo Ministério Público e, principalmente, por delegação do Relator no Supremo Tribunal Federal, na forma prevista no art. 230-C do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. 4. A eventual desconstituição de acordo de colaboração premiada tem âmbito de eficácia restrito às partes que o firmaram, não beneficiando nem prejudicando terceiros (HC 127.483, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 4.2.2016). Até mesmo em caso de revogação do acordo, o material probatório colhido em decorrência dele pode ainda assim ser utilizado em face de terceiros, razão pela qual não ostentam eles, em princípio, interesse jurídico em pleitear sua desconstituição, sem prejuízo, obviamente, de formular, no momento próprio, as contestações que entenderem cabíveis quanto ao seu conteúdo. Precedentes. 5. À luz dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, o conteúdo dos depoimentos colhidos em colaboração premiada não é prova por si só eficaz, tanto que descabe condenação lastreada exclusivamente neles, nos termos do art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013. 6. A fase processual do recebimento da denúncia é juízo de delibação, jamais de cognição exauriente. Não se pode, portanto, confundir os requisitos para o recebimento da denúncia, delineados no art. 41 do Código de Processo Penal, com o juízo de procedência da imputação criminal. Precedentes. 7. Denúncia que contém a adequada indicação das condutas delituosas imputadas, a partir de elementos aptos a tornar plausível a acusação, o que permite o pleno exercício do direito de defesa. 8. Presença de substrato probatório mínimo em relação à materialidade e autoria. A existência de outros indícios reforça as declarações prestadas por colaboradores, tais como registros telefônicos, depoimentos, informações policiais e documentos apreendidos, o que basta neste momento de cognição sumária, em que não se exige juízo de certeza acerca de culpa. 9. Denúncia recebida.

(Inq 3979, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 27/09/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-267 DIVULG 15-12-2016 PUBLIC 16-12-2016) (g.n.)

Igual entendimento tem sido adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO CARCINOMA. CORRUPÇÃO PASSIVA E PECULATO. CRIME MILITAR. COLABORAÇÃO PREMIADA. JUSTIÇA CASTRENSE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NATUREZA JURÍDICA. MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA E NEGÓCIO JURÍDICO PERSONALÍSSIMO. VALIDADE.

QUESTIONAMENTO POR CORRÉUS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. A matéria referente à suposta impossibilidade de utilização do instituto da colaboração premiada no âmbito da Justiça Castrense não foi apreciada pela Corte local, razão pela qual inviável o seu exame direto por este Tribunal Superior sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.

2. A colaboração premiada é uma técnica especial de investigação, meio de obtenção de prova advindo de um negócio jurídico processual personalíssimo, que gera obrigações e direitos entre as partes celebrantes (Ministério Público e colaborador), não possuindo o condão de, por si só, interferir na esfera jurídica de terceiros, ainda que citados quando das declarações prestadas, faltando, pois, interesse dos delatados no questionamento quanto à validade do acordo de colaboração premiada celebrado por outrem. Precedentes do STF e STJ.

3. Recurso Ordinário em habeas corpus a que se nega provimento.

(RHC 69.988/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 07/11/2016) (g.n.)

Cumprido registrar, ainda, que, pela análise do “Termo de Transcrição” do interrogatório de José Adelmário Pinheiro Filho (Léo Pinheiro), juntado às folhas 52-110, extrai-se, já nas primeiras linhas, que o interrogando estaria negociando um acordo de delação premiada com o Ministério Público Federal (fls. 52-53), ou seja, naquele momento ainda não haviam sido concluídas as tratativas acerca da colaboração premiada do interrogando, que falava, pois, como réu, que apenas pretende se defender, sem a possibilidade de ser admitido como testemunha contra outros corréus.

Dessa forma, *por ter se manifestado naqueles autos na condição de réu, a sua defesa não poderia ter sido utilizada pela decisão impugnada como meio de prova*, muito menos como indício significativo da conduta delitiva do paciente (cito):

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. SESSÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI. DEPOIMENTO DE CORRÉUS COMO TESTEMUNHAS. INDEFERIMENTO. PRECLUSÃO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO. I – Nos termos do art. 571, V, do Código de Processo Penal, as nulidades ocorridas em momento posterior à pronúncia devem ser arguidas logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes, e aquelas eventualmente verificadas na sessão de julgamento devem ser ventiladas na primeira oportunidade em que couber à defesa falar nos autos. II – Não consta da ata da sessão do Tribunal do Júri qualquer impugnação acerca das nulidades apontadas, estando a matéria preclusa. III – A condenação do paciente baseou-se em outras provas coligidas para o processo-crime e não foi demonstrada a existência de prejuízo para a defesa no fato de terem sido apresentadas fitas de vídeo contendo depoimento de corréus. IV – No processo penal, a declaração de nulidade não prescinde da ocorrência de concreto e efetivo prejuízo à defesa. V – O precedente mencionado – 7º AgR na AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa – não ampara a pretensão formulada no writ, pois nele ficou assente que “o sistema processual brasileiro não admite a oitiva de corréu na qualidade de testemunha ou, mesmo, de informante, exceção aberta para o caso de corréu colaborador ou delator, a chamada delação premiada, prevista na Lei 9.807/1999” VI – Ficou expresso nas instâncias ordinárias que os corréus não foram considerados como delatores. VII – Writ que não pode ser admitido como sucedâneo de revisão criminal, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, o que não é o caso dos autos. VIII - Recurso ordinário ao qual se nega provimento. (RHC 116108, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 01/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-206 DIVULG 16-10-2013 PUBLIC 17-10-2013)

Entretanto, conforme já exposto, ainda que obtidas de delação premiada, as provas testemunhais, para que sejam consideradas idôneas, deverão ser apreciadas em consonância com as demais provas produzidas, pois a colaboração premiada não é, por si só, prova eficaz para lastrear uma condenação. Além disso, só recebem verdadeira eficácia probatória após a submissão ao contraditório.

Aliás, a crítica à possibilidade de acordo entre o Ministério Público e corréus tem sido ampla e profundamente discutida em todos os países em que adotada, isto é, sejamos claros, em países democráticos, e especialmente nos países do chamado *Civil Law*, onde temos buscado as bases civilizatórias de nosso processo penal, especialmente, a Alemanha.

Ademais, a possibilidade de acordo (*Absprache*) que propicie o fim do processo ou que justifique a condenação de terceiros com base exclusivamente, ou principalmente, na palavra de um coautor do delito, transformado em testemunha chave (*Kronzeuge*), conspira contra quase todos os princípios que fundamentam o devido processo legal de natureza penal (por exemplo, o princípio da legalidade, o princípio da oficialidade, o princípio da culpa, o princípio da investigação ou da verdade real, etc).<sup>4</sup>

Por isso mesmo que o STF tem recomendado especial reserva quando se tenha que utilizar como meio de prova as declarações decorrentes da chamada delação premiada, e precisamente pela mesma razão o legislador expressamente não consente com condenações suportadas, principal ou exclusivamente, nessa espécie de depoimento. O delator, seja porque age sob a promessa de uma pena menor, ou perdão, seja porque age sob a ameaça de uma pena severa, é de ser sempre considerado uma *testemunha tendenciosa* (cito):

EMENTA Habeas corpus. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Inteligência do art. 102, I, I, da Constituição Federal. Mérito. Acordo de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). Competência do relator (art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Decisão que, no exercício de atividade de deliberação, se limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo. Ausência de emissão de qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador. Negócio jurídico processual personalíssimo. Impugnação por coautores ou partícipes do colaborador. Inadmissibilidade. Possibilidade de, em juízo, os partícipes ou os coautores confrontarem as declarações do colaborador e de impugnarem, a qualquer tempo, medidas restritivas de direitos fundamentais adotadas em seu desfavor. Personalidade do colaborador. Pretendida valoração como

<sup>4</sup> A reserva e precaução contra a possibilidade de acordos em processo penal, em que se desconsidere o devido processo legal e seus princípios, têm sido uma constante também na experiência alemã, cfe. Werner Beulke. *Strafprozessrecht*. Heidelberg: Müller, Kindle, 13. ed., 2016, pp. 266-267.

requisito de validade do acordo de colaboração. Descabimento. Vetor a ser considerado no estabelecimento das cláusulas do acordo de colaboração - notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador -, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13). Descumprimento de anterior acordo de colaboração. Irrelevância. Inadimplemento que se restringiu ao negócio jurídico pretérito, sem o condão de contaminar, a priori, futuros acordos de mesma natureza. Confisco. Disposição, no acordo de colaboração, sobre os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação. Admissibilidade. Interpretação do art. 26.1 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), e do art. 37.2 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida). Sanção premial. Direito subjetivo do colaborador caso sua colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados. Incidência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Precedente. Habeas corpus do qual se conhece. Ordem denegada. 1. Diante do empate na votação quanto ao conhecimento de habeas corpus impetrado para o Pleno contra ato de Ministro, prevalece a decisão mais favorável ao paciente, nos termos do art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento do habeas corpus, nos termos do art. 102, I, "i", da Constituição Federal. 2. Nos termos do art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o relator tem poderes instrutórios para ordenar, monocraticamente, a realização de quaisquer meios de obtenção de prova (v.g., busca e apreensão, interceptação telefônica, afastamento de sigilo bancário e fiscal). 3. Considerando-se que o acordo de colaboração premiada constitui meio de obtenção de prova (art. 3º da Lei nº 12.850/13), é indubitável que o relator tem poderes para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). 4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como "meio de obtenção de prova", seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. 5. A homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de deliberação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador. 6. Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no "relato da colaboração e seus possíveis resultados" (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13). 7. De todo modo, nos procedimentos em que figurarem como imputados, os coautores ou partícipes delatados - no exercício do contraditório - poderão confrontar, em juízo, as declarações do colaborador e as provas por ele indicadas, bem como impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor. 8. A personalidade do colaborador não constitui requisito de validade do acordo de colaboração, mas sim vetor a ser considerado no estabelecimento de suas cláusulas, notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13). 9. A confiança no agente colaborador não constitui elemento de existência ou requisito de validade do acordo de colaboração. 10. Havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas "as medidas adequadas para encorajar" formas de colaboração premiada (art. 26.1 da Convenção de Palermo) e para "mitigação da pena" (art. 37.2 da Convenção de Mérida), no sentido de abrandamento das consequências do crime, o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o colaborador, pode dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador. 11. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador. 12. Habeas corpus do qual se conhece. Ordem denegada. (HC 127483, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2016 PUBLIC 04-02-2016) (g.n.)

Além do mais, em acordos em que se autoriza a possibilidade de o coautor sair premiado mediante a eventual confissão e até delação de outros corréus, existe sempre o perigo de se transformar os demais acusados em mero objeto<sup>5</sup> de deliberação e dos interesses do Ministério Público, do Judiciário e do delator, que, tendo cometido crime, irá se beneficiar com sua confissão e com o depoimento que presta contra terceiros, havendo sério risco ainda de se perder a objetividade que se busca (princípio da verdade real) nos processos judiciais de natureza penal.

Além disso, os acordos de delação trazem ainda o perigo de que o Judiciário acabe permitindo algum descaso para com o devido processo legal, revelando parcialidade (*Befangenheit*) contra o acusado, descuidando da obrigação de conformar um quadro objetivo sobre os fatos investigados. Esse perigo apenas aumenta em volume quando se permite verificar uma predisposição contra acusados que de algum modo são alçados à condição de inimigos públicos. O Poder Judiciário não pode consentir com a perversão dos princípios que governam o devido

<sup>5</sup> Dr. Werner Beulke. Strafprozessrecht. Heidelberg: Müller, Kindle, 13. ed., 2016, pp. 266-267

processo legal, devendo conferir ao acusado — qualquer acusado — a certeza de que, ainda que seja ao final condenado, o seu julgamento se realizou por um órgão imparcial, que nunca esteve aberto a qualquer espécie de prejulgamento, seja para condenar, seja para absolver. Para tanto servem os princípios do devido processo legal, especialmente, em matéria penal, que entretanto, não se discute, mostram-se seriamente comprometidos com os chamados acordos de delação. Por isso, andou bem o STF quando indicou as cautelas com que se devem receber os elementos de prova eventualmente colhidos nesse tipo de acordo.

Igualmente, está consignado na decisão impugnada que, além do depoimento do interrogando José Adelmário Pinheiro Filho (Léo Pinheiro), também foi obtido na rede mundial de computadores o documento da Receita Federal que atribuiu várias irregularidades ao Instituto Lula (cito):

Ocorre que as fontes desta medida cautelar foram retiradas do próprio interrogatório do acusado, bem como de fontes primárias (no caso documentos exibidos pela mídia) e não de opiniões ou deduções temerárias de veículos publicitários. A própria imprensa publicou o documento da Receita Federal que atribuiu várias irregularidades a esta entidade, e que, em cotejo com o depoimento de Leo Pinheiro perante a 13ª Vara Federal de Curitiba, bem como com o interrogatório do réu, possuem lastro probatório suficiente a supedanear esta medida cautelar. Todos eles estão disponíveis na íntegra pela rede mundial de computadores. (g.n.)

No que aqui interessa, pois, conforme confessado na própria decisão, sua motivação está suportada em grande medida em documento e vídeo extraídos da rede mundial de computadores, sem que fosse facultado ao paciente o direito de se manifestar ou contestar sua qualidade, higidez e legitimidade probatória, ferindo, frontalmente, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Nesse ponto, a fragilidade dos meios de provas de que se valeu a decisão, como se viu, também impediria a medida constritiva, mesmo que tivesse sido direcionada exclusivamente ao paciente.

Portanto, por tudo o que se demonstrou, *não obstante o apreço que se dedica às qualidades intelectuais do respeitado magistrado de primeira instância*, não se verifica na espécie plausibilidade jurídica a sustentar a medida cautelar deferida.

#### VIII – *Do periculum in mora e do fumus boni iuris*

Como é sabido, o deferimento de medida de urgência em *habeas corpus* é excepcional, cabível apenas em hipóteses de flagrante ilegalidade e em que evidenciados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

No caso, por todo o exposto, restam caracterizados esses requisitos para o deferimento da liminar requerida, na medida em que o *fumus boni iuris* está fartamente evidenciado na relevância dos fundamentos da impetração e na demonstração da desproporcionalidade da medida, deferida com base em fundamentos que se distanciam dos parâmetros da legalidade e da razoabilidade, bem como por estar sendo imposta em desfavor de terceiro estranho à relação processual. Além disso, como se viu, a prova que suporta a decisão de primeira instância não tem a legitimidade para certificar os fatos que a justificariam.

Por sua vez, o *periculum in mora* reside no fato de que o ato coator já está causando danos ao paciente e, especialmente, ao Instituto Lula, sendo que a postergação da análise do pedido de liminar poderá causar danos irreparáveis ou de difícil reparação, podendo até mesmo tornar ineficaz a medida.

Por outro lado, como se sabe, o CPC, aqui aplicado por analogia, no seu art. 300, impede que sejam deferidas medidas de urgência cujas consequências sejam de caráter irreversível (cito):

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

No caso, dificilmente os danos eventualmente causados ao paciente e ao Instituto Lula poderiam ser revertidos, sendo essa mais uma razão para que a medida cautelar não tivesse sido deferida na primeira instância, *muito menos de ofício*; e sendo também essa mais uma razão para que de imediato lhe seja imposto a competente eficácia suspensiva para fazer cessar seus efeitos deletérios.

É certo que, nas informações da autoridade indicada como coatora, poderão ser prestados esclarecimentos que possam reverter a convicção agora formada. Contudo, pela gravidade dos fatos processuais aqui veiculados e visando, pelo menos por ora, impedir a propagação de efeitos que se afiguram ilegítimos e que decorrem da decisão

enfrentada, o mais adequado, considerados os fundamentos acima apresentados, é, sem dúvida, o deferimento da medida de contracautela liminarmente requerida.

#### *IX - Conclusão*

Tudo considerado, *conheço do habeas corpus e defiro o pedido de liminar* para determinar a imediata suspensão dos efeitos da decisão que, proferida nos autos da Ação Penal 42543-76.2016.4.01.3400/DF (Inquérito 40755-27.2016.4.01.3400/DF), na parte em que suspendeu as atividades do Instituto Lula.

(*Habeas Corpus* 0023139-20.2017.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Néviton Guedes, *e-DJF1* de 02/06/2017, p. 1.410)

## Agravo de Instrumento 0015533-38.2017.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal Antônio Oswaldo Scarpa (convocado)

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de concessão de efeito suspensivo, interposto por Vicente Aloizio Gonçalves Maciel, em face de decisão proferida pelo Juízo Federal da 14ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, que decretou a indisponibilidade de bens do agravante, além de outros réus, nos autos da Ação Civil Pública 0048502-89.2016.4.01.3800, com vistas a assegurar possível ressarcimento por suposto dano ao Erário, bem assim ao pagamento de multa civil a ser imputada na hipótese.

Referida ação foi ajuizada pelo Ministério Público Federal em face de possíveis irregularidades relativas ao repasse de recursos efetivado pelo Ministério da Integração Nacional, por força do Termo de Compromisso 76/2009 (Siafi 652998), cujo objeto seria a realização de obras de construção de muros de contenção de encostas e de margens de rios, drenagem e recuperação de leito de rios. A participação do agravante decorreria do fato de que este teria atestado a execução de alguns serviços contratados que não foram executados em sua integralidade. Além do agravante estariam envolvidos nas condutas ilegítimas: o ex-prefeito do Município de Brumadinho/MG, o secretário de Obras e Serviços Público respectivo, outros dois engenheiros civis, bem assim a empresa contratada.

Ao apreciar o pedido postulado liminarmente no feito originário, o juízo *a quo* decretou a indisponibilidade dos bens dos réus, incluindo os do agravante, até o limite de R\$ 3.307.947,48 (três milhões, trezentos e sete mil, novecentos e quarenta e sete reais e quarenta e oito centavos), o que corresponderia ao valor do dano somado ao da multa civil.

Preliminarmente, pugna o agravante pela decretação de nulidade da decisão liminar, a qual determinou a indisponibilidade dos seus bens, na medida em que mencionada decisão fora prolatada sem a observância da notificação prévia, violando, assim, o art. 17, §§ 7º e 9º, da Lei 8.429/1992. Ademais, indica que

*[...] foi responsável tão somente pela 2ª medição da obra (de um total de sete medições), sendo que à época da conclusão dos serviços sequer compunha o quadro de engenheiros da Prefeitura de Brumadinho/MG, eis que somente ocupou o cargo no período de 03/11/2009 a 03/12/2009 (Termo de Rescisão de Contrato de Trabalho anexo). Ou seja, o ora agravante apenas prestou serviços para a Prefeitura de Brumadinho como engenheiro por trinta dias, sendo que a 2ª medição da referida obra da empresa Urb – Topo Engenharia e Construções Ltda ocorreu em 31/11/2009, por isso foi assinada por ele. [...] Assim, como reconhecido pelo próprio Ministério Público, "do total do superfaturamento por sobrepreço identificado (R\$ 826.986,89), a quantia de R\$ 289.316,35 (duzentos e oitenta e nove mil, trezentos e dezesseis reais e trinta e cinco centavos) refere-se ao superfaturamento por sobrepreço de quantitativo de serviço não executado" (fl. 14) – causado por inexatidões das medições. Sendo três os réus responsáveis pela medição – os engenheiros Roberto Matozinhos, Vicente Maciel e o ora agravante -, a medida de indisponibilidade de bens não pode superar R\$ 96.438,78 (que é o total apontado como sobrepreço decorrente das medições dividido pelos três engenheiros do Município, réus da ação civil pública) [...].*

Requer, pois, liminarmente, a concessão de efeito suspensivo, restando efetivado o desbloqueio de seus bens decretados indisponíveis, ou alternativamente: a) a efetivação do bloqueio a partir de 40 (quarenta) salários-mínimos, conforme deferido no Agravo de Instrumento 0048502-89.2016.4.01.0000; b) redução da indisponibilidade até o limite de R\$ 96.438,78 (noventa e seis mil, quatrocentos e trinta e oito reais e setenta e oito centavos); c) redução

da indisponibilidade até o limite de R\$ 826.986,87 (oitocentos e vinte e seis mil, novecentos e oitenta e seis reais e oitenta e sete centavos), conforme deferido no Agravo de Instrumento 0048502-89.2016.4.01.0000, determinando-se, ainda, que a medida constritiva se restrinja aos veículos de propriedade da empresa contratada Urb Topo Engenharia e Construções, no valor de R\$ 2.219.710,00 (dois milhões, duzentos e dezenove mil e setecentos e dez reais), os quais já se encontram penhorados nos autos originários.

*Relatei.*

*Decido.*

Não se mostrando presentes as restrições impostas nos incisos III e IV do art. 932 do NCPC, de observação prévia, nos termos em que determinado pelo art. 1.019 do NCPC, passo ao exame do pedido de tutela recursal.

Preliminarmente, não merece prevalecer a alegação de nulidade, porquanto a decretação de indisponibilidade dos bens, a qual visa assegurar o resultado prático de eventual ressarcimento ao Erário causado por ato de improbidade administrativa, pode ser deferida antes mesmo da notificação prévia, conforme já decidiu esta Corte. Neste sentido: EDAG 0035057-94.2012.4.01.0000/BA, rel. Des. Federal Mônica Sifuentes, Terceira Turma, e-DJF1 de 22/01/2016.

Passo à análise do pedido antecipatório propriamente dito.

Nesse juízo de cognição primária, vislumbro a existência de parcial razão ao agravante.

É que, conquanto existam indícios do cometimento das irregularidades apontadas nos autos, justificando-se, assim, a concessão da medida cautelar de indisponibilidade, verifica-se que o valor indicado pelo próprio MPF como total do dano apurado é de R\$ 826.986,87 (oitocentos e vinte e seis mil, novecentos e oitenta e seis reais e oitenta e sete centavos), pelo que se afigura legítima a reforma da decisão, neste ponto, para que o dano ao Erário seja, pelo menos, neste momento, limitado ao valor acima indicado.

Ressalta-se que, no que tange ao montante indicado pelo agravante como sendo o total do superfaturamento (R\$ 289.316,35), constata-se a partir dos fatos mencionados pelo MPF em sua petição inicial que a perícia técnica indicou o valor global de R\$ 826.986,87 (oitocentos e vinte e seis mil, novecentos e oitenta e seis reais e oitenta e sete centavos), sendo, a todo modo, especificado cada sobrepreço, ou seja, em relação aos itens da obra, bem como aos eventuais serviços não executados.

Ademais, tem-se por pertinente do ponto de vista jurídico/constitucional e de acordo com a jurisprudência desta Corte que a constrição não deva ser aplicada como garantia ao pagamento antecipado de multa civil, porquanto não há autorização constitucional para essa medida, a qual contempla somente a hipótese de recomposição de dano ao Erário, devendo essa questão relativa à multa ser sopesada e modulada quando da prolação da sentença.

Esse tem sido o entendimento prevalente nesta Quarta Turma, conforme evidenciado no seguinte precedente, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. VALOR DO DANO. MULTA CIVIL. CONTA CORRENTE. INDISPONIBILIDADE PRO RATA.

1. Nas ações de improbidade administrativa a indisponibilidade de bens tem o objetivo de assegurar a reparação de eventual dano aos cofres públicos, no caso de futura condenação.

2. A medida de indisponibilidade de bens, contudo, não pode ser excessiva, devendo limitar-se aos bens necessários ao ressarcimento integral do dano erário, sem inclusão da (eventual) multa civil, não sendo, por outro lado, razoável bloquear o patrimônio de cada requerido no valor total do dano causado, senão em proporção. Não deve, da mesma forma, incidir sobre a conta bancárias de salários do requerido, dada a sua natureza alimentar.

3. Provimento parcial do agravo de instrumento.

(AG 0067944-29.2015.4.01.0000 / BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, QUARTA TURMA, e-DJF1 de 18/10/2016)

Outrossim, no tocante à constrição imposta pela decisão agravada sem limites sobre os ativos financeiros, indubitavelmente tal medida acarretará severos prejuízos ao recorrente.

Com efeito, não se olvida o fato de haver sérios indícios da existência de fraudes na execução do contrato indicado pela petição inicial, bem assim pela decisão agravada, todavia, por se cuidarem justamente de indícios,

ainda não submetidos de forma completa ao crivo do contraditório e da ampla defesa no âmbito da ação civil por ato de improbidade administrativa principal, deve-se ter especial cautela na extensão e no limite na aplicação da indisponibilidade.

Nesse ponto, sabe-se que a ação originária foi proposta contra seis requeridos (Avimar de Melo Barcelos, Urb Topo Engenharia e Construções Ltda., Roberto Matozinhos, Vicente Aloizio Gonçalves Maciel, Waldo Saraiva Amaral e Geraldo Augusto Alves Matozinhos), conforme se colhe da cópia da petição inicial, juntada às fls. 23-53, sendo que a decisão combatida determinou a constrição de bens de todos estes, conforme se colhe às fls. 524-529.

Assim sendo, e, ante a impossibilidade de se delimitar ou mesmo de quantificar, neste momento processual, qual a medida da participação de cada um deles no cometimento dos alegados atos ímprobos, e, em atenção aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, tem-se que a indisponibilidade deve incidir de forma equitativa à razão de (1/6) sobre o patrimônio de cada qual.

Acrescente-se, também, quanto à solidariedade do débito, determinada na decisão, que a jurisprudência caminha no sentido do seu arrefecimento, ante os comandos do art. 130, III, do CPC/2015, o qual estabelece o chamamento ao processo dos devedores solidários para comporem a lide.

Nesse sentido é o seguinte precedente jurisprudencial desta Corte, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DIVISÃO PRO RATA. SOLIDARIEDADE. CONTAS BANCÁRIAS. MULTA CIVIL. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

1. Nas ações de improbidade administrativa, a indisponibilidade de bens tem o objetivo de assegurar a reparação de eventual dano aos cofres públicos, no caso de uma futura condenação. Havendo demonstração de danos ao erário, os precedentes têm como presumido o *periculum in mora*.

2. Não se deve antecipar eventual condenação ao pagamento de multa civil, para fins de decretação de indisponibilidade. A autorização constitucional só alude à indisponibilidade como meio de garantia de recomposição do dano ao erário, para o que não concorre a multa, cuja imposição (sendo o caso) dependerá de modulação da sentença.

3. Sendo a ação proposta contra três requeridos, e não se fazendo possível delimitar ou quantificar, no momento processual, o nível de participação de cada qual nos atos (ímprobos), a indisponibilidade deverá recair de forma equitativa (1/3) sobre o patrimônio de cada qual, não devendo incidir sobre os valores postos em conta corrente e em caderneta de poupança até o montante de 40 (quarenta) salários mínimos.

4. O mecanismo civil da solidariedade passiva, pelo qual o credor pode exigir a prestação devida de qualquer dos devedores (art. 275 - CC), podendo o devedor que satisfaz a dívida por inteiro exigir de cada um dos codevedores a sua quota (art. 283 - CC), está arrefecido pelo CPC, que prevê o chamamento ao processo "de todos os demais devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns o pagamento da dívida comum" (art. 130, III), para que o réu possa exigir dos demais devedores a sua cota na proporção que lhes tocar (art. 132 - *idem*).

5. Agravo de instrumento parcialmente provido. (AG 0041337-42.2016.4.01.0000 / BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, QUARTA TURMA, e-DJF1 de 16/02/2017)

Nessa perspectiva, tendo sido o valor do débito fixado em R\$ 826.986,87 (oitocentos e vinte e seis mil, novecentos e oitenta e seis reais e oitenta e sete centavos), com a divisão equitativa por 6 litisconsortes passivos, a indisponibilidade deverá incidir no valor de R\$ 137.831,14 (cento e trinta e sete mil, oitocentos e trinta e um reais e catorze centavos) sobre os bens individualmente considerados de cada um dos devedores, devendo incidir inicialmente sobre os bens móveis e imóveis e, em não havendo bens suficientes de algum dos réus, sobre os ativos financeiros, até o limite necessário a se complementar o valor da sua cota parte, observando-se, de toda sorte, que a constrição somente incida sobre os ativos financeiros do agravante (contas-correntes e de poupança) na parte que eventualmente ultrapassar 40 salários-mínimos (nos termos do inciso X do art. 833 do CPC).

Essa medida, além de garantir o pagamento de eventual condenação futura, resguarda a segurança alimentar da pessoa física e de seus familiares e, por conseguinte, o cumprimento da sua função social.

Em semelhante questão essa Quarta Turma já decidiu, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. CONSTRIÇÃO SOBRE CONTAS CORRENTES E ATIVOS FINANCEIROS. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA GARANTIA POR BEM IMÓVEL.

1. Tendo a agravante apresentado, em substituição à indisponibilidade de ativos financeiros, já levada a termo, bens imóveis em valor suficiente para cobrir o suposto dano ao erário, na ação de improbidade administrativa, devidamente

avaliados pela Caixa Econômica Federal - CEF, afigura-se cabível o deferimento do pedido, tanto mais que os valores tornados indisponíveis são indispensáveis ao funcionamento da atividade comercial da empresa.

2. Provimento do agravo de instrumento. (AG 0080204-17.2010.4.01.0000 / MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, QUARTA TURMA, e-DJF1 p.52 de 16/10/2014)

Diante do exposto, defiro parcialmente o pedido de efeito suspensivo ativo para, especificamente, quanto ao agravante, determinar que a indisponibilidade não incida sobre os valores relativos à multa civil, devendo, assim, se limitar ao suposto valor do dano ao Erário, qual seja, R\$ 826.986,87 (oitocentos e vinte e seis mil, novecentos e oitenta e seis reais e oitenta e sete centavos), bem assim que a constrição seja fixada, de forma equitativa, *pro rata*, à razão de 1/6 (um sexto), resultando no valor de R\$ 137.831,14 (cento e trinta e sete mil, oitocentos e trinta e um reais e catorze centavos), e, ainda, que incida preferencialmente sobre bens móveis e imóveis, e, não havendo bens suficientes, sobre os ativos financeiros, até o limite necessário a se alcançar o valor da sua cota parte, observando-se, de toda sorte, que a constrição somente incida sobre os ativos financeiros do agravante (contas-correntes e de poupança) na parte que eventualmente ultrapassar 40 salários-mínimos (nos termos do inciso X do art. 833 do CPC).

(Agravo de Instrumento 0015533-38.2017.4.01.0000/MG, rel. Juiz Federal Antônio Oswaldo Scarpa (convocado), e-DJF1 de 02/06/2017, p. 1.365)

## Pedido de Concessão de Efeito Suspensivo à Apelação 0020397-22.2017.4.01.0000/BA

Relator: Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado)

Trata-se de pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso de apelação interposto pela ora requerente em face de sentença que — em sede de ação ordinária movida pela requerida contra as rés (MDA Construções Ltda., Caixa Econômica Federal e Caixa Seguradora S/A), objetivando fossem sanadas as irregularidades a elas imputadas quanto ao cumprimento de contrato de compra e venda de unidade imobiliária no empreendimento Residencial Reserva Alto Verde — julgou parcialmente procedente o pedido, antecipando os efeitos da tutela nos seguintes termos (fls. 162-163), *in verbis*:

[...]

Diante de todo o exposto, afasto as preliminares suscitadas, para analisar o mérito e JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, condenando as rés, solidariamente e sem ordem de preferência:

1. ao pagamento de lucros cessantes fixados em meio salário mínimo, por mês de descumprimento da obrigação a contar do primeiro mês de atraso (janeiro de 2014) até a efetiva entrega do imóvel;
2. ao pagamento de indenização por danos morais que arbitro em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o qual deverá ser monetariamente corrigido e acrescido de juros de mora, na forma da fundamentação;
3. revisar o contrato de compra e venda de terreno e mútuo para construção de unidade habitacional, nos termos da fundamentação, e fixar os mesmos parâmetros previstos quando da impontualidade do comprador pata a mora das rés, cominando multa de mora na razão de 2% sobre o valor total das prestações repassadas pela parte autora às rés e juros moratórios de 0.033% ao dia sobre o valor venal do imóvel, devidos a partir do inadimplemento da prestação, ocorrido com a não entrega do imóvel na data avençada (janeiro de 2014).

Condeno, ainda, a CEF e a CAIXA SEGURADORA S/A a providenciar a imediata substituição da construtora-ré, dando, assim prosseguimento às obras, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária que arbitro em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Deixo de analisar o pedido subsidiário – orientado à conversão da obrigação principal em perdas e danos, considerando o acolhimento do pedido principal.

Finalmente, ANTECIPO OS EFEITOS DA TUTELA, no tocante à determinação de substituição da construtora ora determinada, haja vista a presença dos requisitos imprescindíveis à concessão da tutela de urgência, in casu, a prova inequívoca da verossimilhança das alegações e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Tendo em vista que a parte autora apenas sucumbiu de parte mínima do pedido, condeno as rés, solidariamente, em custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC/73.

[...]

Aduz a requerente, em síntese, não ser possível o cumprimento da tutela antecipada deferida na sentença, inclusive com multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais), tal como determinado, ao argumento de que “a apólice não tem a responsabilidade de finalizar a obra, mas tão somente em substituir a construtora para que haja a retomada da obra” (fl. 9), bem como que o canteiro de obras do empreendimento Reserva Alto Verde foi invadido por movimentos sociais.

Nesse sentido, assevera não ser possível retomar uma obra invadida por movimentos sociais, faltando-lhe, inclusive, legitimidade para propor uma ação possessória, dado que nunca teve a posse do empreendimento.

Assim postos os fatos. Decido.

Em regra, a apelação terá efeito suspensivo, conforme preceitua o art. 1.012, *caput*, do NCPC. Todavia, a sentença começa a produzir efeitos, após publicada, nas hipóteses elencadas no § 1º do referido regramento legal, ou estabelecido em lei, posto que não exaustivo o referido rol.

Não obstante as hipóteses previstas no § 1º do NCPC, prevê o código regra segundo a qual a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator acaso demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação (cf. § 4º, art. 1.012 do NCPC).

Tal orientação se verifica, também, do parágrafo único do art. 995 do NCPC, confira-se:

Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Nesse sentido, entendo relevante o argumento consistente no fato de que a invasão do canteiro de obras inviabiliza a retomada imediata do empreendimento.

De fato, verifica-se do relatório pericial de fls. 235-237, datado de 20/09/2016, contemporâneo à data em que proferida a sentença (datada de 02/08/2016 cf. fl. 163), haver a vistoria então realizada constatado que “dos 03 blocos do empreendimento, dois deles parcialmente e de forma absolutamente irregular encontravam-se ocupados com tapamentos provisórios com a utilização de folhas de compensado, plástico, chapas metálicas e diversos tipos de improvisação a exemplo inclusive de cortinas” bem como que a referida invasão teria arregimentado “uma população superior a 220 famílias” (cf. fls. 236-237).

Tal circunstância conduz à conclusão, de fato, quanto à efetiva impossibilidade de retomada imediata do empreendimento porquanto não pode a requerente, à força, promover a retirada dos ocupantes, devendo lançar mão dos meios legais para tal finalidade.

Defiro, portanto, o pedido de efeito suspensivo postulado no recurso de apelação interposto nos autos do Processo 0012871-03.2014.4.01.3300.

(Pedido de Concessão de Efeito Suspensivo à Apelação 0020397-22.2017.4.01.0000/BA, rel. Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado), e-DJF1 de 02/06/2017, p. 1.473)

## **Habeas Corpus 0025985-10.2017.4.01.0000/DF**

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

### **Decisão**

No sistema constitucional brasileiro, a liberdade é sempre a regra, e o encarceramento a exceção.

Proferida a decisão de fls. 210-222, deferindo pedido de liminar em favor dos pacientes *Fernando Márcio Queiroz*, *Agnelo Santos Queiroz Filho* e *Nilson Matorelli*, para cassar a decisão que prorrogou a prisão temporária

dos pacientes e, em consequência, determinar a imediata soltura dos pacientes, foram apresentadas petições requerendo a extensão dos efeitos da decisão aos seguintes investigados:

- Francisco Cláudio Monteiro (fls. 224-225)
- Sérgio Lúcio Silva de Andrade (fls. 226-261)
- Nelson Tadeu Filippelli (fls. 262-327)
- Jorge Luiz Salomão (fls. 328-370)
- Afrânio Roberto de Souza Filho (fls. 371-383)
- José Roberto Arruda (fls. 384-417)

Em todos esses casos fica evidente, pelos elementos trazidos pelos interessados, conforme sustentam os respectivos patronos, que os motivos que suportaram a decisão que decretou a prisão temporária, assim como a sua prorrogação, insisto, são incontestavelmente os mesmos.

De outro lado, também em todos os casos, a decretação da prisão temporária, em 16/05/2017, bem assim a sua prorrogação, em 26/05/2017, decorreram, pelos elementos trazidos pelos patronos dos demais custodiados, inegavelmente da mesma decisão.

Portanto, parece indiscutível que os vícios verificados em ambas as decisões, consoante especificação por mim indicada na decisão proferida em favor de *Fernando Márcio Queiroz, Agnelo Santos Queiroz Filho e Nilson Martorelli*, aqui se repetem, especialmente no que tange à ausência de individualização e concretude na demonstração da imprescindibilidade do encarceramento temporário dos requerentes.

Isso considerado, tomo como razões de decidir os mesmos fundamentos apresentados naquela decisão, abaixo reproduzida:

- Relatório:

*Cuida-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de Fernando Márcio Queiroz, contra a decisão do juízo da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal que prorrogou o prazo da prisão temporária do paciente por mais 05 (cinco) dias.*

*Considerada a identidade de circunstâncias e, sobretudo, que a decisão que prorrogou a prisão temporária dos pacientes é a mesma, com os mesmíssimos fundamentos, analiso em conjunto com a presente impetração os seguintes habeas corpus:*

- 1) HC n. 0005200-27.2017.4.01.0000/DF – paciente: Agnelo Santos Queiroz Filho
- 2) HC n. 0025467-20.2017.4.01.0000/DF – paciente: Nilson Martorelli

*Desde já, portanto, por economia processual, advirta-se que, considerada a identidade e generalidade da fundamentação veiculada na decisão confrontada nesta impetração, os motivos aqui deduzidos prestam-se a subsidiar as decisões em relação aos dois outros pacientes, Agnelo Santos Queiroz Filho e Nilson Martorelli, sendo que, naquilo que for necessário distinguir a sua situação do paciente Fernando Márcio Queiroz, ao final serão acrescidas as notas distintivas em capítulo à parte.*

*Alegam os impetrantes que a prisão do paciente foi decretada no âmbito da Operação da Polícia Federal, em que são investigadas supostas irregularidades nos contratos celebrados para a construção/reforma do Estádio Mané Garrincha, em Brasília-DF, estando o paciente encarcerado desde o dia 23/05/2017.*

*Entendem que, em razão de a prisão temporária do paciente ter sido decretada “com o propósito específico de assegurar a colheita de provas, sob o argumento de que a sua liberdade poderia prejudicar a investigação em andamento”, uma vez “cumpridas as diligências sem quaisquer intercorrência, todas as eventuais provas de interesse do Inquérito Policial nº 1095/2016 foram devidamente entregues aos órgãos responsáveis pela investigação” (fls. 06), não há mais razões que justifiquem a manutenção da prisão temporária.*

*Sustentam que, tanto a decisão que decretou a prisão temporária do paciente quanto a que prorrogou o encarceramento estão embasadas em conjecturas, sendo que no primeiro caso não foi indicado “qual o dado concreto que autorizaria a conclusão de que o Paciente atentaria contra a instrumentalidade da investigação” e, quanto à prorrogação, também não foi indicada “qualquer medida concreta que ainda esteja pendente e cuja satisfação dependa da limitação da liberdade do investigado” (fls. 10).*

*Refutam ainda o fundamento acerca da preocupação com o suposto destino de valores indevidamente pagos a agentes públicos, por entenderem que “a condição do Paciente na investigação é absolutamente irrelevante para o rastreamento de qualquer vantagem obtida por terceiros” (fls. 10).*

*Expõem também que a decisão não estabeleceu a individualização da necessidade instrumental da manutenção da prisão em relação a cada preso, não sendo justificativa suficiente a prorrogação da prisão sob a expectativa de que outros envolvidos possam surgir a partir da análise do material apreendido.*

*Asseveram que a delação dos executivos da Andrade Gutierrez teria sido divulgada no final de 2016 e autoridade policial não indicou uma única conduta atribuída ao paciente que pudesse revelar a sua intenção de atrapalhar as investigações, porém, contrariamente, o paciente teria colaborado de maneira expressiva por ocasião das diligências de busca e apreensão.*

*Afirmam que não se mostra razoável manter-se o paciente preso até que a autoridade policial examine todo o material apreendido, pois não há como prever o tempo necessário para a conclusão das análises, assim como a possibilidade de novas diligências como justificativa, uma vez que a prisão temporária reclama motivação concreta e não alegações genéricas.*

*Registram que o Ministério Público Federal, quando se manifestou sobre o pedido de prisão temporária, “assentou de maneira clara que naquela ocasião – 04/05/2017 - não tinha elementos para oferecer denúncia, como não tem até o presente momento, segundo confessou na manifestação pelo indeferimento do pedido de revogação formulado pelo paciente” (fls. 13).*

*Aduzem, ainda, que não foram indicados pela autoridade coatora os elementos concretos que denotem a efetiva imprescindibilidade da constrição da liberdade, assim como as circunstâncias que denotem que o paciente poderá obstaculizar a busca de provas pela autoridade policial.*

*Requerem, ao final, seja deferida a liminar para colocar o paciente em liberdade, sem a oitiva prévia da autoridade coatora, e, ao final, a concessão integral da ordem.*

*É o relatório. Decido.*

*- Pressupostos normativos:*

*Estabelece a Constituição Federal, no inciso LXVI do artigo 5º, que ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; por sua vez, no mesmo art. 5º, no seu inciso LXVIII, a Constituição estabelece que será concedido “habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”; além disso, no mesmo dispositivo, encontram-se afirmadas as seguintes garantias da liberdade locomotora: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*

*Portanto, de forma iterativa, a Constituição proclama, para afastar qualquer dúvida, que sempre e sempre, no sistema jurídico brasileiro, a liberdade é a regra, e a prisão instrumental é a exceção.*

*Orientando-se pelo texto da Constituição Federal, estabeleceu o legislador infraconstitucional, de forma absolutamente excepcional, por meio da prisão temporária, a possibilidade de restrição da liberdade locomotora durante o curso da investigação criminal quando imprescindível para o inquérito policial, quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade e quando houver indícios de autoria ou participação nos crimes indicados no inciso III, do artigo 1º da Lei n. 7.960/1989 (cito):*

*Lei n. 7.960/1989*

*Art. 1º Caberá prisão temporária:*

*I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;*

*II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;*

*III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:*

*a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);*

*b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);*

*c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);*

*d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);*

*e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);*

*f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);*

*g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);*

*h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);*

*i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);*

*j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);*

*l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;*

*m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei n.º 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;*

- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
- p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

Assim, para a decretação da prisão temporária é imprescindível a presença do duplo requisito de especial urgência (Lei nº 7.960/89, art. 1º, incisos I ou II) e de gravidade da situação criminal (crimes taxativamente elencados no inc. III do art. 1º da Lei nº 7.960/89).

De qualquer sorte, pelo caráter extraordinário da supressão da liberdade constitucional de ir e vir, os Tribunais Superiores firmaram o entendimento de que a validade do decreto de prisão temporária pressupõe que o julgador apoie sua decisão nas circunstâncias fáticas do caso concreto, de modo a evidenciar a imprescindibilidade da prisão do investigado para as apurações do inquérito, na forma do inciso I e II, e a prova de autoria ou participação em um dos crimes elencados no inciso III (cito):

Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. MÉRITO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. PRISÃO TEMPORÁRIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO. IDONEIDADE. MODUS OPERANDI. PACIENTE FORAGIDO. IMPRESCINDIBILIDADE PARA A CONCLUSÃO DAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES. INADEQUAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 1º da Lei n. 7.960/1980, que dispõe sobre a prisão temporária.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 278.681/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017) (g.n.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. PROCESSO PENAL. PRISÃO TEMPORÁRIA DECRETADA EM 20/10/2011. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MERA SUPOSIÇÃO DE QUE A PACIENTE OBSTRUÍRIA A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. INVESTIGAÇÕES QUASE CONCLUÍDAS. AUSÊNCIA DO REQUISITO LEGAL PREVISTO NO ART. 1º, INCISO I, DA LEI N.º 7.960/1989. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

2. A prisão preventiva e a prisão temporária não podem ser confundidas, pois constituem modalidades distintas de custódia cautelar, cada qual sujeita a requisitos legais específicos. A primeira pode ser decretada em qualquer fase da investigação criminal ou do processo penal e demanda a demonstração, em grau bastante satisfatório e mediante argumentação concreta (*fumus comissi delicti*), de que a liberdade do acusado implica perigo (*periculum libertatis*) à ordem pública, à ordem econômica, à conveniência da instrução criminal, ou à aplicação da lei penal (art. 312 do Código de Processo Penal). A segunda, por sua vez, subordina-se a requisitos legais menos severos, previstos na Lei n.º 7.960/1989, e presta-se a garantir o eficaz desenvolvimento da investigação criminal quando se está diante de algum dos graves delitos elencados no art. 1º, inciso III, da mesma Lei.

3. A prisão temporária, por sua própria natureza instrumental, é permeada pelos princípios do estado de não-culpabilidade e da proporcionalidade, de modo que sua decretação só pode ser considerada legítima caso constitua medida comprovadamente adequada e necessária ao acautelamento da fase pré-processual, não servindo para tanto a mera suposição de que o suspeito virá a comprometer a atividade investigativa.

4. Hipótese em que o Juízo de primeira instância fundamentou a imprescindibilidade da medida na gravidade abstrata do delito - "[...]modalidade criminoso que vem flagelando os usuários das rodovias desta importante região [...]", violando, assim, o dever geral de motivação das decisões judiciais (art. 93, inciso IX, da Constituição da República) e a regra de que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e (devidamente) fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, inciso LXI da Constituição da República).

5. O argumento de que o Paciente encontra-se em local incerto e não sabido não foi aventado no decisum de primeira instância. Assim, a fundamentação exarada pela Corte a quo constitui nitida complementação da decisão constritiva originária, providência sabidamente vedada em ação constitucional de habeas corpus, impetrada em interesse exclusivo da Defesa. Precedentes.

6. O fato de a investigação estar quase concluída sem que haja notícia de que a Investigada tenha, de alguma forma, interferido na produção das provas pré-processuais consideradas relevantes, é, no caso, razão suficiente para que o decreto de sua

*prisão temporária seja imediatamente revogado, nomeadamente porque a custódia extrema carece do requisito previsto no art. 1.º, inciso I, da Lei n.º 7.960/1989 e, assim, não mais se sustenta nos motivos que a ensejaram em um primeiro momento.*

*7. O transcurso de considerável lapso temporal sem que o mandado de prisão temporária tenha sido cumprido indica, por si só, que não estão mais presentes os requisitos da medida constritiva previstos na Lei n.º 7.960/89. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte.*

*8. Ordem de habeas corpus não conhecida. Writ concedido de ofício para revogar a prisão temporária decretada em desfavor da Paciente, sem prejuízo da implementação de medidas cautelares diversas da prisão ou da decretação de prisão preventiva, caso preenchidos os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.*

*(HC 286.981/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 01/07/2014)*

*Insista-se nesse ponto: a decretação da prisão cautelar temporária pressupõe que a liberdade individual de alguém possa colocar em risco, concretamente, a persecução criminal quando da investigação dos fatos delituosos.*

*Igualmente, a legislação de regência dispõe em seu artigo 2º que “a prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”.*

*- Caso concreto:*

*Foi instaurado o Inquérito Policial n. 1095/2016-SR/DPF/DF, em 08/09/2016, visando apurar ocorrência dos delitos previstos nos artigos 312 (peculato), 317, § 1º (corrupção passiva) e 333 (corrupção ativa) todos do Código Penal, artigo 1º da Lei n. 9.613/199 (lavagem de dinheiro), artigo 2º da Lei n. 12.850/2013 (organização criminosa) e artigos 90 e 96 da Lei n. 8.666/93 (fraude licitatória), em razão de informações oriundas de colaborações premiadas formalizadas e homologadas pelo STF, relatando supostas fraudes licitatórias e corrupção praticadas pela Construtora Andrade Gutierrez S.A. e Via Engenharia S.A., quando da realização das obras de reforma do Estádio Mané Garrincha, em Brasília-DF, para a Copa do Mundo de 2014.*

*Apura-se a ocorrência de prejuízo, estimado pela autoridade policial em um bilhão e trezentos milhões de reais, que possam ter sofrido à União, ao Governo do Distrito Federal e à Terracap, em razão dos delitos atribuídos aos investigados.*

*As apurações envolvem os seguintes investigados: José Roberto Arruda, Agnelo Santos Queiroz Filho, Nelson Tadeu Fillipelli, Maruska Lima de Souza Holanda, Nilson Martorelli, Jorge Luiz Salomão, Sérgio Lúcio Silva de Andrade, Francisco Cláudio Monteiro, Fernando Márcio Queiroz, Afrânio Roberto de Souza Filho, José Wellington Medeiros de Araújo, Luiz Carlos Barreto de Oliveira Alcoforado e Alberto Nollí Teixeira.*

*O juízo a quo, acolhendo requerimento da autoridade policial, com concordância expressa do Ministério Público Federal, em 16/05/2017, decretou a prisão temporária de 1) José Roberto Arruda, 2) Agnelo Santos Queiroz Filho, 3) Nelson Tadeu Fillipelli, 4) Maruska Lima de Souza Holanda, 5) Nilson Martorelli, 6) Jorge Luiz Salomão, 7) Sérgio Lúcio Silva de Andrade, 8) Francisco Cláudio Monteiro, 9) Fernando Márcio Queiroz e 10) Afrânio Roberto de Souza Filho.*

*Foram ainda deferidas medidas cautelares de busca e apreensão, condução coercitiva e indisponibilidade de bens.*

*Os indícios de materialidade delitiva relacionada aos crimes em apuração e os indícios de autoria foram assim apresentados pela autoridade coatora:*

*Eis o quadro a demonstrar fortes indícios de materialidade delitiva relacionada aos crimes, entre outros em apuração, de associação criminosa, peculato, fraude à licitação e corrupção de funcionários da TERRACAP, do GDF e dos ex-governadores indicados; corrupção dos dirigentes das Construtoras Andrade Gutierrez e da Via Engenharia, esta dirigida pelo investigado Fernando Márcio Queiroz, com participação nos eventos do Diretor da Empresa o Sr. Alberto Nollí, além de outros delitos em apuração como lavagem de dinheiro e organização criminosa.*

*Localizo, ademais, fortes elementos indiciários de autoria nas pessoas de todos os investigados no presente Inquérito Policial nos eventos criminosos apontados. A documentação (perícias, pareceres, análise contábil independente e do TC-DF) aponta as responsabilidades dos servidores/agentes públicos na construção do Estádio Nacional, tais como então Diretores da TERRACAP, Diretores da Via Engenharia e da Andrade Gutierrez, autorizações de Governadores, e depoimentos dos Diretores da TERRACAP. Além disso, realça nos autos um conjunto probatório harmônico, onde se descrevem detalhes das tratativas iniciais e as que se desenvolveram da fraude à licitação e recebimento criminoso de dinheiro público, uma verdadeira sangria aos cofres públicos, que resultou em aproximadamente novecentos milhões de reais, atualizados, apenas na reforma de um Estádio de Futebol cujo custo total foi de um bilhão e meio de reais.*

*Perante a PGR e STF os colaboradores da Andrade Gutierrez (AG) Rogério Nora de Sá, Clóvis Renato Numa Peixoto Primo e Flávio Gomes Machado Filho descreveram o iter criminis da combinação feita entre o Consórcio e o ex-governador José Roberto Arruda e as vantagens em propina dadas a esse agente político, tanto pela via Engenharia quanto pela Andrade Gutierrez; caminho do crime que se seguiu com a propina paga ao longo dos anos do Governo Agnelo Queiroz, por e a interpostas pessoas.*

*Os detalhes da longa trama criminosa foram dados perante a Polícia Federal pelos diretores da Construtora AG Flávio Gomes Machado Filho, Clóvis Renato Numa Peixoto Primo e Rogério Nora de Sá, e principalmente pelos diretores da mesma Construtora Rodrigo Leite Vieira e Carlos José de Souza. (g.n.)*

Verifica-se que o juízo a quo, após indicar a participação dos investigados na suposta empreitada criminosa, deferiu o pedido de prisão temporária valendo-se dos seguintes fundamentos:

*Desse modo, convenço-me da necessidade da prisão temporária dos requeridos, por se afigurar imprescindível para o sucesso das investigações nesta fase em que devem concentrar-se as diversas diligências e busca de provas, para que não atrapalhem por si ou por terceiros as investigações.*

*Como bem observou a autoridade policial: "considerando que a análise dos materiais apreendidos, bem como os depoimentos e interrogatórios (a serem) realizados após o cumprimento das medidas ora pleiteadas devem sugerir novos locais que serão alvos de pedidos de Busca e Apreensão, mas que só estarão preservados com a decretação da Prisão Cautelar dos principais alvos"; e ainda o Ministério Público Federal, de que não há dúvidas quanto à imprescindibilidade da medida cautelar também para "garantir o maior aprofundamento e sucesso da investigação, em razão do alto grau de influência política dos investigados".*

*Assim, neste momento e fase do inquérito policial, em que é necessária a colheita de maiores elementos para se avançar nas investigações, considerando que uma obra de um bilhão e quinhentos milhões de reais, tem-se apenas indicados pontualmente os crimes de associação criminosa, lavagem de dinheiro, corrupção ativa e passiva e fraude à licitação, parece imprescindível que a partir deste instante os requeridos sejam privados, excepcionalmente, de suas liberdades, para que não atrapalhem as investigações, não atuem para esconder o produto do crime, se existente, não sumam com provas e indícios, não façam conluio nem invistam direta ou indiretamente contra os colaboradores e coinvestigados, não apaguem a trilha do dinheiro, não usem de sua liderança e conhecimento dos fatos para obstar de algum modo a busca da prova, além de outras condutas que podem ser planejadas e executadas pelos requeridos se continuarem em liberdade, pela capacidade e potencial que possuem de atrapalhar as investigações que a partir da execução da medida poderão se concentrar em análise das provas obtidas, nas perícias a serem realizadas e principalmente na tomada de intensos e precisos depoimentos de testemunhas e de investigados. (g.n.)*

*No caso do paciente, estes foram os fatos supostamente criminosos a ele atribuídos:*

*FERNANDO MÁRCIO QUEIROZ é o proprietário da Empresa Via Engenharia, que participou de toda a história criminosa da Construção do Estádio de Brasília. Tem contra si indícios de participação nos delitos pelas declarações de diversos executivos da Construtora AG, que detalharam que ambas as empresas fraudaram a licitação da construção do estádio e a execução do empreendimento, prometeram e pagaram valores ilícitos ao Governador da época Arruda e em seguida ao Governador Agnelo, participando ativamente das tratativas relacionadas com a fraude à licitação. Também há indícios de que teria corrompido, sempre por meio do seu Diretor Alberto Noll, a então Presidente da Terracap Maruska Lima e o Presidente da Novacap Nilson Martorelli, ambos ligados ao então Governador Agnelo, prova indiciária que leva a se concluir que para dar continuidade à participação da Via Engenharia esse investigado teve que continuar pagando a propina para que pudesse construir com o evidente hiperfaturamento a reforma do Estádio Nacional e obter, conforme os indícios, as vantagens pessoais e financeira de uma licitação fraudada e obra bilionária por meio de pagamento ao ex-governador Agnelo e seu grupo.*

*Deixe-se registrado que, nesse ponto, o magistrado não demonstrou a necessidade concreta e individual da prisão do paciente, mas apenas indicou o que, ao seu julgamento, os elementos de convicção de sua participação nos fatos delituosos.*

*Posteriormente, a autoridade impetrada indeferiu "os pedidos de revogação/relaxamento/não prorrogação de prisão temporária" e deferiu "o pedido de prorrogação da prisão temporária de todos dos custodiados", em decisão com o seguinte teor:*

*Conforme registrei na decisão que decretou as prisões temporárias dos supramencionados investigados, a prisão temporária dos requeridos se afigura imprescindível para o êxito das diligências policiais nesta fase em que devem concentrar-se os diversos atos visando à busca de provas, para que não atrapalhem por si ou por terceiros as investigações e para se garantir aprofundamento e sucesso da investigação, em razão do relevante grau de influência política e econômica dos investigados.*

*A necessidade não só da manutenção da prisão cautelar como também de sua prorrogação por mais 5 (cinco) dias se mostram agora imprescindíveis para a utilidade da investigação e sem ela poderá haver prejuízo na colheita da prova inclusive em relação a terceiros, que poderão ser alvos de novos pedidos.*

*Consoante informado pelo MPF, entre outros argumentos, os investigados "devem se manter segregados temporariamente para que as investigações possam avançar quanto à destinação dos valores indevidos". E porque subsistem inúmeras diligências investigativas a serem realizadas em razão da complexidade fática dos delitos praticados e da necessidade de outras ações policiais visando à complementação dos atos iniciais da Operação Policial, como término do cumprimento do bloqueio dos bens.*

*Como também ressaltou a Delegada Federal em seu pronunciamento a este Juízo (fls. 12): "Apenas para exemplificar, uma vez que os relatórios ainda estão em fase de confecção, foram arrecadados e apreendidos pela Polícia Federal documentos que aparentam ser 'tabelas de propina', agendas com marcação de encontros entre os investigados (demonstração de vínculo), cheques de altos valores (demonstração de incompatibilidade financeira), dinheiro em espécie, diversas mídias (incluindo celulares) contendo informações associadas ao caso concreto e etc." "a descontinuidade das prisões temporárias dos nominados, certamente ensejará prejuízos para a delimitação da autoria e materialidade da organização criminosa apontada".*

*Concordo com os requerentes das medidas constritivas também quando apontam medidas que necessitam ser efetivamente cumpridas, como o bloqueio de bens e a possibilidade dos custodiados possam em liberdade influenciar ou atrapalhar o apuratório, neste momento crucial da concentração da procura da prova, sem contar o fato de que se trata de pessoas que ocuparam cargos*

e posições políticas e públicas de destaque no Distrito Federal em passado próximo, e/ou que possuem elevado poder político/financeiro/operacional, o que afasta todas as alegações, conquanto bastante judiciosas, formuladas pelos defensores dos custodiados em seus pedidos de revogação/não prorrogação da segregação cautelar temporária.

Ressalto que as investigações em tela não podem ser limitadas ao cumprimento de buscas e apreensões, sendo apontado que nos próximos dias pode haver novos indícios de outros envolvidos, decorrentes da análise pericial acerca dos elementos probatórios já apreendidos, assim como novas informações sobre bens desconhecidos e acerca da destinação dos valores recebidos indevidamente.

Aliás, consta representação de uma das autoridades mencionadas requerendo nova medida cautelar, e que está em análise por este Juízo, o que reforça a necessidade de que os investigados tenham prorrogadas suas respectivas prisões temporárias.

Discute-se, assim, a legalidade da decisão que prorrogou o prazo da prisão temporária decretada contra o paciente.

Como se sabe, a decisão pela prisão temporária exige a presença de dois requisitos básicos: de um lado, o *fumus comissi delicti*; de outro, o *periculum libertatis*.

Com o *fumus comissi delicti*, impõe o legislador o dever de se demonstrar a existência de prova mínima de que a pessoa ameaçada de prisão cautelar tenha de fato concorrido para a prática do delito que autoriza a prisão temporária; por sua vez, com *periculum libertatis*, exige o legislador que seja, concreta e individualmente, demonstrado o perigo que a liberdade do paciente eventualmente possa oferecer ao legítimo interesse do Estado de investigar condutas supostamente criminosas.

No caso concreto, como se demonstrará abaixo, ainda que, para argumentar, existisse no caso prova mínima de prática do delito pelo paciente (o *fumus comissi delicti*), não há dúvida nenhuma de que a decisão de primeira instância não se desincumbiu da obrigação de demonstrar em que, individualizada e concretamente, a liberdade do paciente colocaria em risco as investigações da autoridade policial. De fato, quando, na decisão, foi oferecido algum motivo para a encarceramento cautelar, isso sempre foi veiculado de forma genérica, sem referência à situação concreta do paciente.

Esse o ponto mais sensível da decisão: quanto ao *periculum libertatis*, num juízo de cognição sumária, a decisão não logrou demonstrar a imprescindibilidade da prisão temporária para as investigações do inquérito policial instaurado. Explico-me.

Nos termos do artigo 2º, caput da Lei n.º 7.960/89, a prorrogação da prisão temporária poderá ser prorrogada por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Assim, a prorrogação da prisão temporária reclama igualmente os mesmos requisitos da decretação, porém requer ainda um plus: a extrema e comprovada necessidade.

Verifica-se que a decisão que prorrogou a prisão temporária do paciente, acolhendo os argumentos do MPF e da autoridade policial, está fundamentada, basicamente, nas seguintes premissas, sempre de caráter genérico (referindo-se a todos os investigados, não destacando a condição específica do paciente):

I) imprescindibilidade para a utilidade da investigação (“poderá haver prejuízo na colheita da prova inclusive em relação a terceiros, que poderão ser alvos de novos pedidos”);

II) a existência de medidas que ainda necessitam ser efetivamente cumpridas (bloqueio de bens e a possibilidade dos custodiados possam em liberdade influenciar ou atrapalhar as apurações);

III) as posições políticas e públicas, assim como o poder político/financeiro/operacional que ocupam os investigados no Distrito Federal;

IV) “as investigações em tela não podem ser limitadas ao cumprimento de buscas e apreensões, sendo apontado que nos próximos dias pode haver novos indícios de outros envolvidos”;

V) a existência de representação requerendo nova medida cautelar que está sendo analisada pelo juízo a quo; e

VI) a necessidade de análise do extenso material apreendido e a dimensão e complexidade das investigações.

Confrontando os fundamentos adotados pela autoridade coatora com os utilizados para a sua prorrogação, verifica-se que, desde a prolação da primeira decisão, não ficou demonstrado de que forma o paciente poderia concretamente atuar para impedir o desenrolar das apurações pela autoridade policial.

A existência de representação requerendo nova medida cautelar, que estaria sendo analisada ou a mera possibilidade (“pode haver”) do surgimento de novos indícios de outros envolvidos igualmente jamais justificaria a prorrogação da medida; muito menos se vislumbra necessária a presença e a disponibilidade física do paciente para a “análise do extenso material apreendido”. A acolher o argumento, todo cidadão ficaria exposto à prisão temporária a depender das condições e limites da autoridade policial em analisar material colhido em fase de investigação. Além disso, pergunta-se, em tais circunstâncias, citando o Ministro Eros Grau, “em que e no que o corpo do sujeito é necessário à investigação?” (STF, HC 95009, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2008).

Assim, não há dúvida de que a decisão impugnada, *data venia*, não se desincumbiu de demonstrar de que forma a atuação de cada um dos investigados representados impediria a atividade policial, afastada, é claro, a mera conjectura, caracterizada, na hipótese, na afirmação genérica, divorciada de qualquer dado concreto, de que “a necessidade não só da manutenção da prisão cautelar como também de sua prorrogação por mais 5 (cinco) dias se mostram agora imprescindível para a utilidade da

investigação e sem ela poderá haver prejuízo na colheita da prova inclusive em relação a terceiros, que poderão ser alvos de novos pedidos". Pergunta-se: onde está concretamente, no caso do paciente, a extrema e comprovada necessidade?

Quanto ao alegado "prejuízo na colheita da prova", se não se vislumbrava suficiente ao início, muito menos agora quando já foram realizadas as diversas diligências acautelatórias determinadas, que supostamente justificariam a prisão cautelar, não se admitindo que o paciente possa ficar de forma indeterminada à mercê da autoridade policial e das condições que o Estado detenha para análise do material colhido.

Dessa forma, no caso, a exigência de "extrema e comprovada necessidade" não está justificada por fatos concretos. Há apenas a alusão a possíveis prejuízos à investigação, em razão das posições políticas, públicas e financeiras dos investigados (sempre considerados em sua generalidade), assim como a necessidade também genérica de novas diligências e possíveis medidas cautelares e a conclusão da análise dos materiais apreendidos.

Insista-se: como se pode ver da decisão agora enfrentada, o juízo baseou a decisão de prorrogação em argumento de caráter genérico, não referindo em qualquer momento em que a condição pessoal e individual do paciente poderia comprometer as investigações. Reproduzo:

Consoante informado pelo MPF, entre outros argumentos, os investigados "devem se manter segregados temporariamente para que as investigações possam avançar quanto à destinação dos valores indevidos". E porque subsistem inúmeras diligências investigativas a serem realizadas em razão da complexidade fática dos delitos praticados e da necessidade de outras ações policiais visando à complementação dos atos iniciais da Operação Policial, como término do cumprimento do bloqueio dos bens.

Como também ressaltou a Delegada Federal em seu pronunciamento a este Juízo (fls. 12): "Apenas para exemplificar, uma vez que os relatórios ainda estão em fase de confecção, foram arrecadados e apreendidos pela Polícia Federal documentos que aparentam ser 'tabelas de propina', agendas com marcação de encontros entre os investigados (demonstração de vínculo), cheques de altos valores (demonstração de incompatibilidade financeira), dinheiro em espécie, diversas mídias (incluindo celulares) contendo informações associadas ao caso concreto e etc." "a descontinuidade das prisões temporárias dos nominados, certamente ensejará prejuízos para a delimitação da autoria e materialidade da organização criminosa apontada".

Concordo com os requerentes das medidas constritivas também quando apontam medidas que necessitam ser efetivamente cumpridas, como o bloqueio de bens e a possibilidade dos custodiados possam em liberdade influenciar ou atrapalhar o apuratório, neste momento crucial da concentração da procura da prova, sem contar o fato de que se trata de pessoas que ocuparam cargos e posições políticas e públicas de destaque no Distrito Federal em passado próximo, e/ou que possuem elevado poder político/financeiro/operacional, o que afasta todas as alegações, conquanto bastante judiciosas, formuladas pelos defensores dos custodiados em seus pedidos de revogação/não prorrogação da segregação cautelar temporária.

Como se vê, não há qualquer referência individual e concreta ao paciente. Os termos da prorrogação são sempre de caráter genérico, assentando-se, ainda, em juízo de prognose no que, não se sabe ainda, poderá decorrer das investigações.

Como dizem os impetrantes, em nenhum momento a decisão demonstrou que o paciente "poderia frustrar as investigações, destruindo ou ocultando provas, coagindo testemunhas, etc., nada que pudesse comprometer o deslinde do inquérito. Ademais, ela jamais se recusou a contribuir para qualquer investigação criminal".

A alusão genérica não é suficiente. A manutenção da prisão temporária, na espécie, somente seria possível se o juízo a quo tivesse explicitado, justificadamente, o prejuízo decorrente da liberdade do paciente.

Nesse sentido, transcrevo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. CONVERSÃO DE HC PREVENTIVO EM LIBERATÓRIO E EXCEÇÃO À SÚMULA 691/STF. PRISÃO TEMPORÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA DA PRISÃO PREVENTIVA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL PARA VIABILIZAR A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL FUNDADA NA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO PACIENTE. PRESERVAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA. QUEBRA DA IGUALDADE (ARTIGO 5º, CAPUTE E INCISO I DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DA PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO CAUTELAR COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE. PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE (ARTIGO 5º, LVII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ESTADO DE DIREITO E DIREITO DE DEFESA. COMBATE À CRIMINALIDADE NO ESTADO DE DIREITO. ÉTICA JUDICIAL, NEUTRALIDADE, INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DO JUIZ. AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADAS NO ARTIGO 5º, INCISOS XI, XII E XLV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIREITO, DO ACUSADO, DE PERMANECER CALADO (ARTIGO 5º, LXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). CONVERSÃO DE HABEAS CORPUS PREVENTIVO EM HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO.

[...]

PRISÃO TEMPORÁRIA REVOGADA POR AUSÊNCIA DE SEUS REQUISITOS E PORQUE CUMPRIDAS AS PROVIDÊNCIAS CAUTELARES DESTINADAS À COLHEITA DE PROVAS. Prisão temporária que não se justifica em razão da ausência dos requisitos da Lei n. 7.960/89 e, ainda, porque no caso foram cumpridas as providências cautelares destinadas à colheita de provas. PRISÃO PREVENTIVA: Indeferimento, pelo Juiz, sob o fundamento de ausência de conduta, do paciente, necessária ao estabelecimento de nexo de causalidade entre ela e fatos imputados a outros investigados. Reconsideração com fundamento em prova nova consistente na apreensão de papéis apócrifos na residência do paciente. Insuficiência de provas que se reportam a circunstâncias remotas, dissociadas do contexto atual. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA: I) CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL PARA

VIABILIZAR, COM A COLHEITA DE PROVAS, A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. Tendo o Juiz da causa autorizado a quebra de sigilos telefônicos e determinado a realização de inúmeras buscas e apreensões, com o intuito de viabilizar a eventual instauração da ação penal, torna-se desnecessária a prisão preventiva do paciente por conveniência da instrução penal. Medidas que lograram êxito, cumpriram seu desígnio. Daí que a prisão por esse fundamento somente seria possível se o magistrado tivesse explicitado, justificadamente, o prejuízo decorrente da liberdade do paciente. A não ser assim ter-se-á prisão arbitrária e, por consequência, temerária, autêntica antecipação da pena. O prolapado "suborno" de autoridade policial, a fim de que esta se abstivesse de investigar determinadas pessoas, à primeira vista se confunde com os elementos constitutivos do tipo descrito no art. 333 do Código Penal (corrupção ativa). II) GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL, FUNDADA NA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO PACIENTE. A prisão cautelar, tendo em conta a capacidade econômica do paciente e contatos seus no exterior não encontra ressonância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pena de estabelecer-se, mediante quebra da igualdade (artigo 5º, caput e inciso I da Constituição do Brasil) distinção entre ricos e pobres, para o bem e para o mal. Precedentes. III) GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, COM ESTEIO EM SUPOSIÇÕES. Mera suposição --- vocábulo abundantemente utilizado no decreto prisional --- de que o paciente obstruirá as investigações ou continuará delinqüindo não autorizam a medida excepcional de constrição prematura da liberdade de locomoção. Indispensável, também aí, a indicação de elementos concretos que demonstrassem, cabalmente, a necessidade da prisão. IV) PRESERVAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA. No decreto prisional nada se vê a justificar a prisão cautelar do paciente, que não há de suportar esse gravame por encontrar-se em situação econômica privilegiada. As conquistas das classes subalternas, não se as produz no plano processual penal; outras são as arenas nas quais devem ser imputadas responsabilidades aos que acumulam riquezas. PRISÃO PREVENTIVA COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE. A prisão preventiva em situações que vigorosamente não a justifiquem equivale a antecipação da pena, sanção a ser no futuro eventualmente imposta, a quem a mereça, mediante sentença transitada em julgado. A afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade, contemplado no plano constitucional (artigo 5º, LVII da Constituição do Brasil), é, desde essa perspectiva, evidente. Antes do trânsito em julgado da sentença condenatória a regra é a liberdade; a prisão, a exceção. Aquela cede a esta em casos excepcionais. É necessária a demonstração de situações efetivas que justifiquem o sacrifício da liberdade individual em prol da viabilidade do processo. ESTADO DE DIREITO E DIREITO DE DEFESA. O Estado de direito viabiliza a preservação das práticas democráticas e, especialmente, o direito de defesa. Direito a, salvo circunstâncias excepcionais, não sermos presos senão após a efetiva comprovação da prática de um crime. Por isso usufruímos a tranquilidade que advém da segurança de sabermos que se um irmão, amigo ou parente próximo vier a ser acusado de ter cometido algo ilícito, não será arrebatado de nós e submetido a ferros sem antes se valer de todos os meios de defesa em qualquer circunstância à disposição de todos. Tranquilidade que advém de sabermos que a Constituição do Brasil assegura ao nosso irmão, amigo ou parente próximo a garantia do habeas corpus, por conta da qual qualquer violência que os alcance, venha de onde vier, será coibida. COMBATE À CRIMINALIDADE NO ESTADO DE DIREITO. O que caracteriza a sociedade moderna, permitindo o aparecimento do Estado moderno, é por um lado a divisão do trabalho; por outro a monopolização da tributação e da violência física. Em nenhuma sociedade na qual a desordem tenha sido superada admite-se que todos cumpram as mesmas funções. O combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do Judiciário), através da polícia, como se lê nos incisos do artigo 144 da Constituição, e do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (artigo 129, I). ÉTICA JUDICIAL, NEUTRALIDADE, INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DO JUIZ. A neutralidade impõe que o juiz se mantenha em situação exterior ao conflito objeto da lide a ser solucionada. O juiz há de ser estranho ao conflito. A independência é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes do sistema e do governo. Permite-lhe tomar não apenas decisões contrárias a interesses do governo --- quando o exigiam a Constituição e a lei --- mas também impopulares, que a imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas. A imparcialidade é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais a ele submetidos. Significa julgar com ausência absoluta de prevenção a favor ou contra alguma das partes. Aqui nos colocamos sob a abrangência do princípio da impessoalidade, que a impõe. AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADAS NO ARTIGO 5º, INCISOS XI, XII E XLV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. De que vale declarar, a Constituição, que "a casa é asilo inviolável do indivíduo" (art. 5º, XI) se moradas são invadidas por policiais munidos de mandados que consubstanciem verdadeiras cartas brancas, mandados com poderes de a tudo devassar, só porque o habitante é suspeito de um crime? Mandados expedidos sem justa causa, isto é sem especificar o que se deve buscar e sem que a decisão que determina sua expedição seja precedida de perquirição quanto à possibilidade de adoção de meio menos gravoso para chegar-se ao mesmo fim. A polícia é autorizada, largamente, a apreender tudo quanto possa vir a consubstanciar prova de qualquer crime, objeto ou não da investigação. Eis aí o que se pode chamar de autêntica "devassa". Esses mandados ordinariamente autorizam a apreensão de computadores, nos quais fica indelevelmente gravado tudo quanto respeite à intimidade das pessoas e possa vir a ser, quando e se oportuno, no futuro usado contra quem se pretenda atingir. De que vale a Constituição dizer que "é inviolável o sigilo da correspondência" (art. 5º, XII) se ela, mesmo eliminada ou "deletada", é neles encontrada? E a apreensão de toda a sorte de coisas, o que eventualmente privará a família do acusado da posse de bens que poderiam ser convertidos em recursos financeiros com os quais seriam eventualmente enfrentados os tempos amargos que se seguem a ser prisão. A garantia constitucional da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV) para nada vale quando esses excessos tornam-se rotineiros. DIREITO, DO ACUSADO, DE PERMANECER CALADO (ARTIGO 5º, LXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). O controle difuso da constitucionalidade da prisão temporária deverá ser desenvolvido perquirindo-se necessidade e indispensabilidade da medida. A primeira indagação a ser feita no curso desse controle há de ser a seguinte: em que e no que o corpo do suspeito é necessário à investigação? Exclua-se desde logo a afirmação de que se prende para ouvir o detido. Pois a Constituição garante a qualquer um o direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII), o que faz com que a resposta à inquirição investigatória consubstancie uma faculdade. Ora, não se prende alguém

*para que exerça uma faculdade. Sendo a privação da liberdade a mais grave das constringões que a alguém se pode impor, é imperioso que o paciente dessa coação tenha a sua disposição alternativa de evitá-la. Se a investigação reclama a oitiva do suspeito, que a tanto se o intime e lhe sejam feitas perguntas, respondendo-as o suspeito se quiser, sem necessidade de prisão. Ordem concedida.*

(STF, HC 95009, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-06 PP-01275 RTJ VOL-00208-02 PP-00640, grifos acrescidos)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (PRECEDENTES DA PRIMEIRA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DE AMBAS AS TURMAS CRIMINAIS DESTA CORTE). PRISÃO TEMPORÁRIA: MEDIDA CONSTRITIVA EXCEPCIONALÍSSIMA, QUE SÓ PODE SER DECRETADA SE DEMONSTRADA CONCRETA E INEQUIVOCAMENTE SUA NECESSIDADE PARA AS INVESTIGAÇÕES. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC 95.009/SP, RELATOR O MINISTRO EROS GRAU). AUSÊNCIA DE BASE EMPÍRICA IDÔNEA. TRANSCURSO DE LONGO PRAZO SEM CUMPRIMENTO DO MANDADO PRISIONAL. PRAZO CONSIGNADO NO EXPEDIENTE JÁ EXPIRADO. INFORMAÇÕES POSTERIORMENTE PRESTADAS PELO JUÍZO PROCESSANTE EM QUE NADA SE RELACIONOU SOBRE A NÃO CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL COM A NECESSIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA. WRIT NÃO CONHECIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUE IMPÕE, CONTUDO, A CONCESSÃO DE ORDEM DE HABEAS CORPUS EX OFFICIO.

1. *A prisão preventiva e a prisão temporária não podem ser confundidas, pois constituem modalidades distintas de custódia cautelar, cada qual sujeita a requisitos legais específicos. A primeira pode ser decretada em qualquer fase da investigação criminal ou do processo penal e demanda a demonstração, em grau bastante satisfatório e mediante argumentação concreta (fumus comissi delicti), de que a liberdade do acusado implica perigo (periculum libertatis) à ordem pública, à ordem econômica, à conveniência da instrução criminal, ou à aplicação da lei penal (art. 312 do Código de Processo Penal). A segunda, por sua vez, subordina-se a requisitos legais distintos, previstos na Lei n.º 7.960/1989, e presta-se a garantir o eficaz desenvolvimento da investigação criminal quando se está diante de algum dos graves delitos elencados no art. 1.º, inciso III, da mesma Lei.*

2. *A prisão temporária, por sua própria natureza instrumental, é permeada pelos postulados da não-culpabilidade e da razoabilidade, de modo que sua decretação só pode ser considerada legítima caso constitua medida comprovadamente adequada e necessária ao acautelamento da fase pré-processual, não servindo para tanto a mera suposição de que o suspeito virá a comprometer a atividade investigativa.*

3. *A prisão temporária tem finalidade específica e diversa da prisão preventiva. Enquanto esta tem por requisitos os constantes no art. 312, do Código de Processo Penal, aquela, excepcionalíssima, "tem por única finalidade legítima a necessidade da custódia para as investigações" (STF, RHC 92.873/SP, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 12/08/2008, DJe de 18/12/2008).*

4. *"O controle difuso da constitucionalidade da prisão temporária deverá ser desenvolvido perquirindo-se necessidade e indispensabilidade da medida. A primeira indagação a ser feita no curso desse controle há de ser a seguinte: em que e no que o corpo do suspeito é necessário à investigação?" (STF, HC 95.009/SP, Rel. Ministro EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2008, DJe de 18/12/2008).*

5. *Se na decisão em que se decreta a prisão temporária nada se indica de substancial sobre de que forma a constringão é necessária às investigações, a medida é ilegal. Não só isso, é inconstitucional. Na hipótese, a prisão temporária não tem base empírica idônea, pois no decreto construtivo não há um fundamento concreto sequer sobre porque a segregação é essencial para a fase inquisitiva.*

6. *O fato de a investigação estar quase concluída sem que haja notícia de que o Investigado tenha, de alguma forma, interferido na produção das provas pré-processuais consideradas relevantes, é, no caso, razão suficiente para que o decreto de sua prisão temporária seja imediatamente revogado, porque a custódia extrema carece dos requisitos previstos no art. 1.º da Lei n.º 7.960/1989 e, assim, não mais se sustenta nos motivos que naquele momento a ensejaram.*

7. *O transcurso de considerável lapso temporal sem que o mandado de prisão temporária tenha sido cumprido indica, por si só, que não estão mais presentes os requisitos da medida constritiva previstos na Lei n.º 7.960/89. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte.*

8. *Na espécie, tem-se ainda que, nas informações prestadas pelo Juízo Processante, nada se relacionou sobre a não conclusão do inquérito policial com a necessidade da prisão temporária.*

9. *Outrossim, o decreto construtivo foi expedido "com data de validade" (no caso, 05/07/2013), conforme informado oficialmente nos autos. Dessa forma, é inadmissível que, passados mais de 10 meses da expiração oficial do prazo consignado pelo Juízo Processante, o mandado prisional ainda aguarde cumprimento.*

10. *Inadequação da via eleita - errônea impetração de habeas corpus originário em detrimento do recurso ordinário constitucional (art.*

*105, inciso II, alínea a, da Constituição da República).*

*Configuração, porém, de constrangimento sanável de ofício.*

11. *Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus, contudo, concedida ex officio, para revogar o mandado de prisão temporária ainda não cumprido e determinar seu recolhimento, sem embargo de eventual decretação de adequada medida cautelar, caso necessária.*

(STJ, HC 280.999/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 17/06/2014)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO ESPECÍFICA QUANTO À IMPRESCINDIBILIDADE DA CUSTÓDIA PARA AS INVESTIGAÇÕES. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZATIVOS EXPRESSOS NA LEI N.º 7.960/89. ORDEM CONCEDIDA.

1. *A prisão temporária, diversamente da prisão preventiva, objetiva resguardar, tão somente, as investigações a serem realizadas no inquérito policial. No caso dos autos, não foram enunciados dados concretos acerca da necessidade da prisão temporária para a conclusão das investigações.*

2. *Com efeito, o decreto prisional não apresentou nenhuma motivação referente a eventuais obstáculos que o Paciente pudesse oferecer às investigações realizadas no inquérito policial, que justificassem a segregação temporária, nos termos do art. 1.º, incisos I e III, alínea "a", da Lei n.º 7.960/89.*

3. *Ordem concedida, para revogar a prisão temporária decretada em desfavor do Paciente, sem prejuízo de eventual decretação da prisão preventiva, desde que presentes os seus requisitos.*

(HC 151.121/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 08/09/2011)

PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS - PRISÃO TEMPORÁRIA - ART. 1º, INCISOS I, II E III, DA LEI 7.960/89 - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO CONCRETA DA NECESSIDADE DA PRIVAÇÃO AMBULATORIAL DO PACIENTE - PRECEDENTES - ORDEM CONCEDIDA, COM EXTENSÃO AOS DEMAIS INVESTIGADOS PRESOS, POR FORÇA DO MESMO DECRETO PRISIONAL - ART. 580 DO CPC.

*I - A prisão temporária, espécie do gênero prisão provisória, dirigida exclusivamente à tutela das investigações policiais, pressupõe a existência dos requisitos de toda custódia cautelar, quais sejam o fumus commissi delicti (inciso III) e o periculum libertatis (inciso I).*

*II - O art. 1º, inciso I, da Lei 7.960/89 dispõe que caberá prisão temporária quando for imprescindível para as investigações do inquérito policial, ou seja, deve haver a demonstração de que a devida apuração dos fatos é impossível, ou ao menos improvável, sem que haja a medida restritiva, a fim de assegurar a coleta da prova.*

*III - Na hipótese, a decisão impugnada não se desincumbiu de evidenciar de que forma a atuação de cada um dos investigados representados impediria a atividade policial, fundamentando-se em meras conjecturas, deixando-se de mencionar, na fundamentação da decisão que decretou a prisão temporária, sequer o nome de 13 (treze) dos 25 (vinte e cinco) investigados cuja custódia temporária, a final, foi decretada.*

*IV - "Para a decretação da prisão provisória, sob o argumento de imprescindibilidade para as investigações do inquérito, impõe-se a efetiva demonstração do periculum libertatis, mediante a exposição de motivos concretos, sendo insuficiente para tanto meras conjecturas. Recurso Ordinário provido, para revogar o decreto de prisão provisória contra o paciente, por ausência de fundamentação." (RHC 11992/RJ, Rel. Min. Edson Vidigal, 5ª Turma do STJ, unânime, DJU de 18/03/2002, p. 275). Em igual sentido: HC 36.388/MS, Rel. Min. Nilson Naves, 6ª Turma do STJ, unânime, DJU de 09/02/2005, p. 223; HC 2005.01.00.029802-4/MT, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, 3ª Turma do TRF/1ª Região, unânime, DJU de 29/07/2005, p. 31).*

*V - Existe direito à extensão, aos demais investigados, dos efeitos da decisão que revoga a prisão do paciente, se ocorre similitude objetiva de situações fático-jurídicas e a decisão não se funda em motivos de caráter exclusivamente pessoal (CPP, art. 580). Trata-se de dar igualdade de tratamento entre co-autores que se encontram na mesma situação processual (HC 2007.01.00.015220-6/PI, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, 3ª Turma, unânime, DJU de 01/06/2007, p. 22).*

*VI - Ordem concedida, para revogar a prisão temporária do paciente, com extensão aos demais 24 (vinte e quatro) investigados presos, por força do mesmo decreto prisional (Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônico 2009.38.14.000796-7), sem prejuízo de posterior decretação da medida ou da prisão preventiva, caso se mostrem necessárias.*

(HC 0031768-61.2009.4.01.0000 / MG, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.44 de 03/07/2009)

*No dizer do Min. Celso de Mello, "A prisão cautelar - qualquer que seja a modalidade que ostente no ordenamento positivo brasileiro (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de sentença de pronúncia ou prisão motivada por condenação penal recorrível) - não pode transmudar-se, mediante subversão dos fins que a autorizam, em meio de inconstitucional antecipação executória da própria sanção penal, pois tal instrumento de tutela cautelar penal somente se legitima, se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do "status libertatis" do indiciado ou do réu. Precedentes." (HC 88025, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 13/06/2006, DJ 16-02-2007 PP-00086 EMENT VOL-02264-02 PP-00289 RTJ VOL-00201-01 PP-00286).*

*São muitos os julgados no STF, de relatoria do seu Decano, Min. Celso de Mello que reafirmam a orientação do Supremo de que "a prisão cautelar - qualquer que seja a modalidade que ostente no ordenamento positivo brasileiro (prisão em flagrante,*

prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão motivada por condenação penal recorrível) somente se legitima, se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do "status libertatis" do indiciado ou do réu. Precedentes" (cito):

**E M E N T A:** "HABEAS CORPUS" - PROCESSO PENAL - PRISÃO CAUTELAR - EXCESSO DE PRAZO - INADMISSIBILIDADE - OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF, ART. 1º, III) - TRANSGRESSÃO À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, LIV) - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA - PEDIDO DEFERIDO. O EXCESSO DE PRAZO NÃO PODE SER TOLERADO, IMPONDO-SE, AO PODER JUDICIÁRIO, EM OBSÉQUIO AOS PRINCÍPIOS CONSAGRADOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, O IMEDIATO RELAXAMENTO DA PRISÃO CAUTELAR DO INDICIADO OU DO RÉU. - Nada pode justificar a permanência de uma pessoa na prisão, sem culpa formada, quando configurado excesso irrazoável no tempo de sua segregação cautelar (RTJ 137/287 - RTJ 157/633 - RTJ 180/262-264 - RTJ 187/933-934), considerada a excepcionalidade de que se reveste, em nosso sistema jurídico, a prisão meramente processual do indiciado ou do réu. - O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário - não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu - traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei. - A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência. - O indiciado e o réu, quando configurado excesso irrazoável na duração de sua prisão cautelar, não podem permanecer expostos a tal situação de evidente abusividade, sob pena de o instrumento processual da tutela cautelar penal transmutar-se, mediante subversão dos fins que o legitimam, em inaceitável (e inconstitucional) meio de antecipação executória da própria sanção penal. Precedentes. A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão decorrente de decisão de pronúncia, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. - A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes. A PRISÃO CAUTELAR NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - A prisão cautelar não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão decorrente de decisão de pronúncia - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO CAUTELAR DO PACIENTE. - Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão meramente processual. PRISÃO CAUTELAR E POSSIBILIDADE DE EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA. - A mera possibilidade de evasão do distrito da culpa - seja para evitar a configuração do estado de flagrância, seja, ainda, para questionar a legalidade e/ou a validade da própria decisão de custódia cautelar - não basta, só por si, para justificar a decretação ou a manutenção da medida excepcional de privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. - A prisão cautelar - qualquer que seja a modalidade que ostente no ordenamento positivo brasileiro (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão motivada por condenação penal recorrível) - somente se legitima, se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do "status libertatis" do indiciado ou do réu. Precedentes. (HC 95464, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-03 PP-00466 RTJ VOL-00209-01 PP-00323)

**E M E N T A:** "HABEAS CORPUS" - DECISÃO DE PRONÚNCIA - PRISÃO DECRETADA COM FUNDAMENTO NO CLAMOR PÚBLICO E NA SUPOSTA TENTATIVA DE EVASÃO - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, NA MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA - AFASTAMENTO, EM CARÁTER

EXCEPCIONAL, NO CASO CONCRETO, DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO DE OFÍCIO. A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão decorrente de decisão de pronúncia, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do réu. - A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes. O CLAMOR PÚBLICO NÃO BASTA PARA JUSTIFICAR A DECRETAÇÃO OU A MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. - O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação ou a manutenção da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. - O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do réu. Precedentes. PRISÃO CAUTELAR E POSSIBILIDADE DE EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA. - A mera possibilidade de evasão do distrito da culpa - seja para evitar a configuração do estado de flagrância, seja, ainda, para questionar a legalidade e/ou a validade da própria decisão de custódia cautelar - não basta, só por si, para justificar a decretação ou a manutenção da medida excepcional de privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. - A prisão cautelar - qualquer que seja a modalidade que ostente no ordenamento positivo brasileiro (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão motivada por condenação penal recorrível) - somente se legitima, se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do "status libertatis" do indiciado ou do réu. Precedentes. (HC 96483, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/03/2009, DJe-064 DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009 EMENT VOL-02355-04 PP-00737).

A doutrina não diverge desse entendimento. Observem-se os comentários do Professor Aury Lopes Jr.<sup>1</sup> (cito):

O *Periculum libertatis* acaba sendo distorcido na prisão temporária, para atender à imprescindibilidade para as investigações do inquérito. Daí por que não é a liberdade do imputado o gerador do perigo que se quer tutelar, senão que a investigação necessita da prisão ou, ainda, a liberdade é incompatível com o que necessita a investigação para esclarecer o fato.

Esse é, sem dúvida, o ponto mais problemático da prisão temporária. Não se pode admitir que uma prisão seja imprescindível para investigar um fato. A polícia deve ter informações e condições técnicas para realizar a investigação preliminar sem depender da prisão do suspeito.

É importante não esquecer que o suspeito também está protegido pela presunção de inocência e, principalmente, pelo *nemo tenetur se detegere*, ou seja, não está ele obrigado a praticar nenhum ato de prova que lhe possa prejudicar. Daí porque eventual recusa em submeter-se a reconhecimentos, acareações, reconstituições etc. deve ser respeitada, pois constitucionalmente garantida, jamais servindo de fundamento para a decretação da prisão temporária. Infelizmente, ainda existem juízes que decretam a prisão temporária porque o imputado "não está colaborando com as investigações"... Isso é um absurdo.

Assim, é ilegal a prisão temporária que, com fundamento na "imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial", pretende disponibilizar o corpo do suspeito para que dele disponha a autoridade policial (obrigando-o a participar de reconhecimentos, reconstituições etc.

Há que se abandonar o ranço inquisitório, em que o juiz (inquisidor) dispunha do corpo do herege, para dele extrair a verdade real... O suspeito (e o acusado) tem o direito de silêncio e de não participar de qualquer ato probatório, logo, está logicamente autorizado a não comparecer (e, obviamente, a "não colaborar com as investigações"...).

No caso, concomitantemente à prisão temporária do paciente, procedeu-se ao seu interrogatório, sendo que na ocasião o paciente se valeu do direito constitucional de permanecer em silêncio (fls. 154); à busca e apreensão na sede empresa Via Engenharia S.A. (fls. 155-159); e na residência do paciente (fls. 160-162) e ao bloqueio de bens.

O MPF, ao pugnar pela prorrogação da prisão temporária por mais 05 (cinco) dias, consignou em relação ao paciente que "[...] não se pode negligenciar seu elevadíssimo poder financeiro e também influência política e, por consequência, sua capacidade de interferir no resultado da investigação" (fls. 183).

Importante voltar ao que já foi anteriormente exposto e frisar que não há registros de que, desde a instauração do Inquérito Policial, em setembro de 2016, de que o paciente tentou impedir ou tumultuar os trabalhos realizados pela autoridade policial. Além disso, não está individualizado na decisão que deferiu o pedido de prorrogação da prisão temporária quais seriam as ações esperadas do paciente que pudessem atrapalhar as investigações em curso.

Mostra-se, ainda, por demais incongruente a justificativa apresentada pela autoridade coatora, no sentido de que a prorrogação da prisão se faz necessária também para se evitar "prejuízo na colheita da prova inclusive em relação a terceiros, que poderão ser alvos de novos pedidos", isso porque o paciente está encarcerado enquanto os supostos terceiros que poderão vir a

<sup>1</sup> In *Direito Processual Penal*, 14. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2017, pp. 677-678.

ser implicados na investigação criminal estão em liberdade. Mais uma vez a autoridade coatora não indicou qual seria o prejuízo da liberdade do paciente em face da investigação dirigida a terceiros que até poderão no futuro serem alvos de novos pedidos de prisão.

Ademais, também não restou esclarecido em que consistiria a influência do paciente, em razão de sua suposta posição política/financeira/operacional nesta fase da investigação criminal, quando já concretizadas as buscas e apreensões e os bloqueios de bens.

Igualmente, em relação ao fundamento genérico consistente no "fato de que se trata de pessoas que ocupam cargos e posições políticas e públicas de destaque no Distrito Federal em passado próximo e/ou possuem elevado poder político/financeiro/operacional", a autoridade coatora também não individualizou quais condutas o paciente, diante de seu suposto poder político/financeiro/operacional, poderia engendrar com o intuito de tentar frustrar a investigação criminal.

Importa frisar que o status político e/ou financeiro de um indivíduo, por si só, não pode ser visto como presunção de que ele poderá tentar contra os trabalhos da autoridade policial, necessitando-se, assim, de elementos minimamente concretos para se alcançar tal premissa, como já afirmou este Tribunal, "a excelente condição econômica do réu não pode servir de fundamento para o decreto da prisão preventiva. Para decretar-se a prisão temporária é necessário que se demonstre a sua imprescindibilidade para as investigações do suspeito" (HC 0032837-65.2008.4.01.0000 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.71 de 12/09/2008).

De toda sorte, tenha-se em mente que a eventual prorrogação do prazo de 05 dias depende de extrema e comprovada necessidade (conforme literalidade do art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90), o que não se vislumbra nas circunstâncias, à vista dos elementos cotejados aos autos.

Assim, ausentes os requisitos de concretude (adequação ao caso concreto) e de individualização das circunstâncias específicas em relação ao paciente Fernando Márcio Queiroz nos motivos que fundamentaram a decisão que prorrogou a prisão temporária, não se afigura razoável mantê-la, razão pela qual deve ser cassada.

- Agnelo Santos Queiroz Filho (HC nº 0005200-27.2017.4.01.0000/DF)

Em relação ao paciente Agnelo Santos Queiroz Filho, além de todos os motivos acima apresentados, que também se aplicam à sua específica situação jurídica, tendo em vista que os fundamentos das prisões foram lançados à generalidade, faço apenas a seguinte explicação distintiva como razão adicional para concessão da liminar pleiteada.

Considerando a urgência do pedido veiculado no presente Habeas Corpus, tal como ocorreu na análise do habeas corpus impetrado em favor de Maruska Lima de Souza Holanda (0005198-57.2017.4.01.0000), entendo necessária a imediata análise, por este Relator originário, da tutela de urgência aqui veiculada, sob pena de a tutela judicial da liberdade locomotora do paciente perder o seu objeto à espera das informações já requeridas à autoridade coatora, em sede de plantão.

Além disso, como se sabe, a análise pela autoridade judiciária no plantão (fls. 71-73) não dispensa, à luz do caráter rebus sic stantibus das medidas cautelares, a análise definitiva por este Relator originário, competente para o julgamento definitivo da causa.

De fato, segundo o STJ, na pena sempre e ilustre e serena do Min. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, "[...] a decisão que decreta a prisão cautelar é tomada rebus sic stantibus, pois está sempre sujeita a nova verificação de seu cabimento, quer para eventual revogação, quando cessada a causa ou o motivo que a justificou, quer para sua substituição por medida menos gravosa, na hipótese em que seja esta última suficientemente idônea (adequada) para alcançar o mesmo objetivo daquela". (HC 363.607/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/09/2016, DJe 04/10/2016)

Também nesse sentido, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte (cito):

HABEAS CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA. PRISÃO PREVENTIVA REVOGADA. NOVO DECRETO PRISIONAL COM BASE NA PRÁTICA DE OUTRO DELITO EM COMARCA LÍMITROFE. REITERAÇÃO CRIMINOSA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO PARA A DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA A FIM DE RESGUARDAR A ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CARÊNCIA DE PROVAS DA PARTICIPAÇÃO DO RÉU NO DELITO SUPERVENIENTE. REVOLVIMENTO DE PROVAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Hipótese em que o Julgador singular, após ter revogado a prisão preventiva do paciente, decretou novamente a sua segregação provisória, com base nos novos elementos de convicção trazidos aos autos, que demonstrariam a sua participação no delito de roubo praticado no dia seguinte a sua soltura, em comarca limítrofe, restando evidenciada a necessidade da custódia cautelar a fim de garantir a ordem pública.

2. A prisão preventiva, como espécie do gênero prisão provisória, deve ser analisada à luz da teoria da imprevisão e da cláusula rebus sic stantibus, ou seja, sua imposição ou período de duração estão condicionados a existência temporal de seus fundamentos.

3. Existindo sérios indícios da participação do réu em outro crime, durante o período em que esteve em liberdade, resta caracterizada motivação concreta para o decreto prisional, pois, nos termos da jurisprudência consolidada desta Corte, a reiteração de condutas ilícitas, o que denota ser a personalidade do paciente voltada para a prática delitiva, obsta a revogação da medida constritiva para acautelamento da ordem pública.

[...]

*7. Ordem denegada.*

(STJ, HC 75.505/RJ, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2007, DJ 22/10/2007, p. 326)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. OPERAÇÃO "SERMÃO AOS PEIXES". ORDEM ANTERIORMENTE CONCEDIDA PARA SUBSTITUIR A PRISÃO PREVENTIVA POR MEDIDAS CAUTELARES. RENOVAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. INEXISTÊNCIA DE NOVOS FUNDAMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O paciente teve sua prisão preventiva decretada quando da deflagração da "Operação Sermão aos Peixes" - cujo objetivo é o de investigar o desvio de verbas no âmbito da Secretaria de Saúde do Estado do Maranhão - e foi posto em liberdade em 19 de janeiro de 2016, conforme decisão proferida no habeas corpus nº 0066695-43.2015.4.01.0000/MA, que substituiu a custódia por medidas cautelares. 2. Após a concessão parcial da ordem no aludido habeas corpus, o juízo de origem proferiu decisão decretando, novamente, a custódia do paciente, sob o seguinte fundamento: "o grave evento criminoso noticiado nestes autos, praticado logo após a deflagração da Operação Sermão aos Peixes e, portanto, não envolvido na apreciação do E. Tribunal Regional Federal, justifica a decretação nova prisão preventiva, uma vez que o investigado demonstra claramente comportamento voltado para o crime, além de não existir dúvida que a medida é imprescindível para a conveniência da instrução criminal" (cf. fls. 32/33). Além disso, "a transferência da aeronave de propriedade de EMÍLIO BORGES REZENDE a um só tempo serviu para embarçar o cumprimento da determinação judicial de sequestro, bem como para ocultar a origem ilícita do valor utilizado na sua aquisição" (cf. fls. 33). 3. As prisões cautelares - preventiva e temporária -, bem assim a adoção de medidas assecuratórias diversas da prisão no processo penal regem-se pelo binômio necessidade/adequação e, ainda, pela cláusula rebus sic stantibus, de modo que a sua imposição e o período de sua duração estão condicionados à existência e à permanência de seus fundamentos, além da demonstração dos pressupostos e requisitos legais. 4. Em que pesem as razões trazidas pelo magistrado a quo na decisão de decreto da nova prisão preventiva do paciente, verifica-se que a fundamentação apresentada por esta Corte por ocasião do julgamento do HC nº 0066695-43.2015.4.01.0000/MA mantém-se prevalente, porque não houve qualquer fato novo - posterior à concessão da ordem no citado writ - que justificasse a renovação da custódia. 5. Ademais, não há elementos de convicção supervenientes que apontem que o paciente, em liberdade, tenha criado obstáculo ao regular desenvolvimento do processo, devendo, portanto, prevalecer a substituição da custódia preventiva por medidas cautelares, conforme reconhecido por este Tribunal no julgamento do HC nº 0066695-43.2015.4.01.0000/MA, notadamente em razão da natureza da infração que lhe foi imputada e da avaliação - já realizada - de que esse cenário não aponta na direção da ocorrência de risco à instrução criminal, nem à aplicação da lei penal. 6. Ordem concedida. Liminar confirmada. (HC 0015367-40.2016.4.01.0000 / MA, Rel. JUIZ FEDERAL HENRIQUE GOUVEIA DA CUNHA (CONV.), QUARTA TURMA, e-DJF1 de 19/12/2016)

PROCESSO PENAL. "HABEAS CORPUS". NOVO JÚRI. AUSÊNCIA DO RÉU. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. REVOGAÇÃO. INDEFERIMENTO. STJ. LIMINAR. SUSPENSÃO DO JULGAMENTO. DECISÃO "A QUO" PREJUDICADA. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. Hipótese de indeferimento de pedido de revogação de prisão preventiva decretada para garantir a aplicação da lei penal, em face do não comparecimento do paciente à sessão de julgamento popular (Júri). 2. Resulta prejudicada a decisão impugnada, apesar de relevante a sua fundamentação, em virtude da existência de decisão liminar do Superior Tribunal de Justiça suspendendo a realização do referido julgamento. 3. Ordem concedida para revogar o decreto prisional, ficando consignado que a prisão preventiva tem a característica rebus sic stantibus (CPP, art. 316). (HC 0031301-92.2003.4.01.0000 / AC, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, TURMA ESPECIAL DE FÉRIAS, DJ p.28 de 13/02/2004)

De qualquer sorte, a liberdade de locomoção do paciente, consistindo num dos mais importantes direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República, reclama e permite sempre a possibilidade de reanálise das condições da prisão imposta.

Ademais, também não restou esclarecido na decisão impugnada em que consistiria a influência do paciente, em razão de sua suposta posição política/financeira/operacional nesta fase da investigação criminal, quando já concretizadas as buscas e apreensões e os bloqueios de bens. Frise-se, ainda, que o paciente, no momento, não exerce cargo político eletivo ou qualquer outro cargo político, não estando demonstrando como efetivamente ele poderia atrapalhar o andamento das investigações.

Assim, o que não se pode admitir é a imposição de restrição à liberdade do paciente, amparada no vazio argumento de que ele, em razão de seu capital político, poderá vir a atrapalhar o andamento das investigações.

Portanto, considerados todos os fundamentos já deduzidos em relação ao paciente Fernando Márcio Queiroz, agora estendidos a Agnelo Santos Queiroz Filho, também não prospera a necessidade de prorrogação da prisão temporária, razão pela qual deve ser cassada.

- Nilson Martorelli (HC nº 0025467-20.2017.4.01.0000/DF)

Em relação ao paciente Nilson Martorelli, além de todos os motivos acima apresentados, que também se aplicam à sua específica situação jurídica, tendo em vista que os fundamentos das prisões foram lançados à generalidade, faço apenas a seguinte explicação distintiva como razão adicional para concessão da liminar pleiteada.

Cumprido registrar que sua impetração impugna a decisão que decretou a prisão temporária. Entretanto, posteriormente, a autoridade impetrada prorrogou o prazo da prisão temporária (conforme noticiam as informações prestadas - fls. 56-59, do HC n. 0025467-20.2017.4.01.0000/DF), o que levaria a perda do objeto do habeas corpus originário.

Contudo, o Código de Processo Penal, no artigo 654, § 2º, estabelece que “os Juízes e os Tribunais tem competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso do processo verificarem que alguém sofre ou esta na iminência de sofrer coação ilegal”.

Como se sabe, para a concessão da ordem de ofício, não se exige processo especial, já que a autoridade judiciária vale-se dos próprios elementos do processo que corre sob sua jurisdição e competência, exigindo-se apenas que a prova nele colhida seja suficiente para o convencimento e a certificação da existência de constrangimento ilegal ou ameaça real e iminente contra a liberdade ambulatoria do paciente.

No caso, ainda que a impetração tenha se dirigido contra a decisão que decretou a prisão temporária, considerando que a decisão posterior simplesmente prorrogou o prazo por mais 05 (cinco) dias, reconhece-se, de ofício, que o paciente Nilson Martorelli, está a sofrer coação ilegal ao seu direito de locomoção, deve o habeas corpus por ele impetrado ser conhecido para conceder a liminar pleiteada, pelas razões expostas em relação ao paciente Fernando Márcio Queiroz agora a ele estendida.

Nunca é demais lembrar que a decisão que decretou sua prisão temporária e a decisão que prorrogou a prisão são de mesma natureza, compartilhando à generalidade os mesmos fundamentos.

No dizer da sempre lúcida Ministra Assusete Magalhães, à época ainda Desembargadora em nosso Tribunal, em referência ao não menos ilustre Des. Tourinho Neto “[...] Existe direito à extensão, aos demais investigados, dos efeitos da decisão que revoga a prisão do paciente, se ocorre similitude objetiva de situações fático-jurídicas e a decisão não se funda em motivos de caráter exclusivamente pessoal (CPP, art. 580). Trata-se de dar igualdade de tratamento entre co-autores que se encontram na mesma situação processual (HC 0031768-61.2009.4.01.0000 / MG, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.44 de 03/07/2009).

Portanto, em relação a este paciente, Nilson Martorelli, não obstante não conheça, por ora, do habeas corpus originariamente impetrado, que parece ter perdido o objeto, com base no art. 654, § 2º do CPP, pelos motivos acima declinados em favor dos demais pacientes, de ofício, mostrando-se análogas as situações jurídicas aqui sob consideração, estendo-lhe o benefício da tutela de urgência agora deferida aos demais pacientes, para, então, cassar a eficácia da decisão judicial que prorrogou a sua prisão temporária.

*Dos demais custodiados*

Por fim, em relação aos demais custodiados, não obstante verificar que ambas as decisões (a que decretou a prisão preventiva e a que prorrogou o seu prazo) apresentaram os mesmos fundamentos genéricos em relação a todos os investigados, deixo de aplicar a regra do artigo 580 c/c 654, §2º, ambos do CPP, o que implicaria a extensão da presente decisão em seu favor, à consideração de que, não tendo sido impetrado o competente habeas corpus em seu favor, não se pode ter certeza, à ausência de elementos de prova mínima, que não existam fundamentos específicos para o seu encarceramento.

É verdade que tudo leva a crer que tanto as razões assim como a decisão do encarceramento sejam as mesmas, o que autorizará ao juízo de primeira instância, em seu elevado espírito público e senso de justiça, assim querendo, estender a liberdade ora conferida aos pacientes nos presentes autos aos demais investigados. Caso não o faça, aguardarei a eventual provocação dos interessados para, se for o caso, estender-lhes o benefício.

*Tudo considerado:*

1) defiro a liminar para cassar a decisão que prorrogou a prisão temporária do paciente Fernando Márcio Queiroz e, em razão disso, determinar a sua imediata soltura;

2) pelas razões acima apresentadas, revogo a decisão proferida em sede de plantão judiciário (fl. 71/3) e, em consequência, cassa a decisão que prorrogou a prisão temporária do paciente Agnelo Santos Queiroz Filho, também determinando a sua imediata liberdade;

3) em relação ao paciente Nilson Martorelli defiro, pelas razões acima elencadas, com base no art. 580 c/c 654 §2º, de ofício, a liminar de habeas corpus para determinar sua imediata soltura.

Comunique-se, com máxima urgência, ao juízo a quo esta decisão, para que expeça os competentes alvarás de soltura em favor dos pacientes, se por outro motivo não estiverem presos; bem como para que preste as informações necessárias, acaso ainda não apresentadas nos respectivos habeas corpus, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

Traslade-se cópia desta decisão para os autos dos habeas corpus nºs 0005200-27.2017.4.01.0000/DF e 0025467-20.2017.4.01.0000/DF.

*Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se.*

*Após, ao Ministério Público Federal, para pronunciamento.*

Ora, consoante jurisprudência pacífica, “[...] existe direito à extensão, aos demais investigados, dos efeitos da decisão que revoga a prisão do paciente, se ocorre similitude objetiva de situações fático-jurídicas e a decisão não se funda em motivos de caráter exclusivamente pessoal (CPP, art. 580). Trata-se de dar igualdade de tratamento entre

coautores que se encontram na mesma situação processual (HC 0031768-61.2009.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Assusete Magalhães, Terceira Turma, e-DJF1, p. 44, de 03/07/2009).

Em igual sentido:

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXTENSÃO DE BENEFÍCIO CONCEDIDO À CORRÉU. CPP, ARTIGO 580. REQUISITOS. AUSÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Segundo os termos do artigo 580 do Código de Processo Penal mostra-se possível a extensão de ordem de habeas corpus em favor de corréu desde que esteja na mesma situação fático processual e que as condições circunstanciais objetivas sejam idênticas. 2. Ausente a alegada similitude em relação aos corréus beneficiados com aplicação de medidas cautelares substitutivas de prisão preventiva, inaplicável a isonomia de tratamento requerida, eis que não preenchidos os requisitos da espécie. 3. Caso em que, não obstante os corréus tenham sido denunciados pelos mesmos crimes, diferencia-se a situação do paciente por ter participação mais relevante na organização criminosa, bem assim por responder por vários outros crimes perante Tribunais Estaduais e pela circunstância de ter ficado foragido por mais de quatro meses após a decretação da constrição cautelar, não tendo se apresentado espontaneamente para o cumprimento do decreto prisional conforme assertiva da autoridade impetrada.*

*(HC 0013204-87.2016.4.01.0000 / PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 de 15/07/2016)*

*Do caso concreto*

Nos casos agora submetidos à nossa apreciação, da mesma forma, a decretação da prisão temporária, em 16/05/2017, bem assim a sua prorrogação, em 26/05/2017, consoante os elementos de prova agregados às petições, assentaram-se inegavelmente, como demonstrado na decisão proferida em favor de Fernando Márcio Queiroz, em motivos de caráter genéricos, o que se afigura de todo inaceitável.

Com efeito, basta uma simples análise das decisões agora sob consideração, para verificar que os fundamentos que deveriam justificar a imprescindibilidade das prisões temporárias impostas aos requerentes foram deduzidos sempre de forma genérica, não se individualizando jamais a situação concreta que determinaria a custódia desse ou daquele investigado.

Portanto, parece indiscutível que os vícios verificados em ambas as decisões, consoante especificação por mim indicada na decisão proferida em favor de *Fernando Márcio Queiroz, Agnelo Santos Queiroz Filho e Nilson Matorelli*, aqui se repetem, especialmente no que tange à ausência de individualização e concretude na demonstração da imprescindibilidade do encarceramento temporário dos requerentes.

Evidenciado nos autos, portanto, pelos elementos trazidos pelos interessados, conforme sustentam os respectivos patronos, que os motivos que suportaram a decisão que decretou a sua prisão temporária, assim como a sua prorrogação, são incontestavelmente os mesmos que justificaram a prisão de Fernando Márcio Queiroz, Agnelo Santos Queiroz Filho e Nilson Matorelli, revelando em todos os casos, portanto, o mesmo censurável índice de generalidade que maculou e impossibilitou a demonstração concreta da imprescindibilidade da medida constritiva em relação a cada um dos segregados, não resta alternativa lógica que não seja a extensão da liberdade aos agora requerentes.

De fato, seja mais uma vez acentuado que a prisão temporária, na linha sempre previdente do Supremo Tribunal Federal, é medida cautelar de caráter pessoal e, precisamente por essa condição, exige fundamentação concreta e específica para cada indivíduo que seja atingido pela mais grave intervenção estatal — a prisão — na sua esfera jurídica. Atingindo liberdade fundamental de máxima grandeza, as prisões cautelares não se compadecem, no regime constitucional brasileiro, com justificativas de caráter genérico ou coletivo.

Isso considerado, defiro a extensão da tutela de urgência pretendida, para estender aos requerentes a liberdade anteriormente conferida a Fernando Márcio Queiroz, Agnelo Santos Queiroz Filho e Nilson Matorelli.

Entretanto, em relação ao requerente *Francisco Cláudio Monteiro* (fls. 224-225) resta prejudicado o pedido de extensão, uma vez que, tendo impetrado o *Habeas Corpus* 26498-75.2017.4.01.0000, teve o seu pedido de liminar deferido na data de hoje.

Isso considerado, com fundamento nos arts. 580 e 654, § 2º, ambos do CPP, estendo aos custodiados *Jorge Luiz Salomão, Sérgio Lúcio Silva de Andrade, Nelson Tadeu Filippelli, Afrânio Roberto de Souza Filho e José Roberto Arruda* a tutela de urgência anteriormente deferida em favor de Fernando Márcio Queiroz, Agnelo Santos Queiroz Filho

e Nilson Matorelli, para, em consequência, cassar a decisão que prorrogou a prisão temporária e determinar a sua imediata soltura.

Comunique-se, *com máxima urgência*, ao juízo *a quo* esta decisão, para que expeça os competentes alvarás de soltura em favor dos requerentes/pacientes, se por outro motivo não estiverem presos, bem como para que preste as informações necessárias, em relação aos requerentes/pacientes beneficiados por esta decisão, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

Traslade-se cópia desta decisão para os autos dos *Habeas Corpus* 0026789-75.2017.4.01.0000/DF, 0026863-32.2017.4.01.0000/DF, 0026862-47.2017.4.01.0000/DF, 00268-6684.2017.4.01.0000/DF e 00268-64.17.2017.4.01.0000/DF impetrados em favor, respectivamente, de Jorge Luiz Salomão, Sérgio Lúcio Silva de Andrade, Nelson Tadeu Filippelli, José Roberto Arruda e Afrânio Roberto de Souza Filho.

(*Habeas Corpus* 0025985-10.2017.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Néviton Guedes, *e-DJF1* de 08/06/2017, p. 608)

## Agravo de Instrumento 0028186-72.2017.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo Centro de Educação Superior de Brasília – Cesb, contra decisão proferida pelo Juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face do agravante e outras instituições de ensino superior, deferiu a liminar ali formulada no sentido de determinar que as instituições de ensino superior requeridas “*se abstenham de realizar cobranças a sues estudantes de quaisquer taxas pela emissão, em primeira via, de quaisquer documentos destinados a informar ou comprovar a situação acadêmica ou contratual dos alunos, e outros da mesma natureza*”. A decisão agravada restou assim redigida:

Cuida-se, na espécie, de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal - MPF contra Apogeu – Centro Integrado de Educação Superior Ltda. e OUTROS, em que se requer liminar para “obrigar as instituições de ensino superior requeridas a abster-se de realizar cobranças, a seus estudantes, de quaisquer taxas pela emissão, em primeira via, de quaisquer documentos destinados a informar ou comprovar a situação acadêmica ou contratual dos alunos [...]”.

Alega o Ministério Público que as ora rés praticam, de forma abusiva, a cobrança de taxas em desfavor de seu corpo discente que, além das mensalidades normais, precisam arcar com valores consideráveis para a obtenção de documentos acadêmicos de que necessitam ordinariamente.

Na seqüência afirma que a Lei nº 9.870/99 admite como única forma de remuneração para as IES particulares, as anuidades ou semestralidades. Sendo assim, as referidas taxas são ilegais.

É o relatório. Decido.

Em exame inicial, tenho por razoável a tese jurídica apresentada pelo MPF.

Pela análise sistemática dos dispositivos legais relacionados ao tema, verifica-se que a única hipótese de remuneração das instituições de ensino superior são as anuidades e semestralidades. Ademais, a regra que autorizava a cobrança de encargos foi abolida.

Nesse sentido é o entendimento do E. TRF 1ª Região:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ENSINO SUPERIOR. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. PRESENÇA DE INTERESSE PROCESSUAL. INSTITUIÇÕES DE ENSINO PRIVADAS. COBRANÇA DE TAXA DE EXPEDIÇÃO E REGISTRO DE DIPLOMA. ILEGALIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, o Ministério Público Federal está legitimado para ajuizar ação civil pública na defesa de interesses individuais homogêneos de relevante interesse social, como na espécie, em que se discute a legitimidade da cobrança de taxa para expedição e registro de diploma de conclusão de curso superior (STF, RE 459456 AgR/RJ, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe-207 DIVULG 19-10-2012 PUBLIC 22-10-2012; TRF/1ª Região, AC 2003.36.00.014193- 0/MT, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, 25/11/2013 e-DJF1 P. 104). 2. A União é parte legítima para figurar no polo passivo da ação, tendo em vista seu dever de supervisionar as instituições de ensino superior integrantes do seu sistema de ensino (CF, arts. 209, inciso I; 211, § 1º e Lei 9.394/96, art. 9º, inciso IX). Precedentes: TRF/1ª Região, AC 2003.36.00.014193-0/MT, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, 25/11/2013 e-DJF1 P. 104; TRF/3ª Região, EI 0003851-63.2007.4.03.6117, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, Segunda Seção, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 13/11/2015). 3. O interesse processual do Ministério Público Federal

decorre da tese jurídica defendida na inicial, consistente na alegação de que a União vem se omitindo do dever de fiscalizar as instituições de ensino superior quanto ao cumprimento da legislação que veda a cobrança de taxas pela expedição e registro de diplomas de conclusão de curso superior. Preliminares afastadas. 4. Os atos de expedição e registro de certificado de conclusão de curso de nível superior consubstanciam atos administrativos complexos decorrentes da conclusão do serviço prestado pela instituição de ensino superior, não podendo, por isso, ser cobrados, sendo consequência natural a que se obriga a IES por ocasião da finalização da atividade educacional por ela prestada (Resoluções/CFE nºs 01/83 e 03/89 e Portaria/MEC nº 40/2007, art. 32, § 4º). Precedente: AC 2008.42.00.000154-0/RR, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, 22/10/2010 e-DJF1 P. 202. 5. Mostra-se ilegítima a cobrança de taxa para a emissão e registro de diploma, até porque a expedição de tal documento constitui serviço ordinário e vinculado à atividade educativa cujos custos são cobertos pelas mensalidades pagas pelos estudantes. 6. O registro do diploma é decorrência lógica da prestação de serviços educacionais a que a instituição de ensino particular se comprometeu a realizar, mesmo por que a simples expedição do diploma, sem o devido registro perante universidade federal, não serve como prova da formação do estudante em curso superior, a teor do art. 48, § 1º, da Lei 9.394/96. 7. A responsabilidade da União ficou comprovada em razão de sua omissão no que diz respeito à fiscalização das IES, uma vez que estas realizavam a cobrança indevida de taxa de expedição e registro dos diplomas em desacordo com a legislação vigente acerca da matéria. Precedentes: TRF/3ª Região, AC 0014889-20.2007.4.03.6102, Rel. Desembargador Federal André Nabarrete, Quarta Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/09/2015; TRF/3ª Região, APELREEX 0006297-56.2008.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal Johansom Di Salvo, Sexta Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/05/2014). 8. A instituição de ensino superior apelante não tem interesse recursal ao se insurgir contra a alegada obrigação de restituir aos alunos os valores indevidamente cobrados, uma vez que a sentença expressamente negou esse pedido do Ministério Público Federal. 9. Apelações a que se nega provimento. (AC 0001554-52.2008.4.01.4000 / Pl, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES, QUINTA TURMA, e-DJF1 de 03/06/2016).

Ademais, a despeito dessa discussão, não vejo motivos para deixar de assegurar o pedido liminar, que tem, a rigor, o nítido conteúdo cautelar de apenas evitar mais dispêndios aos alunos das IES.

Diante do exposto, presentes os requisitos legais, DEFIRO o pedido liminar, nos termos em que postulado, para o fim de determinar que as instituições de ensino superior requeridas se abstenham de realizar cobranças, a seus estudantes, de quaisquer taxas pela emissão, em primeira via, de quaisquer documentos destinados a informar ou comprovar a situação acadêmica ou contratual dos alunos, e outros da mesma natureza, independentemente da denominação que se lhes dê. Determino ainda, que as requeridas estabeleçam valores módicos e proporcionais ao serviço prestado quando da cobrança de emissão de segunda via de quaisquer documentos estudantis.

Publique-se. Intimem-se. Citem-se..

\*\*\*

Em suas razões recursais, sustenta a agravante, em resumo, a ilegitimidade da pretensão deduzida pelo autor, na medida em que as taxas escolares cobradas estão previstas no contrato de prestação de serviços educacionais firmados entre os alunos e a instituição de ensino, a restrição legal de cobrança refere-se apenas ao histórico escolar e ao diploma, segundo a legislação que rege a matéria, e que *"a suspensão da cobrança da taxa isenção para a emissão dos documentos conforme deferido pela decisão agravada, tem caráter de irreversibilidade, haja vista os valores não poderem ser cobrados dos alunos em caso de improcedência da ação civil pública"*.

\*\*\*

Não obstante os argumentos deduzidos pela agravante em sua peça recursal, não vejo presentes, na espécie, os pressupostos do art. 1.019, I, do CPC, a autorizar a concessão da almejada antecipação da tutela recursal, na medida em que não conseguem infirmar as razões em que se amparou o juízo monocrático, que apreciou e deferiu, com sabedoria, o pedido cautelar formulado nos autos de origem, tendo em vista que a pretensão postulada pelo recorrido afina-se com entendimento jurisprudencial já firmado no âmbito deste egrégio Tribunal, no sentido de que é indevida a cobrança, por instituições de ensino superior, de qualquer taxa em virtude da emissão de documentos escolares. Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ENSINO SUPERIOR. COBRANÇA DE TAXAS REFERENTES A DIVERSOS SERVIÇOS EDUCACIONAIS ORDINÁRIOS. DESCABIMENTO. RETENÇÃO DE PERCENTUAL DA MATRÍCULA EM CASO DE DESISTÊNCIA. LIMITAÇÃO. PRELIMINAR REJEITADA. I - O Ministério Público Federal está legitimado para ajuizar ação civil pública na defesa de interesses individuais homogêneos do consumidor, de relevante interesse público-social, como no caso, que versa a respeito de supostas cobranças abusivas de taxas pela Instituição de Ensino Superior. II - Conforme entendimento jurisprudencial deste egrégio Tribunal, afigura-se ilegítima a cobrança, pela Instituição de Ensino Superior, de serviços educacionais ordinários, que, portanto, já estão inclusos no valor pago pelos alunos a título de mensalidade. III - Não obstante as Instituições de

Ensino Superior gozem de autonomia didático-científica e administrativa e de gestão financeira e patrimonial, não se mostra razoável a cobrança de aplicação de provas e trabalhos substitutos, nos casos de doença, aluna gestante, falecimento de pai, mãe, cônjuge ou filho, nem mesmo a retenção de quantia superior a 10% (dez por cento) do valor da matrícula quando haja desistência antes do início das aulas, o que certamente é o bastante para remunerar eventuais despesas administrativas. IV - Apelação desprovida. Sentença confirmada.

(AC 0011746-14.2012.4.01.3803 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 de 31/03/2016)

ENSINO SUPERIOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COBRANÇA PELA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA, DECLARAÇÕES E SERVIÇOS ORDINÁRIOS. INSTITUIÇÃO PRIVADA. DESCABIMENTO. 1. De acordo com as decisões proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal - RE 488056 e RE 608870, o Ministério Público Federal tem legitimidade para ajuizar ação civil pública em face de instituição privada de ensino, com objetivo de afastar cobrança pela expedição de diploma (primeira via) e por serviços ordinários. 2. A sentença absorveu a decisão em que deferida a tutela antecipada. Com isso, perdeu objeto o recurso de agravo de instrumento interposto contra o deferimento da tutela de urgência, posteriormente convertido em retido. V.g.: AGA 0012075-57.2010.4.01.0000/PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.989 de 26/02/2015. Agravo retido prejudicado. 3. Inexistindo prova ou indício de que a Administração tenha se recusado a disponibilizar documento (ou informação), não se justifica requisição judicial. Agravo retido não provido. 4. A pretensão ministerial de afastamento de cobrança pela expedição de diploma e de serviços ordinários no contrato de prestação de ensino tem suporte na Lei n. 9.394/96, com regulamentação dada pela Portaria Normativa n. 40/2007 e Resolução n. 03/89. Nesse sentido, por todos: "É ilegal a exigência de taxa para expedição de documentos escolares e registro de diploma de curso superior, tendo presente que o encargo está embutido nas anuidades escolares cobradas pelas Instituições de Ensino Superior privadas, consoante regra dos arts. 4º, § 1º, da Resolução n. 03/89 do Conselho Federal de Educação, hoje Conselho Nacional de Educação, e 6º da Lei 9.870/99" (REOMS 150547220094013800, DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 DATA:16/04/2013 PAGINA:168.) 5. A ré alega que a Resolução n. 03/89 teria perdido a "eficácia", "em face da revogação do Decreto-lei n. 532/69", objeto de regulamentação pela aludida resolução. Ainda, pois, que o regulamento não mais tenha vigência, é inegável que o tratamento dado à questão permanece aplicável. A inteligência da norma é pela ilegitimidade da cobrança de valor adicional ao da mensalidade, em pagamento de serviços que, diretamente relacionados com a prestação, já são, pois, devidamente remunerados pelo valor da mensalidade. Não se afigura de direito que no transporte de passageiros, por exemplo, o permissionário cobre pela passagem e, adicionalmente, pela expedição do bilhete, pela expedição de comprovante/recibo de bagagem, pelo acesso ao ônibus ou aeronave e assim por diante. 6. A cobrança, em moldes tais, é prática abusiva, condenada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90): "Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade". Nesse sentido, v.g.: REsp 1329607/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 02/09/2014. 7. Sobre a alegada impossibilidade de cumulação de pretensão indenizatória na ação civil pública, diz a Lei n. 7.347/85: "Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer". Além do mais, se a cobrança por serviços ordinários é indevida, trata-se, pois, de repetição de indébito, cuja vedação daria ensejo a (indevido) enriquecimento sem causa. 8. Apelação não provida.

(AC 0016755-37.2005.4.01.3500/GO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL EVALDO DE OLIVEIRA FERNANDES, filho (CONV.), QUINTA TURMA, e-DJF1 p.1029 de 14/04/2015)(grifei)

A todo modo, "há de se privilegiar o exercício do direito constitucional à educação (CF, art. 205) em detrimento dos interesses financeiros da instituição de ensino, que, apesar de ser uma entidade de natureza privada, presta serviço de caráter público [...]". (REOMS 0011125-26.2011.4.01.3100/AP, rel. Des. Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1, p. 380, de 29/08/2013)

Com essas considerações, *indefiro* o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial.

Comunique-se aos senhores diretores administrativos das instituições de ensino promovidas, para fins de ciência e cumprimento da decisão agravada, sob pena de multa pecuniária, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), para cada descumprimento, nos termos do art. 537, §§1º, incisos I e II, e 2º, do CPC vigente, sem prejuízo das sanções previstas no § 3º do art. 536 do CPC vigente.

(Agravo de Instrumento 0028186-72.2017.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente, julgado em 16/06/2017)

Prezado leitor, consulte os acórdãos na íntegra das respectivas ementas publicadas nesta edição em nosso endereço eletrônico [www.trf1.jus.br](http://www.trf1.jus.br), *link* jurisprudência/inteiro teor.

## Terceira Turma

*Penal e Processual Penal. Apelação criminal. Crime ambiental. Alterar o aspecto ou estrutura de local especialmente protegido por ato administrativo, em razão de seu valor histórico, paisagístico e cultural, sem autorização da autoridade competente. Sítio Histórico de Coroa Vermelha. Conduta típica. Dosimetria da pena. Multa.*

I. Construir estabelecimento comercial em local que integra o Sítio Histórico de Coroa Vermelha, tombado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Arqueológico Nacional – Iphan, sem autorização da autoridade competente, modificando o aspecto do lugar e causando degradação àquele conjunto paisagístico, configura a prática do tipo penal do art. 63 da Lei 9.605/1998.

II. Não há que se falar em atipicidade da conduta quando os agentes foram advertidos acerca da irregularidade da construção e, portanto, tiveram conhecimento de que suas condutas feriam o ordenamento jurídico.

III. A pena-base não merece ser reduzida quando, em que pese os motivos do crime afigurem-se normais à espécie, as demais circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis (art. 59 do CP) justificam sua manutenção no patamar fixado pela sentença.

IV. Para encontrar o valor da pena de multa é preciso avaliar, assim como na pena privativa de liberdade, as circunstâncias do art. 59 do CP, agravantes, atenuantes, causas de aumento e diminuição, bem como a situação econômica do réu.

V. Apelação não provida.

(Numeração única: 0000896-95.2007.4.01.3310, Apelação Criminal 2007.33.10.000901-4/BA, rel. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada), e-DJF1 de 19/05/2017, p. 2.220)

*Penal e Processual Penal. Apelação criminal. Crime ambiental. Exploração ilegal de minério. Art. 2º da Lei 8.176/1991. Usurpação de patrimônio da União. Art. 40 da Lei 9.605/1998. Dano a unidade de conservação. Parque Nacional da Serra da Canastra. Regularização fundiária. Desnecessidade. Unidade de proteção integral. Precedentes. Prescrição. Não configurada. Nulidade da sentença. Inexistência. Materialidade e autoria dolosa. Comprovadas. Erro de tipo. Não configurado. Dosimetria da pena. Concurso formal. Atenuante da confissão espontânea. Incidência. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Art. 44 do CP c/c art. 7º, parágrafo único, e art. 9º da Lei 9.605/1998. Provimento parcial do recurso do MPF e de um dos réus.*

I. Não cabe falar em prescrição da pretensão punitiva com base na pena em concreto, uma vez que houve recurso com o objetivo específico de majorar a pena fixada em primeiro grau. A aplicação do art. 110 do CP requer o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. Não transcorreram os lapsos prescricionais aplicáveis entre os marcos interruptivos. Preliminar rejeitada.

II. O juiz pode, justificadamente, indeferir as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, sem que haja qualquer afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, nos exatos termos do § 1º do art. 400 do CPP. Ademais, não está obrigado a realizar todas as provas destinadas a consubstanciar a tese defensiva do réu, inserindo-se a necessidade de realização de diligências no poder discricionário do julgador. Pedido de diligência indeferido de forma fundamentada.

III. Não é imprescindível rebater, um a um, todos os argumentos defensivos na sentença, desde que as razões sejam suficientes para refutá-los e embasar a decisão. Precedentes. A sentença condenatória fundamentou de forma adequada e suficiente a materialidade e a autoria, mediante valoração da prova produzida na seara administrativa

em cotejo com a produzida em contraditório judicial, atentamente aos ditames do art.155 do Código de Processo Penal.

IV. A atividade de extração mineral (areia), sem autorização dos órgãos competentes, implicou degradação ambiental e exploração predatória dos recursos naturais, ocasionando dano ao Parque Nacional da Serra da Canastra, afetando área de preservação permanente situada à margem do rio São Francisco e, ainda, caracterizando usurpação de patrimônio público da União. O conjunto probatório indica que os réus detinham potencial consciência da ilicitude de sua conduta, não havendo indícios de falsa representação da realidade que configure erro de tipo no caso.

V. Os parques nacionais são unidades sujeitas ao regime de proteção integral, categoria cuja própria denominação expressa o objetivo de preservação dos ecossistemas em sua integridade, sem interferências humanas, sendo admitido tão somente o uso indireto dos recursos naturais existentes no local.

VI. O Parque Nacional da Serra da Canastra, criado pelo Decreto 70.335/1972, com uma área total correspondente a 200.000 ha, sendo 72.000 ha já regularizados. A pendência da expropriação das propriedades privadas situadas na área remanescente não exime a responsabilidade dos proprietários de observarem as limitações impostas pela criação desta área de preservação. A regularização fundiária e a consolidação dominial da unidade de conservação não retira o caráter de proteção especial. Precedentes.

VII. A configuração do tipo penal do art. 40 da Lei 9.605/1998 independe da regularização fundiária (expropriação e indenização) da área de abrangência da unidade de conservação afetada pela conduta delitiva. Conduta dos réus implicou ofensa ao art. 40 da Lei 9.605/1998 e ao art. 2º da Lei 8.176/1991, em concurso formal de crimes.

VIII. A confissão, ainda que parcial, atenua a pena, desde que seja usada como fundamento para embasar a condenação, como foi o caso (Súmula 545/STJ). Aplicação da atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, d, do CP) ao réu Romilton Donizete da Silva.

IX. Presentes os requisitos do art. 44 do CP e do art. 7º da Lei 9.605/1998, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem especificadas pelo Juízo da Execução.

X. As penas restritivas de direito arbitradas em substituição à privativa de liberdade não atendem à necessidade de prevenção e reprovação do crime ambiental praticado. A imposição de “prestação pecuniária” e “multa” configura redundância, possuindo o mesmo efeito imediato e assemelhando-se a uma única sanção pecuniária. Alteração da pena substitutiva de prestação pecuniária pela de prestação de serviços à comunidade, a serem especificados pelo Juízo da Execução, observado o disposto no art. 9º da Lei 9.605/1988.

XI. Apelações do MPF e do réu Romilton Donizete da Silva parcialmente providas e do réu Osmar Francisco da Silva desprovida.

(Apelação Criminal 0001872-36.2011.4.01.3804/MG, rel. Des. Federal Ney Bello, unânime, e-DJF1 de 09/06/2017, p. 2.373)

## Quarta Turma

*Penal. Processual Penal. Recurso em sentido estrito. Rejeição da denúncia. Crime ambiental. Dificultar a ação fiscalizadora — Lei 9.605/1998, art. 69. Evasão dos acusados do local do desmatamento. Fiscalização ambiental desenvolvida regularmente. Atipicidade da conduta. Recurso desprovido.*

I. Recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão do Juízo da Vara Única da Subseção Judiciária de Altamira/PA que rejeitou denúncia oferecida contra os recorridos pela conduta descrita no art. 69 da Lei 9.605/1998, sob o fundamento de inexistência das circunstâncias elementares do crime.

II. A denúncia narra que os acusados teriam se evadido do local em que agentes do Ibama realizariam fiscalização ambiental — após detectaram desmatamento por imagens de satélite —, dificultando, assim, a ação do

Poder Público no exercício de suas atividades, especialmente na identificação do dano ambiental e dos responsáveis por ele.

III. A violação do art. 69 da Lei 9.605/1998 exige que a conduta do agente esteja voltada a dificultar a fiscalização, criando obstáculo à ação fiscalizadora em si. Não impedida a ação fiscalizadora pela evasão dos denunciados do local do desmatamento, tem-se por atípica a conduta. Precedentes desta Corte.

IV. Mantém-se a rejeição denúncia por ausência de justa causa para a propositura da ação penal.

V. Recurso em sentido estrito desprovido.

(Recurso em Sentido Estrito 0035996-48.2011.4.01.3900/PA, rel. Des. Federal Néviton Guedes, unânime, e-DJF1 de 31/05/2017, p. 1.225)

## Quinta Turma

*Constitucional, Administrativo, Ambiental e Processual Civil. Ação civil pública. Instalação de terminal portuário às margens do Rio Amazonas, no Município de Santarém/PA. Área de influência direta em comunidades quilombolas e demais populações tradicionais. Licenciamento ambiental. Ausência de consulta prévia (Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho). Tutela inibitória. Cabimento.*

I. A instalação de terminal portuário encravado no seio da Amazônia Legal, com reflexos diretos não só nos ecossistemas ali existentes, mas, também, em comunidades quilombolas e demais populares tradicionais ribeirinhas, demonstra a natureza de repercussão geral da controvérsia instaurada neste feito judicial, que, por sua natureza ontológica, é de caráter difuso-ambiental, a sobrepor-se a qualquer outro interesse de cunho político ou econômico, como no caso, ante o fenômeno da transcendência das questões discutidas no processo judicial, porque diretamente vinculadas à tradicional teoria da gravidade institucional, na visão da Corte Suprema da Argentina, já recepcionada pela doutrina, pela legislação processual (CPC/1973, arts. 543-A, § 1º, e 543-C, *caput*) e pela jurisprudência dos tribunais do Brasil, na compreensão racional de que tais questões excedem ao mero interesse individual das partes e afetam de modo direto o da comunidade em geral, a desatrelar-se dos marcos regulatórios da congruência processual, na espécie.

II. A Convenção Internacional 169/OIT, que dispõe sobre os povos indígenas e tribais, aprovada pelo Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004, assim estabelece: "Artigo. 3º 1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos. 2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente convenção; Artigo 4º 1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados. 2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados; Art. 6º Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim; Artigo 7º 1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas

de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. 2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria. 4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam. Artigo 13 1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação; Artigo 14 1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes; Artigo 15 1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados. 2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades”.

III. Na hipótese dos autos, em se tratando de instalação de terminal portuário às margens do Rio Amazonas, no Município de Santarém/PA, cujo licenciamento, além de não ter sido submetido ao crivo do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, na condição de órgão executor da política nacional do meio ambiente, também não fora precedido de regular consulta prévia aos povos remanescentes das comunidades quilombolas e às demais populações tradicionais de ribeirinhos, diretamente afetadas, caracteriza, em princípio, a manifesta irregularidade do empreendimento, a autorizar a suspensão do aludido licenciamento, de forma a evitar danos irreversíveis ou de difícil ou incerta reparação, como no caso.

IV. Agravo de instrumento desprovido. Decisão mantida.

(Agravo de Instrumento 0027843-13.2016.4.01.0000/PA, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, publicado em 24/05/2017, p. 850)

*Constitucional. Administrativo, Ambiental e Processual Civil. Ação civil pública. Exploração irregular de madeira em terras indígenas. Coibição das atividades irregulares. Necessidade de implementação de ação conjunta da Funai, do Ibama e da Polícia Federal. Implantação de posto permanente de fiscalização. Omissão do Poder Público. Intervenção do Poder Judiciário. Possibilidade. Violação ao princípio da separação dos Poderes. Não ocorrência.*

I. A orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito de nossos tribunais, inclusive nos colendos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de que, embora não competindo, em princípio, ao Poder Judiciário imiscuir-se no mérito administrativo, limitando-se a sua atuação, em casos assim, ao exame dos aspectos da legalidade e da moralidade do ato administrativo, cabendo à Administração Pública decidir sobre os critérios de conveniência e oportunidade, constatada a inércia do Poder Público, com riscos iminentes de danos irreversíveis, notadamente em se tratando de interesses difusos e coletivos, como na hipótese em comento, afigura-se legítima a intervenção jurisdicional, para suprir a referida omissão, sem que isso represente violação ao princípio da separação dos Poderes.

II. Na ótica vigilante da Suprema Corte, “a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se

tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a *'defesa do meio ambiente'* (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral [...] O *princípio do desenvolvimento sustentável*, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: *o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações*" (ADI-MC 3540/DF – rel. Min. Celso de Mello – DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a *Carta Ambiental da França* (02/03/2005), estabelecendo que "o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, *o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos*, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, *a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável.*

III. A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, *o princípio da precaução* (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a consequente *prevenção* (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada). No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca salvaguardar a proteção da posse e do uso de terras indígenas, a quem o Texto Constitucional confere especial garantia (CF, art. 231 e §§).

IV. Na hipótese dos autos, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio+20), afigurando-se adequada a tutela jurisprudencial pretendida — designação de uma equipe formada por servidores do Ibama, da Funai e da Polícia Federal, para proceder à paralisação das atividades de extração de madeira e de minérios, no interior da Terra Indígena Bacurizinho, bem assim apreender equipamentos e o produto florestal ilegal, e implantação de posto permanente de fiscalização, no prazo estipulado na sentença monocrática, e, desde a sua ciência, para o cumprimento dessas obrigações específicas.

V. Apelações e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada.

(Apelação/Reexame Necessário 0046682-54.2010.4.01.3700/MA, rel. Des. Federal Souza Prudente, publicado em 23/05/2017, p. 1.154)

*Processual Civil. Agravo de instrumento. Indenização. Concessão de serviço público. Usina hidrelétrica. Prejuízos decorrentes do objeto do contrato. Responsabilidade subsidiária do Poder concedente.*

I. Na espécie dos autos, não resta a menor dúvida quanto à legitimidade passiva *ad causam* do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis — Ibama, tendo em vista que a ampla proteção

constitucional conferida ao meio ambiente impede o Poder Público de desobrigar-se da responsabilidade pelos danos decorrentes de concessão de serviço público (exploração de recursos hídricos), notadamente em razão da função fiscalizadora — inclusive, da própria execução do contrato — desempenhada pelo referido instituto, bem como em virtude de a demanda se fundar em possíveis vícios existentes no Estudo de Impacto Ambiental.

II. Ainda que o art. 25 da Lei 8.987/1995 impute à concessionária a responsabilidade por todos os prejuízos causados ao Poder concedente, aos usuários ou a terceiros, remanesce a responsabilidade solidária e de execução subsidiária do ente público, o que significa que “o Estado integra o título executivo sob a condição de, como devedor-reserva, só ser convocado a quitar a dívida se o degradador original, direto ou material (= devedor principal) não o fizer, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil)” (REsp 1071741/SP, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24/03/2009, DJe 16/12/2010). Aplica-se o mesmo raciocínio em relação à União Federal, à Agência Nacional de Águas – ANA e à Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, uma vez que participaram do processo de concessão da exploração do serviço público, que teria dado causa aos danos alegados pelo promovente.

III – Agravo de instrumento provido para reconhecer a legitimidade passiva *ad causam* do Ibama, da ANA, da Aneel e da União Federal, assim como para firmar a competência da Justiça Federal para a apreciação e julgamento da causa.

(Agravo de Instrumento 0006373-23.2016.4.01.0000/RO, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, publicado em 24/05/2017, p. 849)

*Direito Administrativo e Ambiental. Ação anulatória. Infração ambiental. Caça de animal silvestre. Arma de fogo. Caçador. Apreensão. Cabimento. Ato administrativo. Validade.*

I. Constatada a infração administrativo-ambiental referente à caça de animal silvestre (*porco do mato*), que se concretizou com a utilização de arma de fogo de caçador, afigura-se escorreita a apreensão empreendida pela fiscalização ambiental (*ex vi* dos arts. 25, *caput*, e 72, IV, *c/c* o art. 70, *caput*, todos da Lei 9.605/1998, regulamentados pelos arts. 3º, IV, e 47, § 1º, do Decreto 6.514/2008), tendo-se em vista os princípios da precaução e da prevenção, do poluidor-pagador, da responsabilidade social e do desenvolvimento sustentável.

II. Não se afigura razoável, na espécie, que a Administração ambiental promova a adequada aplicação da lei, na força determinante do comando constitucional da norma-matriz do art. 225, *caput*, do Texto Magno, com a apreensão dos instrumentos das infrações e os agentes do Poder Judiciário, em excepcional exercício hermenêutico, venha a desmerecê-la no cumprimento da legislação pertinente, em clara e perversa sinalização aos agentes infratores para a continuidade da degradação ambiental.

III. Na ótica vigilante da Suprema Corte, “a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral [...] O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações” (ADI-MC 3540/DF – rel. Min. Celso de Mello – DJU de 03/02/2006).

IV. Na hipótese em exame, contudo, o ilícito noticiado, que já se operou, e o conseqüente dano ambiental, que já se materializou, não afastam as medidas de cautelas necessárias, a fim de evitar-se o agravamento desse dano

ambiental, sem descurar-se das medidas de total remoção do ilícito ambiental, na espécie, bem assim, da tutela de precaução, para inibir outras práticas agressoras do meio ambiente, naquela área afetada.

V. Apelação e remessa oficial providas. Sentença parcialmente reformada.

(Numeração única: 0006806-45.2007.4.01.3200, Apelação/Reexame Necessário 2007.32.00.006899-0/AM, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 08/05/2017, p. 396)

*Administrativo. Mandado de segurança. Área de proteção permanente. Fornecimento de energia elétrica. Ausência de regular licença ou autorização do órgão ambiental competente. Violação aos atos normativos de regência.*

I. Nos termos do § 2º do art. 4º da Lei 4.771/1965 (Código Florestal vigente na época), a ocupação de área de preservação permanente “dependerá de autorização do órgão ambiental competente, desde que o município possua conselho de meio ambiente com caráter deliberativo e plano diretor, mediante anuência prévia do órgão ambiental estadual competente fundamentada em parecer técnico”. Por sua vez, dispunha o art. 3º, inciso II, alínea d, da Resolução Aneel 456/2000 (então vigente) que, em casos assim, o fornecimento de energia elétrica haverá de ser precedida de “apresentação de licença emitida por órgão responsável pela preservação do meio ambiente, quando a unidade consumidora localizar-se em área de proteção ambiental”.

II. Na hipótese dos autos, não dispondo a impetrante de regular licença ou autorização do órgão ambiental competente para edificação de imóvel em área de preservação permanente, afigura-se legítimo o ato impugnado, consistente na negativa de fornecimento de energia elétrica.

III. Provisamento da remessa oficial e da apelação. Sentença reformada. Segurança denegada.

(Numeração única: 0007623-51.2009.4.01.3811, Apelação/Reexame Necessário 2009.38.11.004574-2/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, julgado em 14/06/2017)

*Constitucional, Administrativo, Ambiental e Processual Civil. Extração de recursos minerais. Ausência de competente concessão de lavra. Ilegalidade. Dano ambiental. Indenização. Cabimento. Critérios de fixação do quantum devido. Bem da União (CF, art. 20, IX). Competência da Justiça Federal.*

I. Em se tratando de demanda em que se busca a reparação de dano ambiental decorrente de exploração irregular de atividade mineral em bem da União (CF, art. 20, inciso IX), como no caso, afigura-se manifesta, na espécie, não apenas a legitimidade ativa do Ministério Público Federal para a defesa do interesse difuso e coletivo daí resultante, mas, também, a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, mormente em face da presença da União Federal na relação processual, na condição de assistente litisconsorcial, atraindo, assim, a aplicação da norma do art. 109, I, da Constituição Federal. Rejeição da preliminar de incompetência da Justiça Federal.

II. Nos termos do art. 20, IX, da Constituição Federal, os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União, dependendo a sua pesquisa e lavra de competente autorização ou concessão (CF, art. 176, § 1º, e Decreto-Lei 227/1967, art. 7º).

III. Na hipótese dos autos, caracterizada a exploração ilegal do minério filito, eis que realizada sem a indispensável autorização do órgão competente, resta configurada a ocorrência de dano material, do que resulta o dever de indenizar, devendo o *quantum* indenizatório correspondente ao montante do dano causado, conforme laudo técnico elaborado, na época dos fatos, pelo Departamento Nacional da Produção Mineral – DNPM, no valor de R\$ 38.000,00 (trinta e oito mil reais), acrescido de juros e correção monetária, nos termos fixados no julgado recorrido.

IV. Apelação parcialmente provida. Sentença reformada, em parte, tão somente, para reduzir o valor da indenização arbitrada, a título de danos materiais.

(Numeração única: 0000903-94.2010.4.01.3306, Apelação Cível 2010.33.06.000162-4/BA, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 16/06/2017, p. 589)

## Decisões Monocráticas

RE e REsp - Pedido de efeito suspensivo  
Apelação Cível 0001318-73.2012.4.01.3802/MG

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

Cuida-se de requerimento formulado por Usina Frutal Açúcar e Alcool S/A e Renata Henriques Heitor objetivando a concessão de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário interpostos contra acórdão da 6ª Turma deste Tribunal, nos autos da Apelação 0001318-73.2012.4.01.3802/MG, ementado nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. APP. RESERVATÓRIO ARTIFICIAL. RIO GRANDE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. OBRIGAÇÕES AMBIENTAIS. DEVER DE PREVENÇÃO E REPARAÇÃO DE DANOS AMBIENTAIS. NATUREZA PROPTER REM. LEGITIMIDADE DAS PARTES. LEI 4.771/1965. CÓDIGO FLORESTAL. COMPETÊNCIA UNIÃO MEDIANTE Conama FIXAR LIMITAÇÕES. RESOLUÇÃO 302/2002, Conama. VALIDADE. DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS NA CONSTITUIÇÃO. COMPETÊNCIA ESTADUAL SUPLEMENTAR. LEI DO ESTADO DE MINAS GERAIS 18.023/2009. ALTERAÇÃO DOS LIMITES PARA DEFINIÇÃO DE APP. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 12.651/2012. NOVO CÓDIGO FLORESTAL. IRRETROATIVIDADE. PROIBIÇÃO DA REGRESSIVIDADE SOCIOAMBIENTAL EM DEFESA DO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE NA EPOCA DE CONSTATAÇÃO DO DANO AMBIENTAL. PRECEDENTES. CULPA OBJETIVA E SOLIDÁRIA. ACUMULAÇÃO DE TUTELAS DE FAZER, NÃO FAZER E INDENIZAR. POSSIBILIDADE. AVERBAÇÃO DE REGISTRO DA LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA NA PROPRIEDADE. REGULARIZAÇÃO DA AREA DEGRADADA. AGRAVO RETIDO E PRELIMINARES AFASTADAS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS. 1. O reservatório da Usina Hidrelétrica (UHE) de Marimondo, localizada na divisa dos Estados de Minas Gerais e São Paulo, é formado pelo rio Grande, que por banhar mais de um estado da Federação, é classificado bem da União, consoante disposto no art. 20, III, da Constituição, o que indica o interesse do ente federal na demanda em curso e ressaí a legitimidade para agir do Ministério Público Federal, ambas circunstâncias a atrair a competência desse juízo para julgamento do feito. Preliminar de incompetência da Justiça Federal afastada. 2. No caso dos autos, a apelante proprietária do imóvel onde se localiza o referido reservatório, na Fazenda Renascer, em Frutal/MG, celebrou com a outra apelante contrato de arrendamento para fins de exploração de lavoura de cana-de-açúcar. Sendo as obrigações ambientais vinculadas à própria coisa - natureza propter rem-, é certo que quem adquire a res, em tese, também se torna responsável por preservar e recompor o meio ambiente, logo assumindo todas as obrigações decorrentes desse dever de prevenção e reparação de danos ambientais. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. 3. A questão fática propriamente diz respeito à caracterização do dano ambiental - consistente na supressão de vegetação, sem a autorização dos órgãos ambientais competentes, para o plantio de cana-de-açúcar, bem como no impedimento da regeneração natural em razão da criação e pastagem de bovinos na respectiva área - na faixa integrante de 100 (cem) metros contados a partir do nível máximo normal do reservatório da UHE de Marimondo, na localidade da Fazenda Renascer, à beira do Rio Grande, extensão tida por preservação permanente, pela legislação vigente à época da fiscalização, notadamente o Código Florestal então vigente - Lei 4.771/1965-, regulamentado pela Resolução 302/2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente - Conama. 4. A matéria perpassa previamente pela constatação da existência de APP na referida área, exame que implica na aplicação e interpretação das normas vigentes à época de verificação do dano ambiental causado e das seguintes porventura incidíveis. 5. No artigo 24 da Constituição, é conferida à União, aos Estados e ao Distrito Federal a competência para legislar, de forma concorrente, sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição. Ao inexistir lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. Acaso sobrevenha lei federal sobre normas gerais, suspende-se a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário. As normas estaduais, portanto, jamais poderão transgredir preceito disposto em norma federal já existente. E a melhor interpretação acrescenta que em face da existência de outros atos normativos federais, regulamentando de forma geral aquelas matérias, não poderá também, o Estado, dispor de forma contrária. 6. Ao dispor sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, o Congresso Nacional, por meio da Lei 6.938/1981 - com a redação dada pela Lei 8.028/90 -, deferiu competência ao Conama para deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida (art. 6º, II). O referido dispositivo, aliás, dispõe ainda que os Estados elaborarão normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente, observados os que foram estabelecidos pelo Conama (art. 6º, §1º). Desse modo, a competência estadual fica vinculada e limitada às disposições das normas federais, inclusive as resoluções do Conama, que são atos administrativos editados com base em lei. 7. "III - O Conama está legalmente autorizado para editar normas de proteção das reservas ecológicas, entendidas como as áreas de preservação permanente, APP, existentes às margens dos lagos formados por hidroelétricas - precedentes do colendo STJ. IV - Legalidade da Resolução Conama 302/2002." (AG 0000057-67.2011.4.01.0000 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.95 de

25/07/2011). Aplicação imediata da Resolução Conama 302/2002 aos fatos a ela posteriores. Súmula 57 deste TRF1. 8. Na época dos fatos, a regulamentação do artigo 2º do então vigente Código Florestal - Lei 4.771/1965- era feita pela Resolução Conama 302/2002, que seguiu os parâmetros da anterior Resolução 4/1985, estabelecendo a faixa de 100 (cem) metros de largura como APP, tendo sido acompanhada pela Lei 14.309/2002 do Estado de Minas Gerais. Posteriormente, entretanto, foi editada, no âmbito desse Estado, a lei estadual 18.023/2009 que, em nova disciplina ao tema, reduziu a faixa de preservação para 30 (trinta) metros, também quanto as áreas rurais localizadas no entorno de reservatórios artificiais. A referida legislação estadual - Lei 18.023/2009-, portanto, extrapolou a competência suplementar constitucionalmente destinadas aos Estados membros, eis que ao fixar - de forma genérica e sem critérios- os limites de APP, reduziu sensivelmente as balizas estabelecidas pelo ato normativo federal regente e restringiu sobremaneira a proteção ambiental a que o Poder Público competente se propôs validamente a conceder. 9. No âmbito nacional, por sua vez, o novo Código Florestal - Lei 12.651/2012 - implementou consideráveis modificações na disciplina da matéria ambiental, e muitas delas instituídas de maneira menos protetiva ao meio ambiente, ao se levar em consideração a legislação anterior. É o que ocorre no presente caso, tendo a novel lei disciplinado de maneira diversa os parâmetros para constituição de APP, ao que entenderam as partes pela sua aplicação imediata. Entretanto, os precedentes jurisprudenciais são assentes na adoção da irretroatividade da lei mais benéfica, impondo-se, ao presente caso, a legislação em vigor na época da constatação do dano ambiental. 10. A par do entendimento acima explicitado, o art. 62, do novo Código Florestal recebeu interpretação para aplicação mitigada por esta Corte, nos casos em que verificadas as circunstâncias presentes no referido dispositivo, apenas com o fim de evitar demolições nos reservatórios artificiais de água, e impedir novas edificações, nos termos do Enunciado da Súmula 56 deste TRF1. 11. "IV - Na inteligência jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça, o princípio da proibição do retrocesso ecológico, em defesa do meio ambiente equilibrado autoriza o entendimento de que "o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da 'incumbência' do Estado de garantir a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I). (AgRg no AREsp 327.687/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013)." (AC 0002316-35.2012.4.01.3804 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.506 de 22/09/2015) 12. Pertinente a culpa das apalantes envolvidas, a reparação do dano ambiental se faz em bases objetivas e de maneira solidária, sem a exigência de prova e independentemente de eventual sanção penal e administrativa cabível na espécie. O artigo 4º da Lei 6.938/1981 estabelece que a Política Nacional do Meio Ambiente visará, entre outras medidas: "VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos." Já no art. 14, § 1º, da referida lei, há o reconhecimento da responsabilidade objetiva do poluidor: "Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade [...]". 13. Quanto à acumulação das tutelas pretendidas, "A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que, nas demandas ambientais, por força dos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum, admite-se a condenação, simultânea e cumulativa, em obrigação de fazer, não fazer e indenizar. Assim, na interpretação do art. 3º da Lei 7.347/1985, a conjunção "ou" opera com valor aditivo, não introduz alternativa excludente. Precedentes da Primeira e Segunda Turmas do STJ." (REsp 1145083/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 04/09/2012). 14. Na hipótese, não obstante a possibilidade da condenação em indenização pelos danos ambientais provocados, assim como pelo enriquecimento ilícito auferido pelos envolvidos na utilização indevida da APP, restou ausente nos autos demonstração inequívoca a amparar as pretendidas reparações. O laudo de vistoria apresentado pelo Instituto Estadual de Florestas - IEF- é suficiente a constatar a intervenção em APP, daí logo dizer na produção do dano ambiental, contudo se mostra incapaz de estimar a extensão do dano efetivamente provocado - a fim de imputar-lhe uma valoração concreta-, muito menos a possibilitar quantificar o enriquecimento produzido no patrimônio dos envolvidos. Por outro lado, subsistem as obrigações mitigatórias e compensatórias derivadas do dever de reparação do dano causado, em atendimento inclusive ao que foi consignado naquele laudo pelo expert responsável. 15. A averbação ao registro na matrícula do imóvel, consoante disposições do art. 22, §§ 1º, 7º e 8º, da Lei 4.947/1966, alterada pela Lei 10.267/2001, somente se fará obrigatória após regularização da utilização da área degradada perante os órgãos ambientais competentes e com o reconhecimento atual da restrição ambiental existente naquela propriedade. 16. Recursos conhecidos. Agravo retido desprovido e preliminares afastadas. Apelações das partes providas em parte.

(AC 0001318-73.2012.4.01.3802 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, SEXTA TURMA, e-DJF1 de 06/03/2017)

Esclarecem as requerentes que, nos autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, foram condenadas, em segunda instância,

(i) à obrigação de cercar e recuperar a faixa de 100 (cem) metros contados a partir do nível máximo normal de operação do reservatório da Hidrelétrica de Marimondo, entendida pelo E. Desembargador Relator como área de preservação permanente ('APP'), de acordo com Plano de Recuperação Ambiental ('PRAD') previamente aprovado pelo órgão ambiental, que deverá ser

*apresentado em juízo em até 60 (sessenta) dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a ser revertida ao Fundo Nacional do Meio Ambiente, nos termos da Lei n. 9.605/1998 (art. 76); e (ii) à obrigação de se abster em realizar novas intervenções na referida área sem a prévia autorização do órgão ambiental, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), demais multas administrativas e respectiva demolição sumária.*

Aduzem também que, em sede de apelação, apontaram o fato de que a sentença recorrida aplicara lei estadual não mais em vigor (Lei 14.309/2009, revogada pela Lei 10.023/2009), partindo de equivocada premissa no sentido de que a propriedade denominada “Fazenda Renascer” constitui-se em área de preservação permanente – APP, o que não se encontra em harmonia com a disciplina do art. 62 do novo Código Florestal (Lei 12.651/2012). Entendem, por fim, que o acórdão deste Tribunal laborou em equívoco ao aplicar ao caso concreto os parâmetros do Código Florestal revogado (Lei 4.771/1965) e Resolução Conama 302/2002.

Alegam a necessidade de concessão de efeito suspensivo aos recursos excepcionais em vista do exíguo prazo concedido para o cumprimento de obrigação de fazer — 60 (sessenta) dias —, obrigação cujo cumprimento, aliás, depende de prévia aprovação do órgão ambiental competente.

Decido.

Em regra, os recursos excepcionais, dada exatamente sua natureza especialíssima, devem ser recebidos apenas no efeito devolutivo. No entanto, para afastar periclitamento de direito ou ameaça de lesão grave de difícil reparação, é cabível a concessão de efeito suspensivo a partir de requerimento formulado nos termos do § 5º do art. 1.029 do NCPC.

Em tais casos, a fim de se evitar a *vacatio jurisdictionis* — em que pode ocorrer situação que imponha provimento jurisdicional a fim de que o direito não pereça ou, ainda, que da demora no seu julgamento advenha lesão grave ou de difícil reparação —, admite-se que o presidente do Tribunal (ou vice-presidente) conceda efeito suspensivo a recurso especial e extraordinário, enquanto pendente o juízo de admissibilidade, nos termos do inciso III do art. 1.029, § 5º, do estatuto processual.

Nessas situações, a atribuição de efeito suspensivo aos apelos extremos não possui natureza jurídica de tutela cautelar autônoma, exaurindo-se com a prolação da decisão (AC-QO 83, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 14/10/2003, publicado em 21/11/2003, Segunda Turma; AC 1974, rel. Min. Cármen Lúcia, publicado em DJe-093, divulg. 16/05/2013, public. 17/05/2013). Essa diretriz jurisprudencial foi reforçada na nova sistemática processual, que alude a simples requerimento como veículo legítimo para a postulação.

A possibilidade de emprestar a tais recursos o efeito suspensivo, no entanto, fica condicionada ao preenchimento dos requisitos previstos no art. 995, parágrafo único, do NCPC, segundo o qual “a eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.” – grifei.

Na hipótese, não obstante os argumentos aduzidos, não está evidenciada, a meu ver, a plausibilidade jurídica da tese recursal defendida pelas requerentes.

Primeiramente, embora o acórdão recorrido tenha afastado a obrigação indenizatória, mantendo apenas a tutela específica atinente à obrigação de fazer, “segundo a jurisprudência do STJ, a *logicidade hermenêutica do art. 3º da Lei 7.347/1985 permite a cumulação das condenações em obrigações de fazer ou não fazer e indenização pecuniária em sede de ação civil pública, a fim de possibilitar a concreta e cabal reparação do dano ambiental pretérito, já consumado*” (REsp 1269494/MG, rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24/09/2013, DJe 1º/10/2013). Aliás, exatamente porque afastada a obrigação indenizatória, resta destituída de necessidade a análise dos critérios legais (responsabilidade) para imposição de obrigação de natureza ambiental.

Ademais, tem-se que se encontra na competência do Conama a edição de normas que visem ao controle e manutenção do meio ambiente (REsp 1462208/SC, rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 11/11/2014, DJe 06/04/2015). Na mesma linha, deve-se esclarecer que, “em matéria ambiental, a adoção do princípio *tempus regit actum* impõe obediência à lei em vigor quando da ocorrência do fato.” Por essa razão,

*[...] a Segunda Turma do STJ firmou a orientação de inaplicabilidade de norma ambiental superveniente de cunho material aos processos em curso, seja para proteger o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, seja para evitar a redução do patamar de proteção de ecossistemas frágeis sem as necessárias compensações ambientais. Precedentes:*

AgRg no REsp 1.367.968/SP, rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 12/3/2014; REsp 1.381.191/SP, rel. Ministra Diva Malerbi, Segunda Turma, DJe 30/6/2016 [...] (AgInt no REsp 1404904/MG, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 02/02/2017, DJe 03/03/2017).

Finalmente, depõe contra a plausibilidade da tese recursal o fato de a obrigação imposta haver sido definida em duas instâncias jurisdicionais, sem que exista, pois, divergência mínima que justifique a concessão do efeito suspensivo requerido.

Sem prejuízo dessas considerações, dado o caráter dinâmico da obrigação imposta, nada obsta que a parte eventualmente requeira modificação dos critérios de imposição de multa, desde que comprovados os requisitos do art. 537, § 1º, II, do NCPC.

Ante o exposto, *indeferio* o pedido de efeito suspensivo formulado.

(RE e REsp - Pedido de efeito suspensivo Apelação Cível 0001318-73.2012.4.01.3802/MG, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, e-DJF1 de 09/05/2017, p. 4)

### Agravo de Instrumento 0010123-96.2017.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo Juízo da 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, nos autos do mandado de segurança impetrado por Everaldo Rocha Alves contra ato do senhor superintendente do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, em Belo Horizonte/MG, em que se discute a legitimidade da apreensão de veículo de propriedade do impetrante, em virtude da sua utilização no transporte de produto vegetal (madeira), sem a devida autorização do órgão ambiental competente. Em sede liminar, postulou-se que a autoridade impetrada fosse compelida a ordenar ao Detran/BA que retire a anotação de impedimento (perdimento) no veículo em referência.

Indeferido o pedido de antecipação da tutela mandamental formulado nos autos de origem, o impetrante veiculou pedido de reconsideração, amparado, agora, em suposto fato novo, ao argumento de que o referido veículo teria sido roubado e que a empresa seguradora estaria a condicionar o pagamento da apólice de seguro à liberação da constrição em destaque.

Na decisão agravada, o juízo monocrático indeferiu o aludido pleito, ao argumento de que o noticiado fato novo em nada alteraria os fundamentos lançados no *decisum* inicialmente proferido no aludido feito.

Em suas razões recursais, insiste o recorrente na concessão da medida postulada, reiterando os fundamentos deduzidos perante o juízo monocrático.

Regularmente intimado, o Ibama apresentou suas contrarrazões recursais, aquiescendo com o deferimento do pleito, desde que observadas as condições alinhavadas pela referida autarquia, a saber:

a) seja deferida a medida liminar requerida, desde que a seguradora, no caso a Sul América, seja oficiada a depositar o valor da indenização respectiva em conta judicial, a ser aberta junto à Caixa Econômica Federal e vinculada aos autos do Mandado de Segurança, processo n. 0063234-75.2016.4.01.3800;

b) em pedido alternativo, caso esse douto Órgão Julgador entenda que o numerário deva ser liberado ao Agravante para a compra de outro veículo, ao argumento de que o veículo roubado era a garantia de seu sustento e de sua família, que o numerário decorrente da indenização do seguro seja depositado somente liberado ao Agravante, mediante alvará judicial, para aquisição de um novo veículo, condicionando a liberação, ainda, ao fornecimento prévio dos dados do novo veículo a ser por ele adquirido, em cujo prontuário deverá ser registrado o mesmo impedimento existente para o veículo roubado, com a consequente lavratura de novo Termo de Apreensão e Depósito pelo Ibama, com a nomeação do Agravante como o seu depositário fiel [...].

Não obstante os fundamentos deduzidos pelo recorrente, não vejo presentes, na espécie, os pressupostos do art. 1.019, I, do CPC, a autorizar a concessão do pedido do efeito suspensivo, na medida em que não conseguem infirmar as razões em que se amparou a decisão agravada, as quais se afinam com a tutela cautelar constitucionalmente prevista no art. 225, § 1º, V, e respectivo § 3º, da Constituição Federal, na linha autoaplicável de imposição ao Poder

Público e à coletividade o *dever de defender e preservar* o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, para as presentes e gerações futuras (CF, art. 225, *caput*), tudo em harmonia com o princípio da precaução.

Há de ver-se, porém, que, em homenagem à tutela ambiental acima referida, ações agressoras do meio ambiente, como a noticiada nos autos de origem, devem ser rechaçadas e inibidas, com vistas na preservação ambiental, em referência. Na espécie dos autos, contudo, o ilícito noticiado, que já se operou, e o consequente dano ambiental, que já se materializou, não afastam as medidas de cautelas necessárias, a fim de evitar-se o agravamento desse dano ambiental, sem descurar-se das medidas de total remoção do ilícito ambiental, na espécie, bem assim, da tutela de precaução, para inibir outras práticas agressoras do meio ambiente, naquela área afetada.

Não cabe invocar-se, aqui, categorias jurídicas de direito privado, para impor a tutela egoística da propriedade privada, a descurar-se de sua determinante função social e da supremacia do interesse público, na espécie, em total agressão ao meio ambiente, que há de ser preservado, a qualquer custo, de forma ecologicamente equilibrada, para as presentes e futuras gerações, em dimensão difusa, na força determinante dos princípios da prevenção e da participação democrática (CF, art. 225, *caput*).

Na ótica vigilante da Suprema Corte,

[...] a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral [...] O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações [...] (ADI-MC 3540/DF – rel. Min. Celso de Mello – DJU de 03/02/2006).

Ademais, não se pode olvidar que a apreensão de veículo utilizado na prática de infração ambiental, como no caso, encontra expressa previsão na legislação de regência (Lei 9.605/1998, arts. 25, *caput*, e 72, IV, *c/c* o art. 70, *caput*), sujeitando-se, inclusive, à pena de perdimento, nos termos do § 5º do referido art. 25 do mesmo diploma legal.

Nessa linha de entendimento, confira-se, dentre outros, o seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO OCORRÊNCIA. INFRAÇÃO AMBIENTAL. TRANSPORTE IRREGULAR DE MADEIRA. APREENSÃO DO VEÍCULO. POSSIBILIDADE (LEI Nº 9.605/1998, ARTS. 25, CAPUT, E 72, IV, C/C O ART. 70, CAPUT). NOMEAÇÃO DE FIEL DEPOSITÁRIO. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO (DECRETO Nº 6.514/2008, ARTS. 105, CAPUT, E 106, INCISOS II).

[...]

II - A apreensão de veículo utilizado na prática de ilícito ambiental encontra expressa autorização legislativa, conforme se extrai dos arts. 25, *caput*, e 72, IV, *c/c* o art. 70, *caput*, da Lei nº 9.605/1998.

III - Nos termos do art. 105, *caput*, do Decreto nº 6.514/2008, os bens apreendidos devem ficar sob a guarda do órgão ou entidade responsável pela fiscalização ambiental, podendo, excepcionalmente, ser confiados a fiel depositário, até o julgamento do processo administrativo”, caso em que caberá à Administração, no exercício do seu poder discricionário, definir de quem assumirá esse encargo, dentre as opções previstas nos incisos I e II do art. 106 do referido ato normativo.

IV - Embargos de declaração providos, com modificação do resultado do julgamento.

V - Provimento da remessa oficial e da apelação do Ibama. Prejudicado o apelo do Ministério Público Federal. Sentença reformada. Segurança denegada.

(EDAMS 0001525-53.2009.4.01.4101 / RO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 de 08/09/2016)

De ver-se, ainda, que a discussão envolvendo as condições impostas pela empresa seguradora, para fins de pagamento da apólice de seguro, ou até mesmo aquelas aventadas pela autarquia recorrida, não encontra espaço

para veiculação no bojo do feito de origem nem, tampouco, nos autos do presente agravo de instrumento, por extrapolar os limites da lide ali instaurada.

\*\*\*

Com estas considerações, *indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal*.

(Agravo de Instrumento 0010123-96.2017.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, *e-DJF1* de 08/05/2017, p. 392)

### *Habeas Corpus* 0022782-40.2017.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Volta-se o *habeas corpus* contra decisão que decretou a prisão preventiva do paciente *Zivan Oliveira dos Santos*.

*In casu*, a prisão preventiva do paciente foi decretada, pela prática, em tese, dos delitos previstos no art. 50-A da Lei 9.605/1998 (desmatamento ilegal em terras públicas) e nos arts. 288 (associação criminosa) e 147 (ameaça), todos do Código Penal, além da invasão de terras da União (Lei 4.947/1966, art. 20).

Sustenta o impetrante que os supostos crimes atribuídos ao paciente foram praticados sem violência ou grave ameaça, razão pela qual, em seu entendimento, não se justificaria a segregação cautelar para garantir a ordem pública, sendo ainda possível a sua substituição por outras medidas cautelares diversas da prisão.

Alega, ainda, que, diferentemente do que constou na decisão que decretou a prisão preventiva, não haveria risco de reiteração criminosa, pois o paciente é primário e possui bons antecedentes e residência fixa. Acrescenta que os indícios de autoridade e materialidade se restringem ao teor das interceptações telefônicas realizadas até dezembro de 2016, não havendo indícios de que ele teria cometido outros delitos.

Assevera também que o decreto de prisão preventiva se fundamenta em argumentos genéricos, como o fato de o desmatamento no Município de Portel ter aumentado no ano de 2016.

Expõe que não está demonstrada a inequívoca ocorrência de um fato punível, pois, “pelo teor dos ditos diálogos, que só é possível presumir que em algum momento o paciente teria tido com alguns dos investigados uma relação como prestador de serviços de topografia” (fl. 13).

Requer a concessão de liminar para revogar a prisão decretada, substituindo-a por outras medidas cautelares, e, ao final, a concessão integral da ordem.

Reservei-me para apreciar o pedido de liminar após as informações (fls. 104-105), que foram prestadas pela autoridade coatora (fls. 111-114).

É o relatório. Decido.

- *Pressupostos normativos*:

São os seguintes dispositivos legais que, supostamente, consoante a comunicação de prisão em flagrante, incidiriam nas condutas imputadas ao paciente: art. 50-A da Lei 9.605/1998 e nos arts. 288 e 147, todos do Código Penal, além da invasão de terras da União (art. 20 Lei 4.947/1966).

Por sua vez, estabelece a Constituição Federal, no inciso LXVI do art. 5º, que ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. Dessa forma, no sistema jurídico brasileiro, a liberdade é a regra e a prisão processual é a exceção.

Orientando-se pelo texto da Constituição Federal, garantiu o legislador infraconstitucional, por meio da prisão preventiva, a possibilidade de restrição da liberdade locomotora durante o curso da investigação ou do processo criminal, *como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal*, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Tal medida encontra previsão no art. 312 do Código de Processo Penal (cito):

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Assim, para a decretação da prisão preventiva é imprescindível a presença dos seus pressupostos, *prova de autoria e de materialidade*, e de um de seus fundamentos, risco à ordem pública, à instrução ou à aplicação da lei penal.

Além disso, estando em jogo a liberdade de ir e vir, ainda que por decisão provisória, é de se exigir, *além da prova da materialidade do delito, prova indiciária que possa dar suficiência probatória mínima quanto à autoria do delito*.

Igualmente, impõe-se que a soma das penas máximas em abstrato previstas para os crimes cuja prática teria ensejado a prisão em flagrante seja superior a quatro anos, conforme disposto no art. 313, I, do CPP.

Os tribunais superiores firmaram o entendimento de que a validade do decreto de prisão cautelar pressupõe que o julgador *apoie sua decisão nas circunstâncias fáticas do caso concreto*, de modo a evidenciar que a liberdade do paciente pode trazer risco à ordem pública, à ordem econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, nos termos do art. 312 do CPP (cito):

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SÚMULA 691/STF. AFASTAMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11.343/2006. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MOTIVAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. Em casos excepcionais, viável a superação do óbice da Súmula 691 desta Suprema Corte. Precedentes. 2. O decreto de prisão cautelar há de se apoiar nas circunstâncias fáticas do caso concreto, evidenciando que a soltura, ou a manutenção em liberdade, do agente implicará risco à ordem pública, à ordem econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal (CPP, art. 312). 3. A motivação genérica e abstrata, sem elementos concretos ou base empírica idônea a amparar o decreto prisional, esbarra na jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal Federal, que não lhe reconhece validade. Precedentes. 4. Substituição da prisão preventiva por medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a serem fixadas pelo juízo de primeiro grau. 5. Ordem de habeas corpus concedida para revogar a prisão preventiva dos pacientes, sem prejuízo da imposição, pelo magistrado de primeiro grau, se assim o entender, das medidas cautelares ao feito legal. (g.n.)

(HC 129554, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 29/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-206 DIVULG 14-10-2015 PUBLIC 15-10-2015)

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE CONCRETA DOS ACUSADOS. FUNDAMENTO IDÔNEO. ORDEM DENEGADA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar o réu, antes de transitada em julgado a condenação, deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do CPP.

2. É válida a segregação cautelar para garantir a ordem pública, ante a periculosidade concreta dos pacientes, manifestada na forma de execução do crime - manutenção da vítima em veículo em lugar afastado (uma chácara), no período noturno, submetendo-a a constrangimento exacerbado (violência real e ameaça de divulgação das gravações).

3. Ordem denegada.(g.n)

(HC 317.633/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015)

- *Caso concreto*:

Considerando o conjunto probatório que se fez acompanhar da presente impetração de *habeas corpus*, assim como as informações prestadas pela autoridade coatora, deve-se concluir que não merece reforma a decisão confrontada pelo *habeas corpus*, tendo em vista que o impetrante não trouxe aos autos elementos de prova suficientes para afastar a necessidade da prisão preventiva. Vejamos.

Inicialmente, os delitos imputados ao paciente, sem sombra de dúvida, tem, em seu conjunto, pena superior a 4 (quatro) anos, atendendo à exigência do art. 313, I, do CPP.

Da mesma forma, à primeira vista, há elementos de materialidade e indícios de autoria em desfavor do paciente.

Isso porque, mostram-se por demais consistentes os fundamentos adotados pelo juízo *a quo* para a decretação da prisão preventiva do paciente (fls. 55-57):

8) ZIVAN OLIVEIRA DOS SANTOS

ZIVAN, segundo as investigações, é um dos integrantes da quadrilha investigada, especializada em invadir e desmatar diversas áreas da União e também particulares. Integra um grupo violento que aterroriza colonos na região. Fortemente armado, o grupo invade as terras e expulsa os possuidores, promovendo desmatamento e posterior venda da terra invadida.

Nota-se das investigações que ZIVAN possui relação direta com FÁBIO, MARQUINHOS, ARI, ARLAN, LAMAS e CIDA PARRIÃO.

A título de exemplo, conforme ressaltou a informação Técnica nº 2 02/2017/NUCOF/SUPES/PA (fls. 337), o bando integrado por ZIVAN invadiu o imóvel rural ocupado pelo Sr. Constâncio, promovendo grandes desmatamentos. Na mesma ocasião, o Ibama também apurou a atuação violenta do bando liderada por FÁBIO.

Aliás, na fiscalização realizada pelo Ibama no dia 18/08/2016 na área investigada (fls. 337), agentes do Ibama relataram ter apurado que o grupo integrado por ZIVAN tem aterrorizado colonos da região, nominando expressamente o investigado como um dos responsáveis pela atuação do bando, senão vejamos:

Em paralelo, a equipe da operação Onda Verde do Ibama em 18/08/2016 deslocou-se até a área denominada Vila Balbinot não chegando até a ocupação do Sr. CONSTÂNCIO DOS SANTOS TRINDADE, devido basicamente a fatores de segurança e de logística, no entanto foi apurado pela equipe do Ibama nas comunidades próximas que as pessoas de nome RAIMLINDÃO, TALISMÃ, FÁBIO, LAMAS e ZIVAN faziam parte de um bando organizado e com tarefas delimitadas, dispondo de logística e aparato armamentista considerável, com enfoque única e exclusivamente para invadir terras e desmatar, conforme anexo denominado: RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO de 18-08-2016.

Ainda nesse sentido, destaco trecho da representação em que a Autoridade Policial assim relata trechos da interceptação telefônica relacionados a participação do investigado nos fatos ora representados:

No Áudio 02 (Auto 4), Fábio conversa com Zivan sobre uma “denúncia” feita por Raimundo e Rene Bahia e Belém. Zivan diz que o Ibama perguntou sobre Marquinhos, Arlan, Lamas e Fábio. Diz, ainda, que a situação vai ficar complicada. Fábio diz que não está preocupado com a situação, pois vendeu a terra barata e que os compradores sabiam que tinha “rolo”. No Áudio nº 4 (Auto 4), Fábio conversa com Zivan sobre a compra de uma área por Talismã e afirma que a quadrilha expulsou todos do local.

Desse modo, verifico a existência de fortes indícios de participação do investigado, ZIVAN OLIVEIRA DOS SANTOS, nos ilícitos previstos no art. 50-A da Lei nº 9.605/1998, art. 288 e art. 147, CPB, além da invasão de terras da União (art. 20 Lei nº 4.947/1966).

De fato, analisando os elementos agregados ao presente *habeas corpus* pode-se concluir existir, com grau de suficiência, prova mínima da participação do paciente nos fatos investigados. Por exemplo, veja-se a interceptação telefônica, de fls. 191-194.

Por outro lado, correto o juízo *a quo* quando registra o temor de que o paciente, posto em liberdade, possa tentar contra a ordem pública e voltar a delinquir, isso porque

[...] há fortes indícios de que os investigados atuam num esquema criminoso seja na invasão de terras públicas e/ou particulares, aterrorizando colonos, com atuação de grupos armados, seja desmatando florestas praticando o comércio ilegal de produtos florestais”, e que “o grupo, segundo demonstram as investigações, atua de forma coordenada e estruturada, inclusive com a atuação de bandos armados que aterrorizam colonos da região [...] (fl. 64).

Aliás, a periculosidade do grupo também está evidenciada em trecho da interceptação telefônica do contato mantido entre Fábio, tido como líder do grupo e com quem o paciente mantém vínculo, e Antonio Rocha (fl. 148):

[...]

A.R.: Ele mais um tal de patrãozinho que tá lá.

FABIO: é o patrãozinho já veio embora com medo de morrer, os moleques foram lá pra matar ele mas não pegaram ele na estrada, caiu dentro do mato e saiu fora, ele vai cair na bala lá ele, na hora que topar com ele, nós foi lá pra achar ele nos não acertou. O Constâncio vamo lá com ele e vamo sentar com ele vamo conversar com ele direitinho. Eu to só esperando... era para os meninos irem ido dinovo pra lá mas não foram, pra nos acertar com esse Constancio lá. Que diabo que ele quer agora. Depois de nos tá lá um bucado de tempo ele quer com a palhaçada dele ele vai cair é na pólvora.

Nesse quadro, a concessão de liberdade provisória poderá aumentar para o investigado, ora paciente, a sensação de impunidade, servindo inexoravelmente de incentivo à prática de novas condutas delituosas. Assim, é o caso, sem dúvida alguma, de se aplicar a medida excepcional da prisão preventiva.

Como é sabido, as medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP, obviamente, pressupõem a probabilidade minimamente demonstrada de que a liberdade do paciente não será utilizada para a prática de novos crimes,

exigindo-se, ainda, alguma demonstração de sua vinculação ao distrito da culpa, bem como alguma prova de ocupação lícita. Sem isso, a análise da substituição da prisão preventiva por medidas alternativas do art. 319 do CPP torna-se evidentemente prejudicada.

Nesse sentido, ressalto que o impetrante não comprovou que o paciente exerça atividade laboral lícita nem que possua fonte de renda legal. Note-se que o próprio paciente, em depoimento prestado à autoridade policial, declara: “*QUE* sua renda é variável; *QUE* há quatro meses não recebe nada; *QUE* sequer consegue avaliar a sua renda média mensal; *QUE* ano passado acredita ter ganho R\$ 4.000,00 (ano todo);” (fl. 84).

Vê-se, assim, que o impetrante não logrou demonstrar que o paciente não tem hoje, como meio de subsistência, a suposta atividade criminosa.

De qualquer forma é sabido que tão somente condições pessoais favoráveis (sequer demonstradas no caso), por si só, não têm o condão de afastar a prisão cautelar decretada fundamentadamente (cito):

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE AGENTES. PRISÃO PREVENTIVA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. MODUS OPERANDI. VIOLÊNCIA FÍSICA CONTRA VÍTIMA IDOSA. RÉU QUE POSSUI OUTRAS ANOTAÇÕES CRIMINAIS. RISCO REAL DE REITERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP. INVIABILIDADE. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECURSO DESPROVIDO.

1. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art.

93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

2. Na hipótese, as instâncias ordinárias destacaram a necessidade da medida para a garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta do delito e da periculosidade do acusado, evidenciada (i) pelo modus operandi empregado (praticar o crime de roubo em concurso com outro agente, mediante violência física aplicada contra vítima idosa, de 75 anos de idade, a qual veio ao chão após receber um tapa no rosto, tendo seus pertences subtraídos) e (ii) por dados de sua vida progressa, notadamente, por possuir diversas anotações em sua certidão de antecedentes criminais.

3. Condições subjetivas favoráveis ao recorrente não são impeditivas à decretação da prisão cautelar, caso estejam presentes os requisitos autorizadores da referida segregação. Precedentes.

4. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão; o contexto fático indica que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública.

5. Recurso ordinário improvido.

(RHC 72.943/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 17/03/2017) (g.n.)

Por outro lado, a via estreita do *habeas corpus* exige que a parte interessada, no caso a impetrante, traga desde o início os elementos de prova aqui reclamados (quanto à ocupação lícita, residência fixa e vida progressa). Não havendo nos autos tal demonstração que constituía ônus da parte impetrante, torna-se inviável o atendimento à substituição pretendida.

Sobre o tema, cito os seguintes precedentes:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO, NA FORMA TENTADA. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. RESISTÊNCIA À PRISÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRISÃO PREVENTIVA. INEXISTÊNCIA DE EXCESSO PRAZO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE OCUPAÇÃO LÍCITA, RESIDÊNCIA FIXA E PRIMARIEDADE. LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. [...] 2. As medidas cautelares previstas no art.319, CPP, com a redação que lhe deu a Lei n. 12.403/2011, não asseguram, no caso concreto, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei, caso o paciente se livre solto, notadamente levando-se em conta a natureza dos delitos e a falta de comprovação de que o paciente possui ocupação lícita, residência fixa e é primário. 3. Não há falar em excesso de prazo que se mostra compatível com o número de acusados, quando realizada audiência de instrução e julgamento, estando o feito no aguardo de resposta à diligência requerida pela acusação, tudo no interregno de quatro meses, contados do decreto da prisão preventiva. 4. A análise das alegações de que a arma que o paciente trazia consigo era apenas para proteção em caso de assalto e não para prática do roubo objeto da denúncia, requer exame do acervo probatório inserto na ação penal, providência inviável em sede de habeas corpus. 5. Ordem denegada.

(HC 0043559-56.2011.4.01.0000 / PI, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.122 de 23/09/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA: IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES. LEI N. 12.403/2011: INVIABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. 1. [...]. 3. Na singularidade do caso que trata de prisão preventiva decretada em desfavor de pessoa que, em tese, cometeu crime doloso cuja pena máxima ultrapassa 4 anos (artigo 313, I, Código de Processo Penal), impossível de submeter-se a fiança (artigo 323, II, Código de Processo Penal, tráfico transnacional de drogas), não se vislumbra qualquer justificativa legal - dentre aquelas elencadas pelo legislador no âmbito da Lei nº 12.403/2011 - para substituir os rigores da prisão preventiva por outra medida cautelar, a ser promovida pelo Tribunal, por conta da superveniência de lei processual. 4. Ausência de comprovação da primariedade, residência fixa e ocupação lícita. 5. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 0044333-86.2011.4.01.0000 / AC, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.122 de 23/09/2011)

PROCESSO PENAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS. "OPERAÇÃO RIOS VOADORES". CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE. DESMATAMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. DESNECESSIDADE. DELITO COMETIDO SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. ATUAÇÃO DO PACIENTE. MERO "LARANJA". CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA. PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES, RESIDÊNCIA FIXA E OCUPAÇÃO LÍCITA DEMONSTRADOS. MEDIDAS CAUTELARES. POSSIBILIDADE. PARECER MINISTERIAL FAVORÁVEL. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. 1. [...]. 5. Cabível a substituição da segregação preventiva por medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal, quando o delito imputado ao paciente não for praticado com violência ou grave ameaça à pessoa nem seja daqueles que causam clamor público, e ante a primariedade e a comprovação de residência fixa e ocupação laboral lícita. 6. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para revogar a prisão preventiva e conceder a liberdade provisória ao paciente, mediante o cumprimento de medidas cautelares.

(HC 0061900-57.2016.4.01.0000 / PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 de 02/12/2016) (g.n)

Na hipótese dos autos, restou evidenciada a legalidade da prisão preventiva a que está submetido o paciente, pois presentes os requisitos de sua decretação.

Tudo considerado, *indefiro o pedido de liminar*, sem prejuízo da realização de uma análise mais aprofundada da situação narrada na peça inicial por ocasião do julgamento deste *habeas corpus*.

(*Habeas Corpus* 0022782-40.2017.4.01.0000/PA, rel. Des. Federal Néviton Guedes, e-DJF1 de 02/06/2017, p. 1.397)

## Agravo de Instrumento 0072329-83.2016.4.01.0000/PI

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado)

Transnordestina Logística S/A interpõe agravo de instrumento por meio do qual pede a reforma de r. decisão do Juízo Federal da Subseção Judiciária de São Raimundo Nonato, no Estado do Piauí, que, em ação civil pública proposta pelo ora agravado, concedeu medida liminar para determinar a suspensão dos

[...] efeitos da Licença de Instalação nº. 638/2009 no trecho Eliseu Martins PI a Trindade-PE, devendo ser suspensas quaisquer atividades no aludido trecho, até que seja cumprido em sua integralidade o Termo de Compromisso Ambiental realizado entre a Fundação Cultural Palmares e a Transnordestina Logística S/A;

b) Fixo multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para o caso de descumprimento da medida;

c) Intime-se a Fundação Cultural Palmares para informar de maneira mensal, o cumprimento do Termo de Compromisso [...] (fls. 48 dos autos virtuais).

Considerou a ilustre autoridade judiciária de primeiro grau que ausência de consulta prévia, livre e informada às comunidades quilombolas traz por corolário nulidade do procedimento administrativo e que a Licença Ambiental de Instalação 638/2009 pode ser suspensa em caso de violação às normas legais ou superveniência de grave risco ambiental, argumentando com trecho de parecer da área técnica do Ibama, que desaconselhara sua renovação, mencionando existir indícios de que a TLSA "solicitou postergação dos prazos para instalação das medidas previstas no

TC e também nos programas ambientais voltados a essas comunidades”, e que não existem “informações no processo que permitam verificar o cumprimento” das exigências formuladas pela Fundação Cultural Palmares.

Extrai-se ainda da fundamentação da decisão agravada que:

A licença ambiental de instalação 638/2009 compreende o trecho 01: Eliseu Martins PI/ Trindade Pernambuco, que totaliza 462,8 km, ou seja, área superior à afetada pelas comunidades quilombolas.

Entretanto, embora a área questionada seja inferior ao da licença ambiental, a condicionante para renovação e vigência da licença ambiental de instalação 638/2009, é o cumprimento do Termo de Compromisso Ambiental firmado entre TSLA e a Fundação Cultural Palmares, que in casu, restou patentemente descumprida.

Assim, a regularidade da licença depende do cumprimento de condicionantes ambientais que foram firmadas ao longo do processo de licenciamento.

De mais a mais, a proteção das minorias, consiste justamente em dar efetividade aos direitos fundamentais dos povos vulneráveis, que formam a identidade brasileira, pois o que está em jogo é a identidade brasileira.

[...]

Com efeito, esse juízo se deslocou por quase 300 km da sede de São Raimundo Nonato-PI para a cidade de Paulistana e esteve presente in loco no dia 22 de setembro de 2016 nas comunidades quilombolas de contente e barro vermelho, e pode constatar, pessoalmente, o quanto esses povos foram afetados pelas obras da Transnordestina, conforme ata de inspeção judicial de fls.1085/1900.

Pondero ainda que o desenvolvimento econômico proporcionado pela obra não pode se sobrepor ao direito fundamental de diversas famílias afetadas, notadamente dos quilombolas.

Os integrantes das comunidades quilombolas possuem fortes laços culturais, mantendo suas tradições, práticas religiosas, relação com o trabalho na terra e sistemas de organização social próprio.

Assim, merece guarida o pleito liminar do MPF. Evidenciada a probabilidade do direito, consoante fundamentação acima.

A continuação do empreendimento sem a observância dos requisitos legais evidencia o perigo de dano. Assim é imperiosa a suspensão da licença ambiental até o efetivo cumprimento do Termo de Compromisso Ambiental de fls. 56/63 [...] (fls. 46/47).

Indefiro o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao instrumento, pois os elementos que compõem o instrumento não permitem identificar, em um juízo de cognição sumária, a presença concomitante dos requisitos capazes de autorizar a adoção da providência, em especial no que diz com a relevância dos fundamentos deduzidos no arrazoado recursal, com conformação de prova inequívoca da verossimilhança da alegação em que ele se sustenta, comprometida diante dos fundamentos mesmos que informam a r. decisão agravada, em especial o fato de que a licença de instalação, em verdade, já se exauriu desde 24 de fevereiro de 2015, não tendo sido renovada pelo Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis, além do que não há elementos nos autos a indicar que o início das obras tenha ocorrido após consulta prévia às comunidades quilombolas atingidas nem que o empreendedor, ora agravante, tenha implementado a execução de medidas mitigatórias/compensatórias aos impactos da construção da ferrovia, como a elaboração e implementação de programas de mitigação e compensação de prejuízos relativos à produção econômica das comunidades atingidas e dos impactos sobre bens e serviços públicos oferecidos às comunidades, além de implementar programas de mitigação de riscos provenientes da implantação do empreendimento e de interferência da atividade nas manifestações culturais das comunidades quilombolas, sem falar na compensação de perda de parte ou totalidade do território daquelas comunidades.

(Agravado de Instrumento 0072329-83.2016.4.01.0000/PI, rel. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado), e-DJF1 de 02/06/2017, p. 1.462)

## Agravado de Instrumento 0005517-25.2017.4.01.0000/MG

Relatora: Juíza Federal Maria da Penha Gomes Fontenele Meneses (convocada)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Construtora Aterpa S.A. contra decisão proferida pelo MM. juiz federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Pouso Alegre/MG, que deferiu pedido de tutela de urgência

formulado nos autos da Ação Civil Pública 3175-28.2015.4.01.3810, ajuizada pelo Ministério Público Federal, e acolheu as postulações constantes dos itens *a* e *c-h*<sup>1</sup>.

2. Eis trecho da decisão recorrida, no que relevante à controvérsia (fls. 573-575):

A narrativa da petição inicial, que se acha devidamente instruída pelos documentos colacionados, está a apontar sério risco de degradação ambiental pela continuidade das atividades dos três primeiros requeridos (f. 03), secundadas pelas demais requeridas, na medida em que, sobretudo diante da ausência de certeza ou razoável probabilidade quanto à contenção de prejuízos ambientais, perde consistência a prevalência da livre atividade privada.

Isso porque, tanto as licenças ambientais concedidas e revogadas (município de Piranguçu) quanto a valoração dos impactos, de resto já experimentados pelas explosões (f. 297-308), estão a exigir respostas administrativas com fundamentação reforçada que possam justificar a necessidade ou não de EIA/RIMA, cuja prescindibilidade parece resultar de negligências informativas do conteúdo material do empreendimento.

Sendo assim, e considerando-se, sobretudo, os impactos ambientais de fácil assimilação, diante até mesmo da incerteza de sua repercussão, tem-se como plausível a pretensão deduzida na presente sede processual. Igualmente parece presente o requisito da necessidade, uma vez que o perigo de irreversibilidade fática de danos ambientais não se mostra passível de contenção durante o processamento da demanda.

Diante do exposto, acolho as postulações liminares constantes dos itens “a”; e “c/h”. Indefero a providência constante do item “b”, tendo em vista tratar-se de mera medida substitutiva ou alternativa de atuação administrativa do ICMBio, somente implementável em caráter subsidiário e em caso de acordo entre as partes.

[...]

3. Irresignada, argumenta a agravante, em síntese, que firmou com a empresa CPN – Central Paulista de Negócios, Comércio e Representações Ltda. o aproveitamento de material de jazida localizada no Município de Piranguçu/MG, de sua titularidade, cujo direito minerário se encontrava devidamente regularizado perante o Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM e possuía regular autorização ambiental concedida pelo órgão competente, salientando que contratou a empresa Nitroar Locação para o serviço especializado de detonação e perfuração de rocha, serviços esses devidamente autorizados pelo Exército Brasileiro.

4. Alega que, após apenas uma detonação, as empresas foram notificadas da alteração da legislação do Município de Piranguçu que autorizava a instalação do empreendimento minerário naquele local, o que fez com que as atividades fossem imediatamente paralisadas, em face da edição da Lei Municipal 1.016/2013, situação que

<sup>1</sup> a) a imediata paralisação das atividades extrativas das empresa CPN CENTRAL PAULISTA DE NEGÓCIOS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTADA., CONSTRUTORA ATERPA M. MARTINS S.A. e NITROAR LOCAÇÃO LTADA. – ME na área sob discussão, até ulterior regularização;

[...]

c) às empresas requeridas que providenciem, no prazo de 15 (quinze) dias a colocação de uma placa fixada sob estacas, com a dimensão mínima de 4m de altura por 6m de comprimento, nas proximidades da entrada da área explorada, em local visível, com dizeres no seguinte sentido: “Atividade de Mineração interdita pela Justiça Federal – Ação Civil Pública nº, proposta pelo Ministério Público Federal em desfavor das empresas empresa CPN CENTRAL PAULISTA DE NEGÓCIOS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTADA., CONSTRUTORA ATERPA M. MARTINS S.A. e NITROAR LOCAÇÃO LTADA. – ME, em obediência ao princípio da publicidade que pautava a Constituição Federal no caso de interesse público, e por analogia ao disposto no art. 4º, incisos III e V da Lei nº 10.650/2003;

d) a suspensão do procedimento administrativo de DNPM nº 834.745/2008 com a consequente proibição de que a autarquia emita qualquer título qualquer título autorizativo para lavra na área, até conclusão integral das medidas de reparação ambiental apontadas na alínea “b” e reparação total dos danos patrimoniais causados à União decorrentes da usurpação do patrimônio público;

e) a suspensão do procedimento de licenciamento ambiental 01866/2009/002/2013 (SUPRAM Sul de Minas) e a proibição de concessão pelo Estado de Minas Gerais de qualquer licença ambiental para a área correspondente ao atual processo DNPM nº 834.745/2008, até a conclusão integral das medidas de reparação ambiental apontadas na alínea “b”;

f) ao Governo de Minas Gerais que, para qualquer licenciamento em relação à poligonal do procedimento DNPM 834.745/2008 que vise à obtenção de licenças ambientais para a extração de mineral, além do disposto na alínea anterior, exija o EIA/RIMA ou presente justificativa técnicas, lastreada em vistoria in loco da área, significativamente fundamentada que desconstitua a presunção de significativo impacto ambiental previsto no artigo 2º, IX da Resolução CONAMA 01/86 e conclusa como suficiente a apresentação de outros estudos ambientais. Saliente-se que, por haver presunção relativa da necessidade do EIA/RIMA no caso de mineração, para sua dispensa, deve-se fundamentar tecnicamente a suficiência de outro estudo ambiental, sob pena de nulidade da Licença concedida.

g) a suspensão da autorização de prestação de serviço de detonação pertencente à empresa NITROAR LOCAÇÃO LTDA.-ME, vedando-se que a União (Exército Brasileiro) proceda a sua revalidação até o fim do julgamento desta ação.

h) a cominação de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) às empresas requeridas e aos seus administradores, bem como aos entes públicos demandados, em caso de descumprimento de qualquer determinações desse Juízo.

permanece inalterada desde agosto/2013, o que demonstra que possuíam alvará de funcionamento válido até que ocorresse a alteração da legislação local, por meio da qual foi impedida a extração mineral a partir de 23/08/2013, decisão que lhe foi comunicada no dia 27/03/2013, salientando que a detonação de rochas ocorreu em 27/08/2013.

5. Aduz que foi condenada à reparação ambiental que sequer foi comprovada pelo *Parquet* que tenha ocorrido e seu consequente ressarcimento à União de suposta usurpação de patrimônio público e pagamento de dano moral coletivo, razão pela qual impugna as medidas deferidas nas letras *a* e *c* da petição inicial da ação de origem, ressaltando que paralisou suas atividades no local muito antes do ajuizamento da ação civil pública de origem.

Autos conclusos.

*Decido.*

8. A princípio, razão parece assistir à agravante, em parte.

9. Observo que, ainda que entenda o autor que as licenças expedidas pela Supram sejam inválidas, a agravante pensava, no momento das detonações, que possuía licenças válidas expedidas pelo órgão competente. Portanto, data em que o agravado e o agravante concordam que ocorreram as detonações — 27/08/2013, a empresa recorrente possuía licença para retirar a exploração mineral de forma regular.

10. Sobre a questão, colaciono trecho da decisão proferida no AI 27615-38.2016.4.01.0000, em que a licença ambiental possui irregularidade em sua origem — pelo órgão de emissão, não deve o seu beneficiário ser responsabilizado, visto que acreditava possuir licença ambiental válida e regular, que lhe garantia o exercício das atividades:

6. Ressalto, inicialmente, que conheço do agravo contra pedido de reconsideração em face da apresentação de novos documentos ((Autorização de Funcionamento expedido pela SEMA e Termo de Compromisso Ambiental firmado com o órgão ambiental), bem como pela alegada de consolidação da propriedade e do cultivo de lavoura e pastagem antes de julho de 2008, na área autuada.

7. Prosseguindo, saliento que, a princípio, razão parece assistir à agravante no momento. Isso porque, apesar o embargo pelo agravado, apresenta a agravante documentos – Termo de Compromisso Ambiental n. 2631/2015 (fls. 107/110) e Autorização Provisória de Funcionamento Rural (fl. 111), nos quais fundamenta o pedido de desembargo, emitidos pela Secretaria de Estado de Meio Ambiente - SEMA/MT, o que demonstra, na realidade, um conflito entre órgão Federal e Estadual, ambos competentes (CF/88, art. 23, VI e VII).

11. Além do que, relevante as alegações da agravante no sentido de que teria paralisado imediatamente qualquer atividade de exploração mineral após o conhecimento dos termos do Ofício 202/2013, em 29/08/2013, fl. 115, em que informado de que deveria paralisar imediatamente todas as atividades inerentes à pedreira e mineração local em face da aprovação da Lei 1.016/2013 e a consequente cassação do alvará, não havendo qualquer prova nos autos de que a empresa Aterpa tenha descumprido essa ordem.

12. Assim, ao que parece, a paralisação das atividades minerárias da recorrente deu-se em decorrência da cassação do alvará pelo município, não me parecendo necessária a colocação de placa na área, pela agravante, informando que as atividades foram paralisadas em função da ação civil pública. Até porque, quem detinha o direito originário de exploração mineral da área, expedido pelo órgão ambiental competente, consta ser a empresa CPN Central Paulista de Negócios, Comércio e Representações Ltda., não cabendo à agravante o dever de sinalizar a área.

13. Contudo, quanto à paralisação das atividades extrativas, já houve inclusive decisão administrativa que a determinou.

Pelo exposto, *defiro*, em parte, o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, tão somente para suspender o cumprimento, pela empresa agravante, do item *c* da petição de origem.

(Agravo de Instrumento 0005517-25.2017.4.01.0000/MG, rel. Juíza Federal Maria da Penha Fontenele (convocada), e-DJF1 de 16/06/2017, p. 720)

## Repositórios Oficiais de Jurisprudência publicados de acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/1997

- Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais;
- Editora Fórum: *Fórum Administrativo e Interesse Público*;
- 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 Plenum: *Revista Juris Plenum*;
- Associação Paulista de Estudos Tributários: *Revista de Direito Tributário da APET*;
- Editora IOB Thompson/Síntese: *Repertório de Jurisprudência IOB Civil, Processual, Penal e Comercial; Repertório de Jurisprudência IOB Trabalhista e Previdenciário; Repertório de Jurisprudência IOB Tributário, Constitucional e Administrativo; Direito Público; Jusis Síntese DVD; Revista de Estudos Tributários; Revista Direito Aduaneiro Marítimo e Portuário; Revista Jurídica/RS; Revista Síntese Administração de Pessoal e Previdência do Agente Público; Revista Síntese Direito Administrativo; Revista Síntese Direito Ambiental; Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil; Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal; Revista Síntese Licitações Contratos e Convênios; Revista Síntese Responsabilidade Pública; Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária.*



## Instruções Editoriais

- A Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem como objetivo divulgar acórdãos e decisões monocráticas dos órgãos julgadores e dos Juizados Especiais Federais da 1ª Região, bem como publicar artigos especializados de autores do meio jurídico, selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

### Elaboração dos trabalhos

- Os artigos doutrinários devem ser apresentados da seguinte forma: fonte *Times New Roman*, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e configurados em folha A4, títulos e subtítulos destacados do corpo do texto; nome completo do autor logo abaixo do título e sua qualificação e títulos em nota de rodapé da primeira página; utilização somente de itálico para realçar palavras ou expressões, em lugar de negrito ou sublinhado. Devem conter necessariamente um tópico de introdução e outro de conclusão; resumo e palavras-chave na língua do texto; e no mínimo três e no máximo trinta laudas. As referências e citações devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, NBR 6023 e 10520.
- A Revista do TRF 1ª Região não altera o estilo nem a estrutura gramatical dos originais, reservando-se o direito de corrigir erros tipográficos evidentes e proceder à padronização conforme projeto editorial próprio. A revisão textual é realizada quando autorizada pelo autor, responsável pelo conteúdo do trabalho.
- As exceções serão analisadas pela autoridade competente.
- Ao autor serão fornecidos três exemplares da Revista.
- Eventuais dúvidas poderão ser dirimidas por meio dos telefones 3410-3574 e 3410-3571 ou pelo *e-mail* [cojud-revista@trf1.jus.br](mailto:cojud-revista@trf1.jus.br).

### Submissão e encaminhamento de artigos

- Os trabalhos devem ser preferencialmente inéditos (exceto os publicados somente por meio eletrônico). Esses não devem infringir norma ética, respeitando as normas gerais que regem os direitos do autor.
- A remessa ou publicação dos trabalhos não implica remuneração de seus autores.
- A priorização da publicação dos artigos enviados decorre de juízo de oportunidade da Revista do TRF 1ª Região.
- As opiniões emitidas, assim como a exatidão, a adequação e a procedência das referências e das citações bibliográficas são de exclusiva responsabilidade dos autores. A Revista não publica trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional, nem material que possa ser considerado ofensivo ou difamatório.
- Os trabalhos devem ser encaminhados ao *e-mail* [cojud-revista@trf1.jus.br](mailto:cojud-revista@trf1.jus.br) ou ao endereço: TRF 1ª Região – Seção de Apoio ao Gabinete da Revista/Cojud – SAS Sul, Quadra 1, Bloco C, Ed. Anexo I, Sala 110 – CEP 70.096-900 – Brasília/DF. A folha de rosto deve ser identificada com título do artigo em português (preferencialmente até oito palavras) e nome completo, titularidade, endereço, telefone e *e-mail* do autor.

